

UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE – AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D’AIX-MARSEILLE

LA PRIVATISATION DE LA RÉPRESSION PÉNALE

Thèse pour le Doctorat en Droit privé présentée et soutenue par

Yannick JOSEPH-RATINEAU

Jury

François ROUSSEAU

Professeur à l’Université de Nantes

Mélina DOUCHY-OUDOT

Professeur à l’Université du Sud Toulon Var

Evelyne BONIS-GARÇON

Professeur à l’Université de Bordeaux-Monstesquieu IV

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l’Université Paul Cézanne – Aix-Marseille

Muriel GIACOPELLI

Maître de conférence à l’Université Paul Cézanne – Aix-Marseille. Directrice de l’Institut de Sciences Pénales et de Criminologie. Directrice de la thèse

Aix-en-Provence, le 6 décembre 2013

UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE – AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

LA PRIVATISATION DE LA RÉPRESSION PÉNALE

Thèse pour le Doctorat en Droit privé présentée et soutenue par

Yannick JOSEPH-RATINEAU

Jury

François ROUSSEAU

Professeur à l'Université de Nantes

Mélina DOUCHY-OUDOT

Professeur à l'Université du Sud Toulon Var

Evelyne BONIS-GARÇON

Professeur à l'Université de Bordeaux-Monstesquieu IV

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille

Muriel GIACOPELLI

Maître de conférence à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille. Directrice de l'Institut de Sciences Pénales et de Criminologie. Directrice de la thèse

Aix-en-Provence, le 6 décembre 2013

*L'Université n'entend donner aucune approbation,
Ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.*

Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur

À jour au 8 octobre 2013

Mes plus vifs remerciements à ma directrice de thèse pour ses conseils, son soutien, sa confiance et ses encouragements

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

Act.	Actualités
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJDI</i>	Actualité juridique de droit immobilier
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique de droit de la famille
<i>AJ pén.</i>	Actualité juridique de droit pénal
Art.	Article
<i>Ass. plén.</i>	Assemblée plénière
<i>BOMJ</i>	Bulletin officiel du ministère de la Justice
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : assemblée plénière (Ass. plén.), chambre réunies, (ch. réunies), chambre criminelle (crim.), chambre civiles (civ. avec indication du n° de la chambre), commerciale et financière (com.), chambre sociale (soc.)
<i>Bull. d'inf. C. Cass.</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation (avec indication du n° de la chambre)
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> , voir
Ch.	Chambre
Chap	Chambre de l'application des peines
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Cons.	Considérant
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
Comm.	Commentaire
Confirm.	Confirmé par
<i>Contra</i>	Contre,
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire Dalloz
Dir.	Sous la direction de
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine

<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
<i>Dr. pén.</i>	Droit pénal
<i>Dr. Sociétés</i>	Droit des sociétés
Éd.	Éditions
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i> , et autres
FGTI	Fond de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>Infra</i>	Au-dessous
ITT	Incapacité temporaire de travail
Jap	Juge de l'application des peines
<i>J. Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique
<i>JCP G.</i>	Juris-classeur périodique. Édition générale
<i>JCP E.</i>	Juris-classeur périodique. Édition entreprise
<i>JCP N.</i>	Juris-classeur périodique. Édition notariale
JIRS	Juridiction inter-régionale spécialisée
JNLC	Juridiction nationale de libération conditionnelle
JNRS	Juridiction nationale de rétention de sûreté
JRRS	Juridiction régionale de rétention de sûreté
JORF	Journal Officiel de la République française
Judevi	Juge délégué aux victimes
Jur.	Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observation
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , Ouvrage précité
p.	Page
Pan.	Panorama
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapprochement
<i>Rec.</i>	Recueil
<i>Rép. pén. Dalloz</i>	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Req.	Requête
<i>Rev. Sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RCA</i>	Revue responsabilité civile et assurance
<i>RICPT</i>	Revue internationale de criminologie et de police technique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif
<i>RSC</i>	Revue de sciences criminelles et de droit comparé
<i>RTD. Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD. Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commerciale
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>SJ G.</i>	Semaine juridique. Édition générale
Somm.	Sommaire

Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Au-dessus
TAP	Tribunal de l'application des peines
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
V°	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Première Partie

L'ASCENSION DES INTÉRÊTS PRIVÉS EN DROIT PÉNAL

TITRE I. La privatisation de la fonction normative du droit pénal

Chapitre I. La réévaluation des intérêts privés dans le champ de la protection pénale

Chapitre II. La résolution des litiges privés par la mise en œuvre des règles du droit pénal

TITRE II. La privatisation de la fonction réparatrice du droit pénal

Chapitre I. La réparation symbolique du dommage privé par le droit pénal

Chapitre II. La réparation patrimoniale du dommage privé par le droit pénal

Seconde Partie

L'ASCENSION DES INTÉRÊTS PRIVÉS EN PROCÉDURE PÉNALE

TITRE I. La privatisation du cadre procédural de l'instance pénale

Chapitre I. Le rôle accru des parties privées au stade du déclenchement de l'instance

Chapitre II. Le rôle accru des parties privées dans le déroulement de l'instance

TITRE II. La privatisation du cadre procédural du « *procès post-sententiam* »

Chapitre I. Le rôle accru des « parties privées » dans l'instance en aménagement de peine

Chapitre II. Le rôle passif du condamné dans l'instance en placement sous mesure de contrôle social

INTRODUCTION

« Le droit n'est pas fait pour les besoins de l'esprit,
mais pour des réalités sociales ».

Demogue

1. – Comme l'affirmait déjà Beccaria, « *un particulier peut bien ne pas exiger la réparation du tort qu'on lui a fait, mais son pardon ne peut dispenser de la nécessité de l'exemple. Le droit de punir n'appartient à aucun citoyen en particulier ; il appartient à tous les citoyens ou au souverain. Un citoyen offensé peut renoncer à la portion de ce droit ; il n'a aucun pouvoir sur celui des autres.* ».¹ Parce que la fonction du droit pénal moderne réside dans la défense d'un intérêt général - dégagé autant que faire se peut des considérations issues de la morale chrétienne - dont l'État est le garant, c'est à lui que revient la tâche de mettre en œuvre une violence rationalisée à l'égard des auteurs d'infraction.² Si ce « système pénal » a été consacré par les codes napoléoniens, une partie de la doctrine le considère aujourd'hui menacé par les manifestations de « *diverses formes de privatisation plus ou moins larvée* »³ de la répression pénale.

2. – Le thème de la « privatisation de la répression pénale » a été principalement abordé par la doctrine sous l'angle de la montée des droits des victimes dans le procès pénal⁴, plus rarement sous celui de la « *contractualisation de la peine* »⁵ ou de la « *contractualisation de la justice pénale* »⁶ résultant de l'apparition de nouvelles formes de justice pénale dites « *participative* », « *consensuelle* » ou « *négociée* ».⁷ Il se déduit de l'ensemble des études doctrinales dédiées à l'étude de ce thème que la notion de « privatisation » est utilisée actuellement pour illustrer un rapprochement

¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, §. XXIX.

² A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, coll. Opus, Odile Jacob, Paris, 1997, 143.

³ J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G.* 2004, I, 146. V° égal. : X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, 245. – Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *D.* 2003, I, 2771.

⁴ Sur la notion de victime en droit pénal, V° : X. PIN, « Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux », *APC* 2006, 49. – F. BELLIVIER, C. DUVERT, « Les victimes : définitions et enjeux », *ibid.*, 5. – F. ALT-MAES, « Le concept de victime en droit civil et droit pénal », *RSC* 1994, 35.

⁵ M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, coll. Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001, 367.

⁶ F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002, 501. – A. CISSE, « Justice transactionnelle et justice pénale », *RSC* 2001, 509. – C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006, 29. – X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, bibl. sc. crim., t. 36, LGDJ, 2002.

⁷ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale, justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *RPDC* 1996, 445.

du droit pénal avec le droit privé ; rapprochement qui résulterait du recul du monopole pénal de l'État entraînant, par voie de conséquence, un déclin de son autorité, le développement du « *droit pénal public* »⁸ apparaissant comme le corollaire de l'affirmation du pouvoir étatique (§. 1). L'analyse ainsi menée par certains auteurs ne peut que susciter de nombreuses interrogations dans la mesure où le droit pénal est traditionnellement rattaché au droit privé, même si un rapprochement, par certains de ses aspects, avec le droit public peut être opéré (§. 2). De ce point de vue, l'on peine donc à comprendre comment une matière qui est traditionnellement rattachée au droit privé pourrait être l'objet d'une « privatisation » ? Si cette notion est utilisée par la doctrine dominante pour illustrer la fluctuation contemporaine de la frontière entre la sphère publique et la sphère privée en matière pénale, un tel raisonnement n'est toutefois guère satisfaisant en ce qu'il conduit à faire de la « privatisation » une « *notion fourre-tout* »⁹ sous laquelle sont regroupées des évolutions ou des phénomènes qui, s'ils entretiennent avec elle des liens étroits, s'en distinguent néanmoins (§. 3).

§. 1 – La démonstration de la privatisation du droit pénal par le déclin du monopole répressif de l'État

3. – La prééminence du caractère public du droit pénal – Parce qu'il pose les interdits qui conditionnent la viabilité comme la pérennité de toute vie sociale - ce que confirme le Conseil Constitutionnel comme le Conseil d'État qui rappellent que le droit pénal a vocation à garantir « *le vivre ensemble* »¹⁰ - il est traditionnellement enseigné que la norme pénale a pour fonction de défendre l'intérêt social¹¹ en organisant la prévention et la répression des comportements attentatoires aux valeurs essentielles au maintien de la vie collective. Même si la pertinence de la *summa divisio* droit privé/droit public tend à être parfois remise en cause¹², il est classiquement affirmé que la prééminence de l'intérêt social dans l'ordre des intérêts pénalement protégés, et le rôle tenu par l'État tout au long du processus répressif, séparent profondément le droit pénal du droit privé pour le rapprocher davantage du droit public.¹³ Cette conception de la matière, tenue pour acquise par la majorité des auteurs, serait toutefois mise à mal actuellement par l'émergence

⁸ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd. refondue, coll. droit fondamental, PUF, 2006, n° 17.

⁹ Y. VAILLANCOURT, « La privatisation, une notion fourre-tout ? », *Déviance et Société*, 1988, vol. 12, 177.

¹⁰ Cons. Const. n° 2010-613 DC du 7 oct. 2010 : *JORF* du 12 oct. 2010, 18345. – CE, rapp., 25 mars 2010 : *SJ G.* 2010, 406, aperçu rapide Levade.

¹¹ J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, Litec, 2003, 17.

¹² J. DALEAU, « La *summa divisio* droit public-droit privé présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui ? », Colloque organisé par l'Université de Saint-Étienne - Faculté de droit CERCRID, le 15 oct. 2009.

¹³ Not. : Ph. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, thèse, Université de Lorraine, 2012.

d'un certain nombre de facteurs qui rapprocheraient le droit pénal des branches du droit privé. Ces facteurs sont connus de tous : consécration de la personne humaine comme valeur sociale dominante ; place croissante de la victime sur la scène pénale¹⁴ ; orientation du modèle de procès pénal en direction des parties - et notamment des parties privées¹⁵ - sous l'influence du modèle européen de procès équitable¹⁶ ; émergence d'un phénomène de « contractualisation de la peine », voir plus largement de « contractualisation de la justice pénale » ; ou encore assignation à la sanction pénale d'une fonction réparatrice traditionnellement dévolue à la mesure de réparation civile.¹⁷ Chacune de ces évolutions témoigneraient, pour une partie de la doctrine, de l'existence d'une « privatisation » de la répression pénale¹⁸ qui constituerait une menace pour l'édifice, soit parce qu'elle est accusée d'être le signe d'un retour aux logiques vindicatoires, nombre d'auteurs supposant « *dans la victime des affects de haine et de vengeance propres à déstabiliser le procès pénal* »¹⁹, soit parce qu'elle est accusée de conduire à un affaiblissement de l'autorité de l'État en subordonnant la répression pénale au consentement de l'auteur²⁰, voir à lui permettre de négocier sa peine directement avec le représentant de la société.²¹ Comme nous pouvons le constater, c'est systématiquement au travers du prisme d'un déclin de l'autorité de l'État que le phénomène de la « privatisation » de la répression pénale est appréhendé par la doctrine, ce qui s'explique au regard du rôle prégnant que le droit pénal a joué dans l'affirmation progressive de l'autorité de l'État.

¹⁴ Not. : F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », in *La protection de la personne*. Rapport de la Cour de cassation, 2000, La documentation française, 2000, 54. – M. SAMBIAN, *Le respect de l'égalité des armes à l'égard de la victime dans le procès pénal*, thèse, Montpellier 1, 2000. – J.-L. DOMENECH, « Victime et sanction pénale : la participation de la victime au procès », *RPDP* 2005, 599. G. FOYER, « L'action civile devant les juridictions répressives », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, ouvrage collectif, Publications de l'institut de criminologie de la Faculté de Paris, 1956, 319.

¹⁵ M. ROUX, *Le rôle des acteurs dans la phase préparatoire du procès pénal contemporain : analyse et perspectives*, thèse, Aix-Marseille 3, 2009.

¹⁶ V° not. : F. SUDRE, C. PICHERAL, *La diffusion du modèle européen de procès équitable*, coll. Perspectives de la justice, La Documentation française, 2003. – J. MENDES CONSTANCE, *Les droits fondamentaux du justiciable*, thèse, Aix-Marseille 3, 2002. – S. LAVRIC, *Le principe d'égalité des armes dans le procès pénal*, thèse, Nancy 2, 2008. – G. ROUSSEL, *La mise en œuvre de la suspicion et procès pénal équitable*, thèse, Nantes, 2002. – C. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, thèse, Nantes, 2007. – M. SAMBIAN, *Le respect de l'égalité des armes à l'égard de la victime dans le procès pénal*, *ibid.* – D. SALAS, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, thèse, Paris XI, 1990.

¹⁷ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préf. J.-H. ROBERT, *bibl. sc. crim.*, t. 42, LGDJ, 2007. Égal. : C. COMBEAU, *La mesure de réparation pénale : spécificité et université du dispositif français*, thèse, Toulouse I, 2000.

¹⁸ J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* V° égal. : X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.* – Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *ibid.*

¹⁹ F. GROS, « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », in « *Le droit pénal. La bioéthique en débat* », *APD* 2010, t. 53, spéc. 167-168.

²⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 780 et suivants. V° égal. : W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, thèse, Lyon 3, 2005.

²¹ Alors même que « *la peine donne au droit pénal son caractère fondamental* » : J. LARGUIER, *Le droit pénal*, 12^e éd., coll. Que sais-je ?, 1994, n° 996. V° : M. MÉZARD, *La négociation de la sanction pénale*, thèse, Toulouse 1, 2009.

4. – Les origines historiques du caractère public du droit pénal – Le développement historique du « *droit pénal public* », qui apparaît sous la Rome antique lorsque la législation impériale distingue progressivement le délit privé (*delicta*) du délit public (*crimina*), s'impose comme l'un des outils par lesquels l'autorité de l'État s'est imposée en tant qu'organe légitime à définir les interdits essentiels au maintien de la vie collective, et à les sanctionner au nom d'un intérêt général dont il devenait le défenseur. Historiquement, la loi pénale s'impose comme l'un des outils par lesquels le monarque a imposé son autorité, et simultanément celle de l'État, principalement en faisant prévaloir sa justice sur celle des seigneurs, des villes, ou encore de l'Église, au nom du premier de ses devoirs : la défense de l'intérêt général. C'est d'ailleurs à partir du XIII^e siècle que « *la défense du « bien commun » [...] fait son entrée en force dans la sémantique des représentants du ministère public* »²² ; défense de l'intérêt général, et de l'ordre public qui le sous-tend, devant lequel les intérêts privés cèdent ou s'effacent. En affirmant qu'il est dans l'intérêt général que les méfaits ne restent pas impunis²³, les juristes de Pise exprimaient énergiquement le caractère public du droit répressif, et fondait du même coup le caractère inquisitoire de la procédure pénale étatique. Parce que « *le capétien est d'abord un justicier* »²⁴, le développement du « *droit pénal public* » est indissociable de l'affirmation progressive de l'autorité de l'État, et de ce point de vue, la mise en œuvre de politiques pénales partenariales²⁵, le rôle nouveau des victimes dans le procès pénal²⁶, l'investissement du procès pénal par les groupements de droit privé que sont les associations²⁷, et en particulier la faculté qui leur est donnée de mettre en mouvement l'action publique, ou encore l'apparition de nouvelles formes de justice pénale, constituée, pour la majorité des auteurs, autant de manifestations d'une privatisation de la répression pénale entraînant un déclin du « *droit pénal public* », et donc, par voie de conséquence, un recul du monopole pénal de l'État. Si pour une partie de la doctrine, le déclin du « *droit pénal public* » résulterait de ce que le monopole répressif de l'État se trouverait menacé, tant par la montée en puissance de la partie civile comme acteur de la répression dans le procès pénal, que par la place

²² S. DAUCHY, « De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs : diversité des missions du ministère public », *Histoire du parquet*, J.-M. CARBASSE (dir.), coll. droit et justice, Paris, PUF, 2000, 56.

²³ Qu'exprime l'adage « *Interest rei publicae ne malificia remaneant impunita* ». V° J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 58.

²⁴ Dès le XIV^e siècle, il doit être rappelé que parmi les insignes royaux (*regalia*) remis au roi au cours du sacre figure la main de justice. Sur ce point, V° : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 73.

²⁵ V° not. : J. VOLFF, « Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet », *D.* 2009, I, 317. – J. DALLEST, « Le parquet et ses partenaires extérieurs ou comment mettre en œuvre une « politique étrangère » active et bien comprise », *AJ pénal* 2007, 74.

²⁶ E. FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *APC* 2006, 41. – M. MÉCHIN, « Le double visage de la victime en France », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008, 104. – R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, I, 145. V° égal. : S. CARIOLAND, *La place de la victime dans le procès pénal*, thèse, Strasbourg, 2009.

²⁷ V° not. : M. MESTROT, *Action associative et justice pénale*, thèse, Bordeaux I, 1992.

croissante du consentement de l'auteur de l'infraction à la sanction pénale, l'on peut toutefois légitimement s'interroger sur le point de savoir si, finalement, le déclin du « *droit pénal public* » n'est pas la conséquence d'une redéfinition du rapport d'autorité que l'État entretient avec les individus, notamment sous l'influence de l'idéologie des droits de l'homme, en d'autres termes, la conséquence naturelle et logique de la rupture de 1789, et non celui d'une « privatisation » de la répression pénale ?

5. – Le déclin du « *droit pénal public* » résultant de la mutation du rôle de l'État – Certains historiens n'hésitent plus à affirmer que les bouleversements sociaux et politiques auxquels nous assistons aujourd'hui ne sont finalement que la continuité du mouvement émancipatoire initié en 1789 ; mouvement qui a alors jeté les bases d'un ordre social nouveau dont la déclaration des droits de l'homme et du citoyen constitue assurément l'acte fondateur. En modifiant en profondeur le rapport des individus à l'autorité étatique, la philosophie individualiste, libertaire et émancipatrice de 1789 irrigue aujourd'hui encore les mutations sociales - et le sens du rapport à l'État - qui continuent de s'opérer au sein de notre société. L'idéologie révolutionnaire de la fin du XVIII^e siècle, sous l'impulsion des idées prônées par les philosophes des lumières, a brisé l'aura sacrée qui entourait jusqu'alors la personne du roi, qui se confondait avec l'État, et a fait de la personne humaine un citoyen doté de droits fondamentaux enserrant désormais l'action étatique dans tous les domaines, y compris dans le domaine de la répression pénale. Contrairement à l'Ancien Régime où l'État, parce qu'il se confondait avec la personne d'un monarque de droit divin, s'imposait comme le garant d'un intérêt général qui se fondait sur le respect des valeurs de la morale chrétienne et de l'autorité politique, morale et religieuse de la personne du roi, l'ordre social nouveau qui émerge en 1789 prend comme fondement philosophique et moral : les droits de l'Homme. Dans ce nouvel ordre social, l'État, qui ne se confond plus avec la personne du roi, n'a plus vocation à défendre un intérêt général abstrait, calqué sur un idéal de vie définis par des dogmes religieux, mais un intérêt général fondé sur la garantie des libertés individuelles et du choix de vie de chacun.²⁸ Ce n'est plus ni la défense d'un ordre social contraignant, ni celle de l'autorité de l'État qui se trouve au cœur du système pénal, mais bien la défense des droits fondamentaux de la personne humaine. L'émergence d'un ordre social fondé sur les droits de l'Homme a entraîné l'émergence d'un nouveau système répressif au cœur duquel se trouve la personne humaine, ce qui conduit nécessairement le droit pénal à se détacher progressivement de ses fondements publics pour se rapprocher davantage du droit

²⁸ V^o not. : *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, J. CHEVALLIER (dir.), publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, t. 1, 1978, 11.

privé. Un tel mouvement peut-il être qualifié de « privatisation » ou être mis en lien avec un tel phénomène ? À notre avis, une réponse négative s'impose dans la mesure où les auteurs s'intéressant à la question de la nature du droit pénal déduisent de l'évolution historique que nous venons de relater, non pas la « privatisation » de ce dernier, mais son caractère hybride.²⁹ Si le déclin du « *droit pénal public* » peut faire supposer un déclin du rôle autoritaire et répressif de l'État, l'analyse démontre qu'il n'en est rien, et que c'est davantage à une redéfinition du rôle de ce dernier à laquelle nous assistons. La mutation opérée en 1789, en bouleversant les valeurs fondatrices de la société française, a modifié en profondeur le rôle de l'État, qui est désormais le garant d'un ordre social protecteur des libertés individuelles, ce qui ne peut qu'entraîner effectivement un déclin du « *droit pénal public* » qui s'est développé parallèlement à la construction de l'ordre social de l'Ancien Régime.³⁰ Au « *droit pénal public* » succède le droit pénal moderne, et avec lui une modification du rôle de l'État dans le domaine répressif.

6. – La fluctuation de la frontière entre le public et le privé en matière pénale – La naissance du droit pénal moderne a entraîné une mutation de la nature du droit pénal qui est devenue hybride ; la doctrine majoritaire considérant que le droit pénal se situerait à mi chemin entre le droit public et le droit privé. Faute d'être définie par la doctrine, la notion de « privatisation » semble être utilisée dans ce contexte pour illustrer la fluctuation contemporaine de la frontière entre le public et le privé en matière pénale. La « privatisation » de la répression pénale, illustrée surtout par la doctrine dominante au plan de la procédure pénale, témoignerait donc d'un plus grand rapprochement du droit pénal avec le droit privé, au point qu'il emprunterait certains de ses traits, voir certaines de ses caractéristiques, ce qui porterait atteinte à l'autorité de l'État dont le monopole répressif se verrait progressivement remis en cause. C'est tout d'abord le rôle croissant de la victime particulière de l'infraction dans le procès pénal, et notamment de l'augmentation significative de ses prérogatives pénales, qui a été perçu et dénoncé par une partie de la doctrine comme une source de perturbation des fondements de la répression pénale, ainsi qu'une illustration du phénomène de « privatisation » du procès pénal.³¹ C'est ensuite la possibilité offerte, par le juge ou le législateur, à des groupements privés ou association défendant un intérêt collectif – lequel apparaît souvent de prime abord comme un ersatz d'intérêt

²⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 17^e éd., coll. corpus droit privé, Economica, 2011, n° 34.

³⁰ J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, *L'état royal, XII^e - XVIII^e siècles. Une anthologie*, coll. Léviathan, PUF, 2004, spéc. 141-186. – Y. BONGERT, *Le droit pénal français médiéval de la seconde moitié du XIII^e siècle à l'ordonnance de 1493*, cours de doctorat, Paris, 1973. Ibid. *Le droit pénal français de la fin du XV^e siècle à l'ordonnance criminelle de 1670*, cours de doctorat, Paris, 1973. V° égal. : J.-L. HAROUEL et al., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF, 2000.

³¹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.* – F. CASORLA, « La justice pénale à l'épreuve du concept de *restorative justice* », *RPDP* 2000, 31. – Ibid., « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *ibid.* 2003, 161. – Ibid., « La victime et le juge pénal », *ibid.*, 639.

général - d'intervenir dans le procès pénal en se constituant partie civile, au nom d'un préjudice collectif qui semble plus virtuel qu'autre chose, et d'agir comme de véritables acteurs de la répression pénale aux côtés du parquet et/ou de la victime particulière, qui fut pointé.³² C'est enfin le développement des alternatives aux poursuites et l'introduction de la procédure dite de « plaider-coupable » - comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) - qui est apparue comme une atteinte directe à l'autorité de l'État qui se voit contraint de solliciter le consentement de l'auteur de l'infraction à la sanction pénale en échange d'un renoncement, par ce dernier, à se prévaloir des garanties issues de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; renoncement qui permet la mise en œuvre de procédures pénales accélérées mettant en valeur le parquet au détriment du juge.³³

7. – L'influence du rôle accru de la victime dans le procès pénal – Alors que le procès pénal oppose traditionnellement le représentant de la société agissant dans l'intérêt général à l'auteur présumé d'une infraction, l'intervention de la victime particulière de l'infraction, agissant tout autant sur le fondement de son action civile pour obtenir la réparation de son dommage devant les juridictions répressives³⁴, que sur le fondement d'une action innommée³⁵ mais néanmoins consacrée par le droit prétorien³⁶ pour obtenir la sanction pénale de son auteur, modifie nécessairement la physionomie du procès pénal, et rapproche plutôt le droit pénal du droit privé que du droit public. L'argument se trouve d'autant mieux justifié que, même s'il n'est pas identifié comme une manifestation de la « privatisation » du contentieux pénal, le renforcement accru des droits de la défense³⁷, notamment sous l'influence du modèle européen de procès équitable, a modifier en profondeur la nature même du procès pénal qui, de « *procès en répression* » est devenu un « *procès en défense* ». ³⁸ Cette mutation emporte comme conséquence que ce n'est plus l'État qui est au cœur du nouveau modèle de procès pénal, mais les parties, et notamment les parties privées. Parce que « *la Convention européenne des droits de l'homme a placé, au centre de son dispositif, le*

³² M. DELMAS-MARTY, « Ni victimes ni procureurs, qui sont-ils ? », *APC* 1988, 11.

³³ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, préf. P. PONCELA, nouv. bibl. thèses, vol. 120, Dalloz, 2012.

³⁴ Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. CIMAMONTI, PUAM, 2000.

³⁵ Ph. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, 179.

³⁶ V° not. : Cass. crim., 8 juin 1971 : *Bull. crim.* 1971, n° 182 ; *D.* 1971, II, 594, note Maury.

³⁷ J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan », in *Droit pénal, procédure pénale. Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, Grenoble, PUG, 1993, 223.

³⁸ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préf. D. THOMAS, bibl. sc. crim., t. 46, LGDJ, 2009, n° 616.

justiciable »³⁹, notre procédure pénale, pour atteindre le modèle universel, est entrée en mutation. Comme le fait observé le professeur Xavier Pin, « *plusieurs mouvements l'ont traversé, à commencer par un renouvellement de ses sources, au profit des normes constitutionnelles et internationales garantissant les droits fondamentaux. Ce premier mouvement a entraîné, dans un second temps, une transformation de la nature du procès pénal, marquée par l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'État, au profit d'un procès de défense, plus proche du « due process model » anglo-saxon, au cours duquel les parties privées jouent un rôle essentiel.* »⁴⁰ Si l'accroissement des droits de la défense en vue d'obtenir une égalité des armes entre les « parties principales » au procès pénal témoignent déjà d'un déclin de l'autorité de l'État au profit des intérêts privés de la personne pénalement poursuivie, il est évident que l'octroi de prérogatives pénales à la victime constituée partie civile, en vue d'obtenir une égalité des armes entre celle-ci et les « parties principales » au procès pénal renforce l'ampleur du phénomène. Cela est d'autant plus vrai que le procès pénal n'est pas seulement le lieu où se tient, de manière sous-jacente, un procès civil opposant l'auteur de l'infraction à sa victime au titre de la réparation de son dommage, il est également devenu le lieu où la victime agit sur le fondement d'un intérêt à la répression que le juge interne comme le juge européen lui ont reconnu.⁴¹ De fait, la victime constituée partie civile tend à s'imposer comme une « partie pénale » ; une partie qui défend son intérêt à la répression ; intérêt qui peut être distinct de celui poursuivi par la société. De ce point de vue, la victime peut apparaître alternativement comme un « auxiliaire » ou un « concurrent » du parquet dans le procès pénal⁴², son intérêt à la répression pouvant différer de celui du représentant de la société, que ce soit sur les faits dont les juridictions répressives sont saisies, relativement à l'identité et à la qualité des personnes poursuivies, ou encore à la qualification pénale des faits. C'est en vue d'obtenir une égalité des armes entre le parquet, « l'accusé »⁴³, et la partie civile que le législateur a octroyé de véritables prérogatives pénales à la victime constituée partie civile, lui permettant ainsi de participer à la maîtrise de la direction du procès pénal, notamment en mettant elle-même en mouvement l'action publique⁴⁴, comme à la maîtrise de la

³⁹ G. FLECHEUX, « L'accès au droit », in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisés les 26 et 27 octobre 2000, par l'École Nationale de la Magistrature, la Faculté Jean Monet (Université Paris-Sud), et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, coll. Droit et Justice, 2002, 177.

⁴⁰ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*

⁴¹ F. TULKENS, « Victimes et Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *APC* 2002, 47. – D. ROETS, « Le contentieux de l'action civile et l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme : une tentative de clarification de la Cour de Strasbourg », *D.* 2004, I, 2943. – M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits de la victime dans le procès pénal », in *La place de la victime dans le procès pénal, Les cahiers de l'Institut sur la Justice*, 2005, 147. – M.-L. LANTHIEZ, « La clarification des fondements européens des droits des victimes », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *op. cit.*, 145.

⁴² G. DI MARINO, « Le ministère public et la victime », *RPDP* 2001, 451.

⁴³ Le terme « accusé » est entendu ici au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁴ Not. : J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction », *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, Bières, 1967, 159. – A. DECOQ, « La mise en

matière litigieuse, que ce soit devant les juridictions d'instruction ou devant les juridictions de jugement, voir même, dans un avenir que l'on sent de plus en plus proche, devant les juridictions de l'application des peines. La montée des droits de la victime sur la scène pénale modifie donc en profondeur la physionomie du procès pénal qui se rapproche de plus en plus de la triangulation du procès civil.

8. – L'influence de l'intervention des groupements privés dans le procès pénal – À l'instar de la victime particulière de l'infraction, le législateur a reconnu à de nombreux groupements privés, principalement des associations, mais également des syndicats ou des ordres professionnels, la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile dans le procès pénal, en vue de défendre les intérêts collectifs qu'elles se sont données pour mission de défendre. Contrairement au parquet qui a vocation à défendre l'intérêt général, la légitimité du rôle pénal de ces groupements privés tiendrait, selon certains auteurs, à la défense d'intérêts catégoriels que ces derniers ne distinguent pourtant pas de l'intérêt général.⁴⁵ Ceci explique que, pour d'autres auteurs, le pouvoir pénal de ces groupements privés auxquels le législateur reconnaît la faculté d'exercer les droits de la partie civile se fonde sur la défense d'intérêts collectifs qui apparaissent, à l'analyse, comme des ersatz de l'intérêt général, ce qui les place alors en concurrence directe avec le représentant de la société dans l'exercice du droit de punir.⁴⁶ C'est bien cette évolution qui fait dire à certains auteurs que le pouvoir pénal reconnu aux groupements privés tend à faire de ces derniers de « véritables procureurs de droit privé »⁴⁷, confirmant ainsi l'affaiblissement de l'emprise étatique sur la procédure répressive par le rôle toujours plus grand dévolu aux parties privées et à la défense de leurs intérêts - qu'ils soient individuels ou collectifs - sur la scène pénale. Or, c'est précisément parce que les intérêts collectifs que ces groupements privés défendent sont proches de l'intérêt général, voir, pour certains, se confondent *a priori* avec ce dernier, que la jurisprudence leur refusait l'accès au prétoire pénal.⁴⁸ Mais, sous l'impulsion du législateur, qui perçoit ses associations comme d'utiles contrepoids à l'inertie des parquets, les exceptions à cette interdiction

mouvement de l'action publique par la partie lésée en droit français », *RIDC* 1982, 355. – J. DE POULPIQUET, « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *RSC* 1975, 37. – C. ROCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, I, 85.

⁴⁵ P. O. SUR, « L'action pénale des associations de défense de victimes 1901-2001 », *Gaz. Pal.* 2002, 6. Rapp. : A. VITU, « La collaboration des personnes privées à l'administration de la justice criminelle française », *RSC* 1956, 675. V° égal. : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. VINEY, bibl. dr. privé, t. 278, LGDJ, 1997. – G. BABELA, *La défense d'intérêts collectifs*, thèse, Rennes, 2010.

⁴⁶ En ce sens not. : M. DELMAS-MARTY, « Ni victimes ni procureurs, qui sont-ils ? », *ibid.*

⁴⁷ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *op. cit.*, 254.

⁴⁸ Not. : Cass. crim., 18 oct. 1913 : *S.* 1920, 1, 321, note Huguency.

jurisprudentielle se sont multipliées, de manière totalement anarchique le plus souvent⁴⁹, tant et si bien qu'aujourd'hui, il est impossible de lister tous les groupements privés qui bénéficient d'une habilitation législative les autorisant à intervenir dans le procès pénal, voir à le déclencher pour certains d'entre eux, en se constituant partie civile. Cela tient au fait que la majorité des habilitations législatives autorisant tel ou tel groupement privé à exercer les droits reconnus à la partie civile dans le procès pénal se situent hors du Code de procédure pénale, et notamment des articles 2-1 à 2-22, et se trouvent disséminés dans des dispositions qui sont parfois codifiées⁵⁰, parfois non.⁵¹ En habilitant des groupements privés défendant des intérêts collectifs qui apparaissent aux yeux de la doctrine comme des ersatz de l'intérêt général en vue de pallier l'inertie des parquets, le législateur paraît déléguer à des acteurs privés issus de la société civile une mission de service public qui les érige en concurrent du parquet dans la défense de l'intérêt général. Cette situation conduirait pour certains auteurs à une « *sur-représentation de l'accusation privée* »⁵² lorsque l'association agit parallèlement à la victime. En octroyant aux groupements privés des prérogatives pénales, qui permettent notamment à certains groupements auquel un tel droit est reconnu de mettre en mouvement l'action publique⁵³, le droit positif témoigne d'un déclin du monopole pénal de l'État, et par voie de conséquence, tend à confirmer la thèse de la « privatisation » de la répression pénale soutenue par une partie de la doctrine.

9. – L'influence résultant de la contractualisation de la justice pénale – L'idée de contrat qu'évoque la notion de « contractualisation » implique celle de consentement, et l'on voit mal, de prime abord, la place que la justice pénale peut faire au consentement puisqu'elle est, par définition, imposée. Confrontée depuis plusieurs années à un flux dont l'importance et le rythme en ont rendu la gestion impossible, l'institution judiciaire s'est trouvée dans l'obligation de trouver un équilibre entre la nécessité de traiter le plus grand nombre d'infractions possibles, ce qui correspond parfaitement à la demande sociale de sécurité, et la gestion rationnelle de moyens non extensibles.⁵⁴ Cet équilibre a été trouvé par la création de procédures offrant une alternative au classement sans suite que la doctrine qualifie de « *troisième voie* »⁵⁵, constituées d'un ensemble de

⁴⁹ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 70.

⁵⁰ Tel est le cas, par exemple de l'habilitation législative autorisant les associations de défense des consommateurs à exercer les droits reconnus à la partie civile dans le procès pénal : art. L. 421-1 C. consom.

⁵¹ V° not. : Art. 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁵² X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*

⁵³ La mise en œuvre d'un tel droit est toutefois, dans la majorité des situations, subordonné à l'accord de la victime particulière de l'infraction.

⁵⁴ D. CHARVET, « Une ou deux magistratures ? », *D.* 2007, I, 459.

⁵⁵ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^e éd., Cujas, 2013, n° 515. – M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, coll. Universités droit, Ellipses, 2010, 452. – G. BLANC, « La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-

mesures que les parquets les plus dynamiques ont inventées, et que le législateur a consacrées, et qui s'inspirent de la transaction pénale.⁵⁶ Possible dans le cadre de l'action administrative qui revêt un caractère mixte - à mi-chemin entre l'action publique et l'action civile - la transaction pénale n'est ni plus ni moins que l'application du mécanisme de la transaction prévue aux articles 2044 et suivants du Code civil en matière pénale. Si le règlement transactionnel du litige pénal était un procédé dont l'utilisation se trouvait limitée en amont du « procès pénal classique » lors de la mise en œuvre d'une des procédures alternatives aux poursuites prévues aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale, l'introduction de la CRPC en 2004, le développement du mécanisme de l'ordonnance pénale, et l'extension du domaine d'intervention de l'ensemble de ces mécanismes, tend à faire de ces procédures pénales accélérées un mode de règlement du litige pénal de plus en plus répandu. Ce phénomène peut d'ailleurs être observé au stade de l'application des peines où les procédures simplifiées d'aménagement de peine, notamment celle issue de l'article 723-15 du Code de procédure pénale, tendent à devenir le mode commun de jugement.⁵⁷ Les alternatives aux poursuites comme la CRPC participent assurément à faire du procureur de la République le pivot du procès pénal, au détriment du juge dont le rôle tend à se restreindre progressivement à celui d'une « chambre de l'enregistrement »⁵⁸ des accords transactionnels passés entre le parquet et l'auteur. Parce que tous ces dispositifs reposent sur une reconnaissance de culpabilité en ce qui concerne l'infraction ou les faits dont le procureur de la République se trouvent saisis, qu'ils emportent renonciation par le mis en cause des garanties fondamentales entourant traditionnellement l'élaboration de la décision juridictionnelle, ils emportent en contrepartie pour l'État l'obligation de soumettre au consentement de l'intéressé la mesure pénale ou la peine que le procureur entend lui appliquer, lequel est libre de l'accepter, de la refuser, voire, dans l'hypothèse particulière de la CRPC de la négocier.⁵⁹ Dans ces procédures pénales accélérées, il doit être observé que l'agent suspecté ou poursuivi n'est pas placé dans une situation traditionnelle de défense face au parquet. Dans le schéma classique du litige pénal, le suspect est placé dans un rapport d'opposition par rapport au parquet qui incarne traditionnellement la puissance publique de la justice, « le visage emblématique et terrible de la vengeance publique organisée et

2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale) », *JCP G.*, 1994, I, 212. – J. LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspective », *RSC* 1994, 276.

⁵⁶ M. BOITARD, « La transaction pénale en droit français », *RSC* 1941,151. – A.-S. CHAVENT-LECLERE, « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? », in *La transaction dans toutes ses dimensions*. Colloque du 2 et 3 décembre 2005, Faculté de droit Jean Moulin, Lyon III, coll. Actes, 2006, Dalloz, 147. M. DOBKINE, « La transaction en matière pénale », *D.* 1994, I, 137. Plus larg. : J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, Aix-Marseille, 2012.

⁵⁷ P. FAUCHER, « La procédure simplifiée d'aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l'artisanat judiciaire », *Gaz. Pal.* 2013, 8.

⁵⁸ C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2002, 840.

⁵⁹ V° infra, n°...

structurée »⁶⁰ dont l'objectif ultime serait de « *traquer le mal* ». ⁶¹ Le mis en cause ne se trouve plus dans ces procédures pénales accélérées dans un rapport d'opposition avec le procureur de la République, mais plutôt dans un rapport « d'échanges consensuels » où la sanction pénale est discutée quant à sa nature, son quantum, les modalités de son exécution, etc. Cette situation place le mis en cause et le parquet au même niveau, l'État n'apparaît plus dans une position dominante, autoritaire, intimidante, voir menaçante ; il propose et l'auteur de l'infraction dispose, avec tout ce que cela peut comporter de risques et de déconvenues parfois. En recourant de manière croissante à des modes transactionnels de règlement du litige pénal, pour des considérations économiques principalement, le législateur contemporain introduit en procédure pénale des mécanismes et des techniques qui relèvent traditionnellement de la matière civile, et qui aboutissent à une « contractualisation » de la réponse pénale en ce que le législateur subordonne nécessairement la mise en œuvre de la répression pénale au consentement de l'auteur de l'infraction.

10. – La réalité du phénomène de privatisation de la répression pénale – Le rôle pénal de la victime particulière de l'infraction comme des groupements privés que le législateur habilite à intervenir dans le procès pénal en vue de participer à la répression pénale de l'auteur de l'infraction, ou encore le mouvement de contractualisation de la justice pénale qui tend à subordonner la mise en œuvre de la répression pénale au consentement du mis en cause, sauf pour le parquet à engager un « procès pénal classique », sont autant d'évolutions qui témoignent effectivement d'un recul du monopole répressif de l'État, et de ce que le droit pénal s'éloigne de la sphère du droit public pour se rapprocher davantage de la sphère du droit privé. L'aménagement de la scène pénale au profit des parties privées au procès pénal en vue de leur permettre de défendre plus efficacement leurs intérêts privés, ou l'introduction de modes de règlements consensuels du litige pénal par exemple, constituent autant d'éléments caractéristiques du droit privé qui innervent aujourd'hui la procédure pénale⁶², ce qui semble confirmer *a priori* la thèse d'une « privatisation » de la répression pénale caractérisée par un éloignement du droit pénal de la sphère du droit public au profit d'un rapprochement de la sphère du droit privé. Si la thèse est séduisante, elle nous semble difficile à admettre dans la mesure où l'analyse démontre que le droit pénal constitue une branche - particulière il est vrai - du droit privé.

⁶⁰ A. GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, op. cit, 142.

⁶¹ A. GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, op. cit., 96.

⁶² V° not. : E. VERGÈS, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, I, 1441.

§. 2 – Le rattachement traditionnel du droit pénal au droit privé

11. – Le rattachement au droit privé fondé sur la défense des intérêts en présence – Il est en principe enseigné que le droit privé se définit comme « l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports entre des particuliers entre eux ». ⁶³ Au regard de cette définition, l'on serait *a priori* tenté d'exclure d'office le droit pénal des branches du droit privé dans la mesure où ce dernier organise les rapports entre la société et les individus qui la composent, et non entre les particuliers entre eux. Pourtant, une telle exclusion ne relève pas de l'évidence dans la mesure où si le droit privé organise les rapports des particuliers entre eux, il ne peut le faire qu'à l'aune de l'intérêt général, et il doit être observé sur ce point que toutes les branches du droit privé comportent des dispositions d'ordre public ayant vocation à défendre la paix sociale et l'ordre public, donc l'intérêt général. ⁶⁴ C'est d'ailleurs parce les différentes branches du droit privé ont vocation à édicter des règles dont le respect intéresse l'intérêt général que pour nombre d'entre elles, la « force de frappe » du droit pénal est sollicitée en vue d'en renforcer l'efficacité, et que l'intervention du parquet devant les juridictions civiles, sociales ou commerciales est prévue. ⁶⁵ Si le droit privé a vocation à poser des règles de droit permettant de réguler les rapports sociaux dans les différents domaines de la vie collective, c'est toujours dans la perspective, plus ou moins prégnante, de maintenir la paix sociale et l'ordre public. Les règles impératives que contiennent les différentes branches du droit privé, que ce soit le droit des personnes, le droit de la famille, le droit des successions, le droit des obligations, le droit commercial, le droit des sociétés, le droit du travail, le droit de la consommation, *etc.*, ont certes pour finalité d'organiser les rapports des particuliers entre eux, mais dans la perspective de maintenir la paix sociale et l'ordre public. Ainsi, il peut être observé que les règles issues de la responsabilité civile ont, en principe, ou du moins à l'origine, pour finalité de lutter contre les comportements antisociaux. ⁶⁶ La plupart des règles issues du droit de la consommation ont pour finalité de lutter contre les comportements déloyaux en protégeant prioritairement l'intégrité du consentement du consommateur. ⁶⁷ Si l'ensemble des règles relatives à la dévolution successorale et aux libéralités a pour finalité

⁶³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., coll. Quadrige – dicos poche, PUF, 2011, V^o privé (droit), 723.

⁶⁴ V^o not. : M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GESTHIN, bibl. dr. privé, t. 411, LGDJ, 2004. – F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, bibl. dr. privé, t. 494, LGDJ, 2008. – G. COUSIN, *Intérêt général et propriété industrielle*, thèse, Nantes, 2006.

⁶⁵ M. COTTIN, *Le parquet en matière civile, sociale et commerciale. Recensement des textes et étude empirique des activités non pénales du parquet*, Mission Justice et Droit, 2011.

⁶⁶ A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. I, Pédone, 1975, 407.

⁶⁷ *La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation*, colloque organisé par l'Institut de Recherche en Droit des Affaires (IRDA) de l'Université Paris XIII, le 29 mars 2011. V^o égal. : L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *APD* 2000, 198. – S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, thèse, Paris II, 2000, n^o 149.

d'organiser la transmission des patrimoines privés pour cause de mort, ce qui n'intéresse *a priori* que les intérêts privés, encore faut-il observer que ce dernier a vocation à préserver un équilibre entre l'autonomie de volonté et le respect d'un ordre public successoral⁶⁸ qui organise la sauvegarde des intérêts de la cellule familiale, fondée sur l'alliance, et non plus sur les liens de sang, en imposant notamment la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future, ou encore l'égalité successorale. Nous pourrions poursuivre la longue liste des exemples sans que cela apporte davantage à la démonstration car, tous, mettraient en exergue le fait que les différentes branches du droit relevant du droit privé, si elles ont effectivement vocation à « organiser les rapports entre des particuliers entres eux »⁶⁹, assurent, ce faisant, la préservation de la paix sociale et de l'ordre public, et participent donc de ce fait à la protection de l'intérêt général. Or, l'une des spécificités du droit français est d'opérer une distinction entre trois sortes d'intérêt général.⁷⁰ Il est vrai que l'intérêt général peut d'abord être « la somme des intérêts privés des membres du corps social, dont il représente donc la généralisation »⁷¹, et il convient de distinguer sur ce point entre « l'intérêt général ordinaire » qui est « l'exacte reproduction, à l'échelle commune, de l'intérêt particulier (cas du meurtre, du viol, du vol, de la diffamation, etc.) de l'intérêt général commun » qui résulte « d'une transcendance des intérêts privés, aucun intérêt particulier n'[étant] susceptible de s'y assimiler exactement (hypothèses, par exemple, de la prohibition de la publicité pour le tabac, des diverses provocations à nuire à autrui non suivies d'effets, de l'association de malfaiteurs ou encore du trafic de stupéfiants) ».⁷² La troisième sorte d'intérêt général se démarque totalement des deux premiers en ce qu'elle n'intéresse que l'État, c'est l'intérêt général « de la collectivité en tant qu'organisation publique », lequel est qualifié d'« intérêt public ».⁷³ Il est spécifique aux organes de l'État et susceptible, à ce titre, d'entrer en contradiction avec les intérêts privés, « il est l'expression des besoins que les citoyens ne peuvent éprouver personnellement et qui les dépassent ».⁷⁴ Ressortent classiquement de cette catégorie d'intérêt général, les infractions fiscales et douanières, les incriminations d'atteinte à l'autorité de la justice, la répression de l'espionnage et de la trahison, par exemple, sont représentatifs de la nécessité de protéger cet intérêt public. Si le droit privé n'intervient naturellement pas dans la défense de l'intérêt public,

⁶⁸ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979. – Ibid., « Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et 2006 », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, 1. Sur cette notion, V° égal. : M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 4, par J. Maury et H. Vialleton, LGDJ, 1956, n°1. – G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 4, LGDJ, 1950, n° 1472 et s.

⁶⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, ibid.

⁷⁰ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, coll. droit comparé, Economica, 1986.

⁷¹ S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, étude 10.

⁷² S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », ibid.

⁷³ J. WALINE, *Droit administratif*, 24^e éd., coll. précis droit public et science politique, Dalloz, 2012, n° 17. – R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., coll. précis Domat, t. 1, LGDJ, 2001, 579.

⁷⁴ S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », ibid.

qui relève davantage de la sphère du droit public, il intervient en revanche de manière significative dans la protection de l'intérêt général ordinaire ; protection qui est au cœur de la majorité des infractions pénales aujourd'hui. De ce point de vue, il est logique que le droit pénal soit traditionnellement rattaché au droit privé plutôt qu'au droit public dans la mesure où son intervention porte, majoritairement, sur la défense de l'intérêt général « ordinaire » et de l'intérêt général « commun », plus minoritairement sur la défense de l'intérêt public.

12. – Le rattachement au droit privé justifié par la « dimension privée » du contentieux pénal – Parce que la majorité des infractions pénales a vocation à protéger l'intérêt général ordinaire ou l'intérêt général commun, il peut être observé que le droit pénal « *apparaît souvent comme un prolongement du droit civil ou du droit commercial car les infractions sont fréquemment constituées par des comportements frauduleux lésant des intérêts privés* »⁷⁵, donnant ainsi au contentieux pénal une « dimension privée ». Historiquement, il doit être rappelé que le droit pénal puise ses racines dans la confiscation progressive par l'État d'un conflit opposant des intérêts particuliers, au motif que l'objet du litige dépasse leurs intérêts privés pour intéresser plus largement l'ensemble de la collectivité, et donc, par voie de conséquence, l'autorité sous laquelle cette dernière se place.⁷⁶ Mais, si la confiscation du litige pénal aux parties privées par l'État a engendré, au fil des siècles, une dissociation des notions de peine et de réparation, et donc de responsabilité civile et de responsabilité pénale, il doit être observé que notre droit n'a jamais pu se résoudre à séparer totalement le contentieux pénal du contentieux civil en présence d'une infraction lésant des intérêts privés, ce qui explique les liens étroits qui se sont maintenus au fil du temps, en droit de la responsabilité, entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile⁷⁷ ; en procédure pénale, entre l'action publique et l'action civile. En pratique, il peut être observé que le contentieux pénal génère le plus souvent un contentieux civil, mais également que le contentieux civil est parfois le révélateur d'un contentieux pénal qui est alors utilisé pour servir des intérêts privés. C'est bien parce que le contentieux pénal revêt une « dimension privée » que son rattachement au droit privé se justifie. Par ailleurs, il doit être observé que, contrairement au droit administratif, ce sont essentiellement des personnes de droit privé qui font l'objet de poursuites pénales, ce qui justifie assurément que le règlement du contentieux pénal relève de la compétence des juridictions

⁷⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 42.

⁷⁶ Cette évolution apparaît dès l'époque romaine, mais va ressurgir dans la période du XI-XII^e siècle avec l'affirmation du pouvoir royal. V° sur ce point : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, ibid.

⁷⁷ V° not. : « *Responsabilité civile, responsabilité pénale : regards croisés* », Actes du colloque organisé le 22 mars 2013 par la Faculté de droit de Rennes, avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, sous la direction de Mme Cristina Corgas-Bernard et Mme Véronique Wester-Ouisse, Dossier n° 21, *RCA* 2013. Égal. : N RIAS, *Aspects des liens actuels des liens actuels entre la responsabilités civiles et pénale*, thèse, Lyon 3, 2006.

répressives, juridictions de l'ordre judiciaire par nature, et non des juridictions de l'ordre administratif, au regard de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle.

13. – Le rattachement au droit privé légitimé par la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire en matière pénale – Contrairement au contentieux public qui relève de la compétence des juridictions de l'ordre administratif, le règlement du contentieux pénal relève de celle des juridictions pénales, lesquelles appartiennent à l'ordre judiciaire. En effet, ni le tribunal administratif, ni la cour administrative d'appel, ni le Conseil d'État ne sont compétents pour statuer en matière pénale, ce qui ne signifie pas au demeurant que ces juridictions administratives ne puissent pas, à l'occasion de l'examen d'une question de droit relevant de leur compétence, se prononcer sur la validité de certaines dispositions pénales prises par voie de règlement. Le contentieux pénal est soumis aux juridictions répressives, et ces dernières appartiennent à l'ordre judiciaire. La solution se justifie bien évidemment par le fait que les dispositions de l'article 66 de la Constitution érigent l'autorité judiciaire en gardienne des libertés individuelles ; libertés qui sont nécessairement menacées en matière pénale, ce qui explique d'ailleurs que le contentieux de l'exécution des peines ait été finalement confié à un juge judiciaire spécialisé : le juge de l'application des peines. La solution se justifie également au regard de la double compétence des juridictions répressives qui statuent, dans la majorité des cas, lors d'un même procès, au pénal et au civil. En effet, il convient de rappeler que l'article 2 du Code de procédure pénale, en offrant aux victimes la faculté de porter leur demande indemnitaire devant la juridiction pénale ou devant la juridiction civile leur confère un droit d'option qui donne aux juridictions répressives une compétence civile.⁷⁸ Ainsi, en présence d'une victime constituée partie civile, le juge doit, après avoir statué sur l'action publique, statuer sur l'action civile en appliquant les règles du droit civil. La compétence civile des juridictions répressives résulte assurément de ce que, comme nous l'avons déjà fait observer précédemment⁷⁹, le contentieux pénal se superpose à un contentieux civil, social ou commercial dès lors que « *les infractions sont fréquemment constituées par des comportements frauduleux lésant des intérêts privés* »⁸⁰, de sorte qu'il apparaît finalement naturel et logique que l'ensemble des contentieux générés par l'infraction se trouve soumis à un même juge. Parce que le gros des incriminations protège l'intérêt général « ordinaire » ou « commun »⁸¹, l'infraction lèse

⁷⁸ M. MARTY, *La compétence civile du juge pénal*, thèse, Paris II, 2004. – Égal. : S. DETRAZ, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Procédures* 2008, étude 10.

⁷⁹ V° supra, n° 12.

⁸⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, ibid.

⁸¹ V° supra, n° 11.

simultanément ce dernier ainsi que des intérêts privés, ce qui fait d'elle un fait générateur de responsabilité civile, appelant une action en réparation qui, pour des raisons pratiques, peut être exercée devant les juridictions pénales qui se voient donc attribuées une compétence civile. L'ensemble de ces éléments ne peut que confirmer le rattachement traditionnel du droit pénal au droit privé comme en témoigne d'ailleurs les collections dans lesquelles les manuels de droit pénal général, de procédure pénale ou de droit pénal spécial sont publiés. En effet, il peut être observé que les ouvrages ayant trait à la matière pénale sont publiés dans des collections « droit privé »⁸², et au plan académique, il doit être observé par ailleurs que le droit pénal se trouve rattaché au droit privé, et non au droit public, comme l'illustre les intitulés des sections de recrutement au Conseil National des Universités.⁸³

14. – Le rattachement au droit public fondé sur une ambiguïté quant au rôle de l'État dans le processus répressif – Puisque nous avons démontré que de nombreux arguments mettent en exergue que le droit pénal est rattaché au droit privé, comment expliquer alors qu'il soit toujours affirmé que le droit pénal serait plus proche du droit public que du droit privé ? *A priori*, il semblerait que la prééminence de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence dans le champ de la protection pénale, et le rôle prédominant de l'État dans le processus répressif, constituent les éléments à partir desquels est déduit un tel constat. C'est d'ailleurs bien cette conception du droit pénal qui semble être retenue par les auteurs qui affirment aujourd'hui, en s'appuyant sur les arguments développés précédemment, que l'on assisterait à une « privatisation » de la répression pénale. Si l'État a su utiliser le droit pénal pour asseoir son autorité⁸⁴, comme l'illustrent les théories contractualistes des philosophes des lumières⁸⁵, le « pacte social » repose sur la délégation par l'ensemble des membres du corps social de leur droit de punir au profit d'une autorité supérieure chargée de la défense de l'ordre public par la répression des auteurs d'infractions. Dans le domaine pénal, et contrairement au droit public, l'État n'est que le titulaire d'un mandat qu'il doit exercer au nom et pour le compte de l'ensemble de la collectivité qu'il représente alors. Dans le procès pénal, l'État n'agit pas pour la défense de

⁸² Tel est le cas notamment chez Dalloz où les ouvrages ayant trait au droit pénal sont publiés dans la collection « *précis droit privé* » (V^o not. : B. BOULOC, *Droit pénal général*, 23^e éd., coll. *précis droit privé*, Dalloz, 2013. – Ibid., *Procédure pénale*, 23^e éd., ibid., 2012. – M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., ibid., 2011), et non dans la collection « *précis droit public et science politique* ». Tel est le cas encore de l'ouvrage de MM. F. Desportes et F. Le Guehec, publié chez Economica, dans la collection « *Corpus droit privé* » (ouvrage précité).

⁸³ La section 01 du CNU est intitulée « *droit privé et sciences criminelles* », le droit pénal n'étant pas rattaché au droit public qui figure en section 02.

⁸⁴ V^o supra, n^o 4.

⁸⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, préf. B. Bernardi, coll. GF, Flammarion, 2012. – T. HOBBS, *Le Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, Trad. G. Mairet, 6^e éd., coll. Folio, Gallimard, 2009.

ses intérêts propres, comme il se faisait nécessairement sous l'Ancien Régime, mais dans l'intérêt général de la collectivité dont il est le défenseur en son nom et pour son compte.⁸⁶ Il n'est en définitive qu'un mandataire qui agit au nom et pour le compte d'une collectivité qu'il représente. Contrairement au contentieux administratif dans lequel l'État, qu'il soit en position de demandeur ou de défendeur, agit pour préserver ses intérêts propres, dans le contentieux pénal, il agit pour défendre les intérêts d'une collectivité humaine. Nous en voulons pour preuve que lorsque la loi permet à l'État d'agir directement devant les juridictions répressives en vue de défendre ses intérêts propres lorsque ceux-ci sont pénalement protégés, l'analyse démontre que les fonctionnaires des administrations habilitées à saisir les juridictions pénales n'exercent pas l'action publique visée à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, mais une « action administrative à fin pénale »⁸⁷ conduisant au prononcé de sanctions juridiques poursuivant une finalité mixte - mi répressive/mi restitutive - qui ne leur permet pas de requérir, par exemple, une peine d'emprisonnement, contrairement au représentant de la société.⁸⁸ Parce que la loi pénale ne protège pas, sauf lorsque tel est l'objet particulier de l'incrimination⁸⁹, les intérêts de l'État, mais l'intérêt général, et parfois l'intérêt public, la raison d'être comme la logique du droit pénal sont très différentes de celles du droit administratif, et se rapprochent davantage de celles du droit privé duquel le droit répressif relève. En effet, contrairement au droit administratif, le droit pénal organise la prévention et la répression des actes attentatoires à l'intérêt général, et non la soumission à un juge spécialisé et un régime juridique spécifiques des actions dirigées contre les personnes exerçant des prérogatives de puissance publique. Le droit pénal obéit à une logique qui diffère profondément de celle du droit public, que ce soit le droit constitutionnel - qui organise les pouvoirs de l'État - ou du droit administratif, par exemple, qui règle la structure de l'administration ainsi que ses rapports avec les particuliers. Si l'État joue un rôle prégnant en matière pénale, c'est en tant que mandataire, dans la défense des intérêts de la société qu'il représente. Le sens de son intervention en matière pénale diffère donc profondément de celui qu'elle peut revêtir en droit public. En droit pénal, c'est la société qui est au cœur du système, et non l'État.

⁸⁶ G. LEYTE, « Les origines médiévales du ministère public », in *Histoire du parquet*, J.-M. CARBASSE (dir.), coll. Droit et Justice, PUF, 2000, 23.

⁸⁷ Après avoir affirmé que l'action publique exercée par l'administration a une « nature spéciale » (Cass. crim., 4 juill. 1973 : *Bull. crim.* 1973, n° 316), la Cour de cassation a reconnu que l'action fiscale exercée par l'administration se distinguait de l'action publique exercée par le parquet (Cass. crim., 20 sept. 2000 : n° 99-83.206).

⁸⁸ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 119 et suivants.

⁸⁹ Ce qui est le cas des incriminations ayant vocation à défendre l'intégrité du domaine public ou les intérêts patrimoniaux de l'État dans le domaine fiscal.

15. – Des conséquences du constat du rattachement du droit pénal au droit privé sur la notion de « privatisation » appliquée à la matière pénale – Dès lors que l'analyse tend à démontrer que le droit pénal est rattaché au droit privé, et non au droit public, l'on peine à comprendre comment une matière qui est rattaché au droit privé pourrait se « privatiser » ? Ce constat en appelle un autre : celui de l'absence de définition de la notion de « privatisation » par la doctrine, lorsque celle-ci l'applique à la matière pénale. Que ce soit M. le professeur Xavier Pin ou M. Wolff, avocat général à la Cour de cassation, qui ont été les premiers à faire explicitement référence à un mouvement de « privatisation » de la répression pénale - le premier à propos du procès pénal, le second à propos de l'action publique - il peut être observé qu'aucun d'eux ne donne une définition du contenu de la notion de « privatisation » appliquée à la matière pénale. Or, si celle-ci est utilisée pour illustrer le fait que le droit pénal se rapprocherait du droit privé, nous avons pu constater que tel ne pouvait être le cas, celui-ci étant rattaché au droit privé. Alors, il nous semble que l'on peut légitimement s'interroger sur le fait de savoir si ces auteurs ne font pas plutôt la démonstration d'une « victimisation » de la répression pénale⁹⁰, voir d'une « civilisation » de la répression pénale ?⁹¹

§. 3 – Définition de la notion de « privatisation » appliquée à la matière pénale

16. – L'absence de définition doctrinale – C'est un constat. Aucun des auteurs qui appliquent la notion de « privatisation » à la matière pénale n'en donne quelque définition que ce soit.⁹² Cette absence de définition emporte des conséquences fâcheuses dans la mesure où la notion est utilisée pour illustrer des évolutions diverses, et entre lesquelles il n'existe pas toujours de lien. Alors que certains auteurs utilisent la notion de « privatisation » pour illustrer, non pas un rapprochement du droit pénal en direction du droit privé, mais le rapprochement de la matière pénale en direction de la matière civile⁹³, d'autres l'utilisent pour illustrer, dans une acception plus commune du terme d'ailleurs, « le passage d'une entreprise, d'un service ou d'une administration du giron de la puissance publique au secteur privé ».⁹⁴ Il est vrai que le terme « privatisation » est en principe utilisé

⁹⁰ V° not. : J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime, I- Définitions et statut*, J. HOAREAU-DODINAU, G. MÉTAIRIE, P. TEXIER (dir.), coll. cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n° 19, PULIM, 2008, 285.

⁹¹ C. LARONDE-CLÉRAC, *La civilisation du droit pénal. Les rapprochements du droit pénal et du droit civil*, thèse, La Rochelle, 2002.

⁹² V° not. : J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* – X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.* – Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *ibid.*

⁹³ Not. X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.* – J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.*

⁹⁴ Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *ibid.*

pour définir l'opération par laquelle est transférée, par la vente d'actifs, une activité, un établissement ou une entreprise, du secteur public au secteur privé.⁹⁵ En partant de la définition générale, l'on peut considérer que, appliquée à la matière pénale, la notion de « privatisation » est en général utilisée par la doctrine pour illustrer le transfert partiel d'une prérogative de puissance publique à de simples particuliers, pris individuellement ou collectivement dans l'hypothèse des groupements privés auxquels le législateur reconnaît la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile devant les juridictions répressives ; en d'autres termes, pour illustrer le morcellement du monopole répressif de l'État au profit des particuliers. Dans ce cas, quelle différence existe-t-il entre le phénomène de « privatisation » et celui de « victimisation » décrit par certains auteurs ?⁹⁶ En reconnaissant à la victime particulière de l'infraction, comme au profit de certains groupements privés subissant un préjudice collectif, la faculté de déclencher le procès pénal, et de corroborer l'action publique tout au long du processus répressif, la jurisprudence et le législateur ont partiellement délégué aux particuliers, pris individuellement ou collectivement, l'exercice d'une prérogative de puissance publique, ces particuliers étant des « victimes »⁹⁷, les termes de « privatisation » et de « victimisation » ne se confondent-ils pas finalement pour illustrer la réalité d'un même phénomène appréhendé sous des angles différents ? La notion de « privatisation » serait alors utilisée pour illustrer le déclin du monopole étatique en matière pénale, tandis que celle de « victimisation » serait employée pour illustrer la montée des droits des victimes dans le procès pénal. Reste que, de ce point de vue, les phénomènes de « privatisation » et de « victimisation » de la répression pénale ne seraient finalement que les deux faces d'un même phénomène. Dans le même temps, la notion de « privatisation » est également utilisée pour désigner un mouvement dynamique qui conduirait à introduire des éléments ou des mécanismes innervant traditionnellement les différentes branches « civiles » du droit privé en matière pénale. Il en est ainsi de l'utilisation croissante du mécanisme de la transaction en tant que mode de règlement du litige pénal ; phénomène qui témoignerait pour une partie de la doctrine d'une « contractualisation de la justice pénale ».⁹⁸ La pénétration des éléments ou des mécanismes issus du droit civil ou de la procédure civile en matière pénale nous semble davantage relever d'un mouvement de « civilisation » de la répression pénale⁹⁹ que de celui d'une « privatisation » de cette

⁹⁵ Dictionnaire Larousse, édition 2013, V° *privatisation*.

⁹⁶ V° not. : J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime, I- Définitions et statut*, ibid.

⁹⁷ X. PIN, « Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux », ibid. – F. BELLIVIER, C. DUVERT, « Les victimes : définitions et enjeux », ibid. – F. ALT-MAES, « Le concept de victime en droit civil et droit pénal », ibid.

⁹⁸ F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », ibid. – A. CISSE, « Justice transactionnelle et justice pénale », ibid.

⁹⁹ C. LARONDE-CLÉRAC, *La civilisation du droit pénal. Les rapprochements du droit pénal et du droit civil*, ibid.

dernière, même si les deux mouvements se rejoignent en ce qu'ils illustrent un rapprochement des matières pénale et civile, ce qui se constate surtout au plan de la procédure. Quoi qu'il en soit, l'on voit bien que l'absence de définition doctrinale de la notion de « privatisation » conduit à recouper sous ce terme l'ensemble des mouvements ayant pour point commun de conduire à un déclin de l'autorité de l'État en matière pénale au profit des parties privées, que ce soit les victimes dans le phénomène de « victimisation » ou les auteurs d'infraction dans celui de « contractualisation ».

17. – Les acceptions de la notion de « privatisation » en matière pénale – L'absence de définition n'est pas satisfaisante en ce qu'elle conduit à faire de la notion de « privatisation » une « *notion fourre-tout* »¹⁰⁰, utilisée pour illustrer des mouvements et des évolutions qui n'ont, pour seul point commun, que d'engendrer un « *désinvestissement étatique* » dans le domaine de la répression pénale.¹⁰¹ Or, il peut être observé que ce désinvestissement peut prendre différentes formes, relever de différents mouvements qui n'entretiennent entre eux aucun lien de causalité ou connexité. Nous avons pu observer que le thème de la privatisation est utilisé par une partie de la doctrine pour illustrer une « privatisation » des personnels judiciaires¹⁰² ou des structures et missions dévolues à l'institution judiciaire, comme en témoigne par exemple la création des délégués du procureur¹⁰³, l'introduction de « citoyens assesseurs » dans la composition des juridictions pénales¹⁰⁴, ou encore celle des associations d'aide aux victimes ou de réinsertion des condamnés dans la composition de certaines juridictions de l'application des peines.¹⁰⁵ Une autre partie de la doctrine regroupe sous la notion de « privatisation » des mouvements qui nous semblent s'en distinguer, tel celui de la « *victimisation* » ou de la « *contractualisation* » de la justice pénale, mais qui ont pour point commun d'illustrer un certain déclin du monopole étatique dans le domaine de la répression pénale. De ce point de vue, la notion de « privatisation » permet alors de regrouper un ensemble de phénomène entraînant un effet commun, sans pour autant être

¹⁰⁰ Y. VAILLANCOURT, « La privatisation, une notion fourre-tout ? », *ibid.*

¹⁰¹ D. LABERGE, « Futur pénal, fiction pénale : débat autour des notions de privatisation et de désinvestissement étatique », *Déviances et Société*, 1988, Vol. 12, 169.

¹⁰² Y. BENHAMOU, « Pantouflage des juges : un danger pour l'impartialité de l'État », *D.* 2001, point de vue, 788.

¹⁰³ V° not. : J. DALLEST, « Parquet et partenaires judiciaires ou comment mettre en œuvre une politique intérieure performante et acceptée », *AJ Pénal* 2007, 471. – J.-P. JEAN, Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *ibid.* 2006, 473. – J. WOLFF, « Le décret du 29 janvier 2001 : Les délégués du procureur au secours de la composition pénale », *Gaz. Pal.* 2001, 258.

¹⁰⁴ J. SIMON DELCROS, « Aux prétoires, citoyens assesseurs ! Une révolution pour les assises ? », *Gaz. Pal.* 2011, 10. – L. BELFANTI, B. LAVIELLE, « Citoyens assesseurs : la machine infernale (suite et fin...) », *ibid.* 2011, 298. – S. ANTONICELLI, « Participation des citoyens à la justice pénale : le jeu des vases communicants », *LPA*, 30 janv. 2012, 3.

¹⁰⁵ V° not. : M. HERZOG-EVANS, « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gaz. Pal.* 2009, 8.

reliés les uns aux autres par un lien de causalité ou de connexité qui permettrait de faire émerger un système cohérent. Si le phénomène de « *victimisation* », en ce qu'il traduit un déplacement du gravité du droit pénal en direction des victimes, et le phénomène de « *contractualisation* », en ce qu'il manifeste le passage d'une justice pénale imposée à une justice pénale consensuelle, voire négociée, ont pour point commun de mettre en exergue le déclin du monopole répressif de l'État, encore faut-il observer que ces derniers puisent leurs origines dans des idéologies diamétralement opposées, ce qui explique le caractère contradictoire de leurs finalités.

18. – La définition de la notion de « privatisation » en matière pénale – Au regard de ce qui vient d'être dit, la nécessité de définir le contenu de la notion de « privatisation » s'impose, notamment pour dissocier cette dernière d'autres notions voisines qui peuvent, pour certaines d'entre elles d'ailleurs, apparaître comme l'une des composantes du phénomène de « privatisation » de la répression pénale. Nous avons dit que, dans sa définition classique, la notion de « privatisation » illustre « *le passage d'une entreprise, d'un service ou d'une administration du giron de la puissance publique au secteur privé* ». ¹⁰⁶ Appliquée à la matière pénale, cette notion permettrait de mettre en exergue un désinvestissement étatique dans le domaine de la justice pénale – que ce soit au plan des personnels judiciaires ou des structures et des missions de l'institution judiciaire, au profit d'acteurs privés issus de la société civile. ¹⁰⁷ Ce mouvement, pour intéressant qu'il soit, ne nous préoccupera point dans le cadre de notre étude qui s'attache à une autre forme de « privatisation », celle qui se manifeste, nous semble-t-il, par un déplacement du centre de gravité de la répression pénale, de l'intérêt général en direction des intérêts privés des particuliers. En effet, si l'infraction génère un conflit entre deux parties privées en ce qu'elle lèse les intérêts privés de la victime, celle-ci est toutefois redéfinie comme une infraction à l'ordre public tel qu'il est défini par l'État, de sorte que c'est l'intérêt général qui prédomine classiquement dans la balance des intérêts en présence dans le domaine de la répression pénale. L'intérêt général apparaissant au premier rang des intérêts pénalement protégés, il supplante en principe les intérêts privés, et légitime le rôle prégnant de l'État tout au long du processus répressif ; la dissociation des notions de peine et de réparation, de laquelle découle la séparation des responsabilités civile et pénale. ¹⁰⁸ Or, cette conception classique de la matière nous semble aujourd'hui en voie d'être dépassée par le fait que le curseur tend à se rapprocher davantage des intérêts privés que de l'intérêt général. En d'autres termes, et à l'instar de ce que certains auteurs

¹⁰⁶ Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *ibid.*

¹⁰⁷ En ce sens not. : J.-P. BRODEUR, « Ordre public et ordre privé », *RICPT*, 1988, 392. – Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *ibid.*

¹⁰⁸ N. RIAS, *Aspects des liens actuels des liens actuels entre la responsabilités civiles et pénale*, thèse, Lyon 3, 2006, n° 17 et suivants.

observent dans le domaine du contentieux civil, « *la part de l'autorité publique dans le conflit régresse quelque peu* ». ¹⁰⁹ De ce point de vue, la notion de « privatisation » apparaît comme transversale en ce qu'elle définit un mouvement qui imprègne actuellement l'ensemble des matières relevant du droit privé, dont le droit civil. ¹¹⁰ Cela confirme bien que la notion de « privatisation » ne saurait être utilisée pour illustrer un rapprochement du droit pénal et du droit privé puisque le droit civil, matière phare du droit privé, est également traversé, selon certains auteurs, par un mouvement de « privatisation ». Cela confirme aussi que cette notion se distingue d'autres notions voisines avec laquelle elle entretient des liens étroits, telles celles de « *victimisation* » ou de « *civilisation* ». Appliquée à la matière pénale, la notion de « privatisation » s'entend comme l'ascension des intérêts privés dans la balance des intérêts en présence dans le domaine de la répression pénale, en d'autres termes, comme le déplacement du centre de gravité du droit pénal et de la procédure pénale de l'intérêt général en direction des intérêts privés des particuliers. De fait, en déduisant de ce que le droit positif conçoit le procès pénal, non plus comme une figure duale (opposition de l'accusateur public à l'auteur de l'infraction), mais comme une figure triangulaire (opposition de l'accusateur public, de l'accusateur privé et de l'auteur de l'infraction) la manifestation d'une privatisation du procès pénal ¹¹¹, la doctrine n'illustre en réalité qu'une portion du phénomène, voir une conséquence de celui-ci, sans en rechercher, ni en appréhender la cause. En effet, il doit être observé que si de nombreux auteurs constatent l'ascension des droits de la victime sur la scène pénale, voir même que le procès pénal tend « *à devenir un instrument de satisfaction des droits privés* » ¹¹², ces derniers, pour autant, ne recherchent point les causes expliquant un tel phénomène. Comment expliquer que, dans un procès ayant pour fondement la défense de l'intérêt général, le juge et le législateur ont octroyé aux « victimes » des prérogatives pénales leur permettant de déclencher les poursuites pénales, et de corroborer l'action publique tout au long du processus répressif ? Comment expliquer, dans un procès ayant pour fondement la défense de l'intérêt général, que l'action de l'État se trouve toujours plus enserrée dans le respect des droits de la défense et des intérêts particuliers des personnes pénalement poursuivies ? Comment expliquer que, de manière exponentielle, le centre de gravité de la phase d'exécution de la peine prononcée par la juridiction répressive se soit déplacée en direction des intérêts privés du condamné, et maintenant, tend à se déplacer en direction de ceux de la victime ? À ces questions, la doctrine ne répond pas, et propose des constats. Mais, parce que le droit est une science, celui-ci obéit

¹⁰⁹ J.-F. KRIEGK, « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *Gaz. Pal.* 2005, 2.

¹¹⁰ J.-F. KRIEGK, « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *ibid.*

¹¹¹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*

¹¹² E. COUTURE, « le procès comme institution », *RIPD* 1950, 276.

nécessairement à la règle fondamentale qui veut que tout effet ait une cause. Or, en mettant en évidence un déplacement du centre de gravité de l'objet procédural du procès pénal en direction des intérêts privés des particuliers, la doctrine ne fait que discuter des effets d'une cause qu'elle n'a pas étudiée, qu'elle n'a pas recherchée, qu'elle n'a pas appréhendée, et qui tronque nécessairement ses observations comme ses conclusions, et la conduit à amalgamer des phénomènes qui ne constituent qu'une portion du phénomène étudié, voir s'en distingue.

19. – Distinction des notions de « privatisation » et de « victimisation » – Parce que la notion de « privatisation » appliquée à la matière pénale, dans l'aspect qui nous intéresse dans le cadre de cette étude, se définit comme le déplacement du centre de gravité de la répression pénale, de l'intérêt général en direction des intérêts privés des particuliers, c'est naturellement pour illustrer l'ascension des intérêts privés de la victime dans le domaine de la répression pénale que la doctrine a employé ce terme de manière privilégiée.¹¹³ Pourtant, comme la définition retenue dans le cadre de notre travail de thèse le démontre, la privatisation de la répression pénale dépasse le seul déplacement du centre de gravité de la répression pénale en direction des droits privés des victimes. L'ascension des intérêts de la victime dans le domaine de la procédure pénale est en réalité un des effets du phénomène de privatisation de la répression pénale. Certains auteurs ont d'ailleurs cherché à contourner cette difficulté en mettant en exergue l'existence d'un phénomène de « *victimisation* » du droit pénal.¹¹⁴ Si le terme de « *victimisation* » est particulièrement bien choisi pour témoigner de ce que, depuis la fin du XIX^e siècle, le droit de la responsabilité civile a effectivement opéré un déplacement de son centre de gravité de la responsabilisation de l'auteur à l'indemnisation de la victime¹¹⁵, son utilisation en matière pénale laisse en revanche dubitatif. En effet, alors qu'en droit de la responsabilité civile, « *on aime à satisfaire la demande de la victime d'un accident, et, mettant la réparation de la charge du dommage d'une personne en état de payer, impliquée matériellement d'une façon quelconque dans l'événement, on fait un premier pas vers une socialisation des risques, idéal de solidarité. La jurisprudence s'est engagée dans cette voie en établissant des présomptions de responsabilités et des responsabilités sans faute. C'est une grave question de savoir jusqu'où on doit aller* »¹¹⁶, le droit pénal est demeuré fidèle à sa fonction originelle : la sanction de l'auteur de l'infraction au nom de la

¹¹³ Not. : J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* – X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.* – J. PRADEL, « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *RPDP* 2005, 503, spéc. 521. V^o déjà : J. LEROY, *La constitution de partie civile à fins vindicatives*, thèse, Paris XII, 1990.

¹¹⁴ J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime, I- Définitions et statut*, *ibid.*

¹¹⁵ J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, préf. F. LEDUC, bibl. dr. privé, t. 513, LGDJ, 2010. – C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. LEQUETTE, nouv. bibl. des thèses, Vol. 45, 2005, n^o 52.

¹¹⁶ P. ESMEIN, « Prendre l'argent où il est », *Gaz. Pal.* 1958, chron. 46.

société. Ceci explique d'ailleurs que les cas dans lesquelles la plainte de la victime est une condition à la validité des poursuites pénales sont fort rares. De ce point de vue, l'on ne peut affirmer que le centre de gravité du droit pénal se serait déplacé en direction des intérêts privés des victimes. En revanche, il peut être remarqué que les incriminations pénales tendent à défendre aujourd'hui au premier plan, non l'intérêt général, mais les intérêts privés des particuliers - ce qui nous semble témoigner d'un mouvement de « privatisation » du champ de la protection pénale - encore faut-il remarquer qu'à ce stade, il n'y a ni victime, ni auteur. Ce ne sont pas les « intérêts des victimes » qui sont pénalement protégés, mais ceux de l'ensemble des personnes, physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, composant la collectivité, et qui ne deviendront à proprement parler des « victimes » qu'à compter de l'instant où elles auront à souffrir d'une infraction pénale. Sur le fond, il n'y a pas de déplacement du centre de gravité du droit pénal en direction des victimes, mais déplacement du centre de gravité du droit pénal en direction des intérêts privés de l'ensemble des personnes, physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, composant la société. Au plan de la procédure pénale, si celle-ci intègre assurément les intérêts des victimes, c'est davantage à une recherche d'équilibre entre des intérêts divergents - ceux de la société, de la personne pénalement poursuivie et de la victime - qu'elle se livre actuellement qu'une réorientation générale du procès pénal en direction de la « partie lésée », pour reprendre les termes de l'article 2 du Code de procédure pénale. De fait, si les notions de « privatisation » et de « victimisation » sont parfois assimilées, l'on voit bien que l'analyse permet de les dissocier et de les distinguer. Alors que la notion de « privatisation », appliquée à la matière pénale, illustre un déplacement du centre de gravité de la répression pénale en direction des intérêts privés des particuliers, la notion de « victimisation » illustre un tout autre phénomène, celui d'un déplacement du centre de gravité d'une matière en direction des seuls droits et intérêts des victimes. Si la répression pénale intègre effectivement, de manière exponentielle, les droits et intérêts des victimes, c'est dans une perspective de recherche d'un équilibre à trouver entre des intérêts divergents : ceux de la société, de l'auteur de l'infraction, et des victimes.

20. – Distinction des notions de « privatisation » et de « civilisation » – Il existe entre les notions de « privatisation » et de « civilisation » des liens étroits qui ne doivent pas toutefois conduire à les assimiler. Si certains auteurs - et ils sont relativement rares - ont pu faire référence à une « *civilisation du droit pénal* », ce fut pour illustrer les rapprochements du droit pénal et du droit civil¹¹⁷ ; ce fut pour illustrer un travail fastidieux de recherche des concepts, règles, solutions et mécanismes procéduraux propres à la matière civile qui innervent le domaine de la répression

¹¹⁷ C. LARONDE-CLÉRAC, *La civilisation du droit pénal. Les rapprochements du droit pénal et du droit civil*, ibid.

pénale. De ce point de vue, la notion de « *civilisation* » se distingue assurément de celle de « privatisation » par son objet, mais, dans le même temps, il peut être observé que cette dernière entretient avec cette dernière des liens extrêmement étroits. La « *civilisation* » apparaît tantôt comme l'effet le plus visible du phénomène de « privatisation » de la répression pénale, tantôt comme la cause d'un tel phénomène. La « *civilisation* » de la répression pénale apparaît effectivement comme une conséquence du phénomène de « privatisation » lorsque, par exemple, la prise en compte croissante des droits et intérêts des victimes conduit le législateur à intégrer progressivement la réparation civile parmi les éléments intrinsèques de la sanction pénale.¹¹⁸ La « *civilisation* » de la répression pénale apparaît en revanche comme la cause du phénomène de « privatisation » lorsque l'introduction de certains concepts, règles, solutions et mécanismes procéduraux propres à la matière civile dans le domaine de la répression pénale conduit à un placer à égalité de valeur, voir à faire prévaloir, les intérêts privés sur l'intérêt général, en d'autres termes, que l'on assiste à un déplacement du centre de gravité de la répression pénale de l'intérêt général en direction des intérêts privés. En pareille hypothèse, la privatisation de la répression pénale apparaît comme un effet de sa « *civilisation* ». Un tel mouvement a résulté notamment de l'introduction des modes transactionnels de règlement des litiges issus du droit civil et de la procédure civile en procédure pénale. En effet, l'introduction de ces modes alternatifs de règlement du litige pénal, empruntés à la matière civile, ne résulte nullement d'un déplacement du centre de gravité de la répression pénale en direction des intérêts privés, mais plutôt de la réponse à un flux dont l'importance et le rythme en ont rendu la gestion impossible, et face auquel l'institution judiciaire s'est trouvée dans l'obligation de trouver un équilibre entre la nécessité de traiter le plus grand nombre d'infractions possibles, ce qui correspond parfaitement à la demande sociale de sécurité, et la gestion rationnelle de moyens non extensibles.¹¹⁹ L'introduction de modes transactionnels du litige issu de la matière civile en matière pénale ne relève pas, à l'origine, d'une logique de « privatisation » de la répression pénale, mais d'une logique de « *civilisation* » ; logique qui entraîne, par voie de conséquence, un mouvement de « privatisation » dans la mesure où l'application de la sanction pénale se trouve subordonnée au consentement du mis en cause qui, en fonction de ses intérêts, décidera d'accepter ou de refuser la proposition du procureur de la République, que ce soit dans le cadre des alternatives aux poursuites ou dans celui de la CRPC. Un raisonnement similaire peut être suivi dans le domaine de l'exécution des peines. Alors que l'on se trouve ici dans la phase de mise en œuvre concrète de la sanction pénale, au cœur même de la coercition, l'instauration de procédures simplifiées d'aménagement de peine par les récentes

¹¹⁸ F. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 271 et suivants.

¹¹⁹ D. CHARVET, « Une ou deux magistratures ? », *ibid.*

réformes législatives intervenues dans la matière soumettent ici aussi, que ce soit dans le cadre de l'article 723-15¹²⁰ ou dans celui de l'article 723-19 du Code de procédure pénale¹²¹, l'aménagement de peine au consentement du condamné. Ici aussi, ce sont des considérations économiques qui ont poussé le législateur à introduire des procédures simplifiées d'aménagement de peine reposant sur le consentement du condamné, de sorte que la justice pénale participative, voire consensuelle, qui était jusqu'à présent l'apanage de la phase présentencielle du procès pénal s'introduit au sein de la phase d'exécution des peines. De fait, l'on voit bien que, même si les phénomènes de « *civilisation* » et de « *privatisation* » de la répression pénale sont intrinsèquement liés, ils se distinguent l'un de l'autre.

21. – Définition des contours de notre étude à partir de la définition retenue de la notion de « *privatisation* » – Partant du constat que le phénomène de « *privatisation* » de la répression pénale ne pouvait résider dans le fait que le droit pénal se rapprocherait du droit privé, celui-ci étant déjà rattaché à ce dernier ; ni même se confondre avec d'autres phénomènes tels que celui de « *victimisation* » ou de « *civilisation* », bien qu'il entretienne avec le second des liens étroits, nous avons pu observer que la doctrine utilisait cette notion pour illustrer un morcellement du monopole répressif de l'État au profit des particuliers, voire même, dans le domaine civil, pour mettre en exergue le fait que « *la part de l'autorité publique dans le conflit régresse quelque peu* ». ¹²² Nous en avons déduit que, appliquée à la matière pénale, la notion de « *privatisation* » tend à désigner tout mouvement dynamique emportant, à titre principal ou incident, un déplacement du centre de gravité de la répression pénale en direction des intérêts privés. Compte tenu de la définition que nous retenons de la notion de « *privatisation* », notre étude ne consistera bien évidemment

¹²⁰ Cette procédure concerne les personnes non incarcérées, condamnées à une peine inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, ou pour lesquelles, en cas de cumul de condamnations, le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à deux ans. Or, il doit être observé que l'article 723-15-1 du Code de procédure pénale prévoit, notamment, que « *si, à l'issue de la convocation, une mesure d'aménagement ou la conversion de la peine lui paraît possible et si l'intéressé en est d'accord, le juge de l'application des peines ordonne cette mesure ou cette conversion selon les modalités prévues aux premier ou deuxième alinéas de l'article 712-6* », tandis que l'article 723-15-2 dispose que « *si le condamné ne souhaite pas bénéficier d'un aménagement ou d'une conversion de sa peine [...], le juge de l'application des peines peut fixer la date d'incarcération* ». Ces textes démontrent que, dans le cadre de cette procédure simplifiée, la décision d'aménagement ou de conversion du juge d'application des peines, sauf à ce que celui-ci considère, au vu du rapport motivé du service pénitentiaire d'insertion et de probation, qu'un tel aménagement ou une telle conversion ne lui paraît pas possible, est subordonnée au consentement du condamné.

¹²¹ Cette procédure concerne les personnes détenues condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à deux ans ou condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à cinq ans et dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans. Si, la proposition d'aménagement de peine émane du directeur des services d'insertion et de probation, ce dernier ne peut la transmettre au parquet, et le parquet au juge de l'application des peines pour homologation, qu'à la condition d'avoir reçu l'accord à la mesure d'aménagement de peine proposée.

¹²² J.-F. KRIEGK, « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *ibid.*

pas en un travail de répertorisation des concepts, règles, solutions et mécanismes procéduraux propres à la matière civile innervant le domaine de la répression pénale, ce qui relèverait d'une étude sur la « civilisation de la répression pénale », et ne saurait se restreindre pareillement à une étude sur l'évolution des droits des victimes sur la scène pénale qui relèverait davantage d'une étude sur la « victimisation de la répression pénale ». Naturellement, notre étude ne saurait davantage se limiter à l'étude du phénomène de privatisation dans le seul domaine de la procédure pénale, du droit pénal, ou encore du droit de la peine, la référence à la « répression pénale » dans l'intitulé du sujet induisant que notre étude portera précisément sur l'ensemble de ces disciplines. En effet, contrairement à la doctrine majoritaire qui aborde la problématique de la privatisation de la répression pénale sous le seul angle de la procédure pénale, et plus précisément encore, sous le seul angle de la montée des droits des victimes en procédure pénale, il nous semble que l'étude du phénomène de « privatisation » ne saurait se restreindre au domaine de la procédure pénale dans la mesure où celui reviendrait en réalité à n'appréhender que l'un des aspects de la privatisation de la répression pénale ; aspect qui apparaît de surcroît comme la suite logique, ou la conséquence, des autres facettes du phénomène. C'est d'ailleurs l'un des reproches que l'on pourrait adresser à la doctrine qui, tout en démontrant la réalité du phénomène de « privatisation du procès pénal »¹²³ ou de certaines prérogatives de puissance publique¹²⁴, n'en cherche ni les fondements ni les causes. C'est ce que nous nous proposons de faire dans le cadre de notre étude ; mettre en évidence la cohérence du phénomène auquel nous assistons aujourd'hui et que les différentes études consacrées au sujet n'ont pas mis en exergue à ce jour. À partir de la définition que nous retenons de la notion de « privatisation », entendue comme tout mouvement dynamique emportant un déplacement du centre de gravité de la répression pénale, à titre principal ou incident, en direction des intérêts privés, nous nous proposons de mettre en perspective le fait que la privatisation du procès pénal n'est pas un phénomène isolé en ce qu'il s'inscrit dans un mouvement plus large, et qui dépasse les frontières de la procédure pénale pour intéresser l'ensemble des branches du droit relevant du domaine de la répression pénale, qu'il s'agisse du droit pénal spécial ou du droit de la peine, par exemple. Notre étude aura pour effet de démontrer que le phénomène de privatisation de la répression pénale ne témoigne pas d'un recul de l'autorité de l'État, mais d'une reconfiguration du rapport que ce dernier entretient avec les individus. Cette mutation se traduit dans le domaine de la répression pénale par un déplacement de son centre de gravité en direction des intérêts privés.

¹²³ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*

¹²⁴ J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.*

22. – Plan de l'étude – Le droit pénal a toujours protégé des intérêts privés par le seul fait que la majorité des incriminations ont vocation à défendre l'intérêt général « ordinaire » ou l'intérêt général « commun ». Si ces deux sortes d'intérêt général ont pour point commun d'être « *la somme des intérêts privés des membres du corps social, dont il représente donc la généralisation* »¹²⁵, le premier apparaît toutefois comme « *l'exacte reproduction, à l'échelle commune, de l'intérêt particulier* » tandis que le second s'impose comme « *une transcendance des intérêts privés, aucun intérêt particulier n'[étant] susceptible de s'y assimiler exactement* ».¹²⁶ Parce que la société se développe sur le mode de l'individualisme, il est somme toute logique que le pouvoir imprécatoire du plaignant exerce ses effets directement au plan pénal, comme au plan civil d'ailleurs¹²⁷, ce qui se traduit, dans le domaine de la répression pénale, par un renversement de l'ordre des priorités de la protection pénale, les intérêts privés ayant tendance à se placer à égalité de valeur avec l'intérêt général, voir à le supplanter parfois **(partie 1)**. L'ascension des intérêts privés dans le champ de la protection pénale, qui témoigne bien d'un déplacement du centre de gravité de la répression pénale en direction de ces intérêts particuliers, a naturellement vocation à se retrouver dans le procès pénal dont la physionomie, définie par son objet procédural, n'est que le reflet de la balance des intérêts en présence lésés par l'infraction dans le texte d'incrimination **(partie 2)**.

¹²⁵ S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *ibid.*

¹²⁶ S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *ibid.*

¹²⁷ En ce sens : J.-F. KRIEGK, « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *ibid.*

PREMIERE PARTIE

L'ASCENSION DES INTÉRÊTS PRIVÉS EN DROIT PÉNAL

23. – Le basculement de l'ordre des priorités dans le champ de la protection pénale – Si le droit pénal moderne issu de la pensée des lumières, et cher aux penseurs classiques, se caractérise par la poursuite d'un idéal d'ordre mis au service de la protection de l'intérêt général et des intérêts de l'État dans le respect des droits et libertés des individus, force est d'admettre que ce modèle est en passe d'être dépassé dès lors que la protection de l'intérêt général et des intérêts de l'État se trouve concurrencée - voir supplantée - par celle des intérêts subjectifs des particuliers. Nul besoin de s'aventurer dans quelques contentieux obscurs et techniques, réservés aux seuls spécialistes de la matière, pour voir se manifester la privatisation des fonctions du droit pénal. Si elle apparaît de manière éclatante en droit pénal de la consommation, en droit pénal du travail, en droit pénal de la famille, elle s'impose également avec force dans le droit pénal commun où les exemples ne manquent pas pour illustrer l'ascension des intérêts subjectifs dans l'ordre des valeurs pénalement protégées. Cette évolution trouve très certainement ses fondements dans le fait que, si dans le Code pénal de 1810, « *les crimes les plus graves sont ceux qui attaquent la sûreté publique, qui ébranlent les fondements de l'ordre et de la République. Viennent ensuite ceux qui attentent à la vie et à la sûreté des individus* »¹²⁸, la nomenclature du Code pénal de 1994 fait en revanche apparaître que « *la défense de l'ordre public ne repose plus sur une notion collective du bien commun mais se trouve recentrée sur les valeurs individualistes de la personne et de la propriété* ». ¹²⁹ Le basculement d'une priorité de protection de l'intérêt général vers celle d'une protection accrue des intérêts privés¹³⁰ observé dans l'ordre public pénal devait naturellement emporter au sein d'une multitude d'incriminations l'ascension des intérêts particuliers au premier plan des valeurs pénalement protégées, concurrençant ainsi directement, ou supplantant même parfois, la valeur sociale défendue au nom de l'intérêt général, ce qui pose naturellement en creux la question de la mutation des finalités de la sanction pénale.

24. – La mutation des finalités de la sanction pénale – Contrairement à ce qui peut être parfois affirmé, le droit répressif n'a pas le monopole de la peine, d'une part, parce qu'en sanctionnant l'auteur d'une transgression, la loi pénale ne fait qu'emprunter « *la voie naturellement*

¹²⁸ P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique pénale*, Hachette, 1989, 289.

¹²⁹ R. BADINTER, *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988, 31.

¹³⁰ G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994, 21.

ouverte à toute norme juridique »¹³¹ puisque « la règle de droit n'est pas destinée à demeurer une simple création de l'esprit ; il est de sa nature de s'appliquer à des situations concrètes, de se réaliser »¹³², d'autre part, parce que de nombreuses sanctions juridiques, qu'elles aient une nature civile, commerciale ou administrative, ont vocation à poursuivre une finalité exclusivement punitive, au même titre que la sanction pénale.¹³³ En revanche, la spécificité de la sanction pénale réside assurément dans la finalité originale qu'elle poursuit : la réparation du dommage causé à la société par la rétribution de l'acte infractionnel. Dès lors que la peine a vocation à réparer le dommage causé à l'intérêt protégé au premier plan par le texte d'incrimination, la logique la plus élémentaire commande, à compter de l'instant où l'intérêt pénalement protégé au premier plan est un intérêt subjectif appartenant à un titulaire particulier, que la fonction réparatrice de la sanction pénale soit étendue, par voie de conséquence, au dommage privé. Tel semble être d'ailleurs la direction prise par le législateur, celui-ci, d'une part, fait poursuivre à certaines sanctions pénales une finalité indemnitaire au seul bénéfice des victimes particulières de l'infraction - ce qui est le cas par exemple de la sanction-réparation -, d'autre part, étend la finalité cathartique de la peine publique au profit des victimes particulières de l'infraction, comme en témoigne notamment la modification de l'article 132-24, alinéa 2, du Code pénal par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005.¹³⁴

25. – La privatisation des fonctions de la norme pénale – L'ascension des intérêts particuliers au sommet de la hiérarchie des valeurs ou intérêts pénalement protégés emporte naturellement une privatisation de la fonction normative de la loi pénale qui englobe, nous le verrons, non seulement la privatisation de sa fonction protectrice, mais également celle des règles de la responsabilité pénale ou encore celle de la privatisation des finalités punitive de la sanction pénale **(titre 1)**. La norme pénale ayant vocation à réparer le dommage causé au titulaire du bien juridique lésé par l'acte infractionnel, à compter de l'instant où l'intérêt protégé au premier plan par le texte d'incrimination s'impose comme un intérêt subjectif appartenant à un titulaire particulier, il est logique que la peine publique soit amenée à intégrer dans ses finalités la réparation du dommage privé **(titre 2)**

¹³¹ O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, bibl. sc. crim., t. 43, LGDJ, 2008, n°23.

¹³² F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2006, n°469.

¹³³ Not. : E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la « matière pénale ». - La QPC et les attentes déçues... », *SJ G.* 2011, doctr. 976. – J.-H. ROBERT, « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », in *Droit pénal, le temps des réformes*, V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 244. – J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », *ibid.*, 239. – B. DE LAMY, « Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC* 2011, 184. – M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, 808.

¹³⁴ *JORF* du 13 déc. 2005, 19152.

TITRE I

LA PRIVATISATION DE LA FONCTION NORMATIVE DE LA LOI PENALE

26. – Le droit pénal, nouvelle grille d’intelligibilité des rapports sociaux – À compter de l’instant où l’intérêt général n’apparaît plus au premier plan de l’ordre des valeurs pénalement protégées puisqu’il se trouve, soit concurrencé, soit supplanté, par des intérêts particuliers, il ne faut point s’étonner de ce que la loi pénale soit simplement envisagée comme un instrument coercitif destinée à suppléer les autres branches du droit - et notamment la responsabilité civile qui a quelque peu abandonné sa fonction normative au profit de sa fonction indemnitaire - dans la protection des intérêts subjectifs. Cette évolution conduit à faire du droit pénal la nouvelle grille d’intelligibilité des rapports sociaux, l’invitant à centrer davantage son intervention sur la protection des intérêts, individuels comme collectifs, des particuliers en sacrifiant aux dogmes de l’individualisme et du matérialisme ses fondements philosophiques issus du siècle des lumières. Dans ce contexte, il ne faut point s’étonner des incompréhensions et autres revendications exprimées par certaines victimes ou associations de victimes à propos de l’étendue de leurs prérogatives dans le procès pénal. Dès lors que la loi pénale place au premier rang des valeurs qu’elle défend leurs intérêts subjectifs, il est parfaitement légitime que ces dernières entendent user des règles du droit pénal pour résoudre leurs litiges, ce d’autant que les règles de responsabilité pénale répondent mieux à leur besoin de justice que celles de la responsabilité civile.

27. – Manifestation et effets de la privatisation de la fonction normative de la loi pénale – La réévaluation des intérêts privés dans le champ de la protection pénale est un phénomène parfaitement visible pour qui veut bien se donner la peine d’observer objectivement la mutation de l’ordre des priorités de la protection pénale. Selon le sens dans lequel l’observateur se place, soit il constatera un rabaissement de l’intérêt général au même niveau que les intérêts particuliers ; soit il constatera une élévation des intérêts particuliers au même niveau que l’intérêt général dans l’ordre des valeurs pénalement protégées (**chapitre 1**). Cette évolution ne peut qu’inciter les victimes à privilégier le terrain de la responsabilité pénale pour obtenir la sanction de la lésion de leurs intérêts privés pénalement protégés, par préférence à celui de la responsabilité civile qui n’est manifestement plus en mesure de répondre à leur besoin de justice (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LA RÉÉVALUATION DES INTÉRÊTS PRIVÉS DANS LE CHAMP DE LA PROTECTION PÉNALE

28. – La stratification des intérêts privés réévalués – Si le basculement des valeurs pénalement protégées conduit à réévaluer la place des intérêts privés dans l'ordre des priorités de la protection pénale, encore faut-il observer que deux catégories d'intérêts privés se trouvent aujourd'hui pénalement protégés. La première est celle des intérêts subjectifs individuels - entendus comme l'ensemble des avantages appartenant à une personne déterminé - tandis que la seconde est celle des intérêts privés collectifs. Concernant cette dernière catégorie d'intérêts, il doit être observé que la doctrine demeure divisée quant au contenu de la notion. Si pour certains auteurs, l'intérêt collectif ne serait que la somme d'intérêts individuels¹³⁵, pour d'autres, il transcenderait ces derniers pour intéresser une communauté d'individus envisagée en tant qu'entité collective.¹³⁶ Or, c'est bien cette dernière catégorie d'intérêts collectifs que le droit pénal tend à protéger, même si celui-ci s'attache parfois à défendre des intérêts collectifs constituant un agrégat d'intérêts individuels. Quoi qu'il en soit, pour ce qui nous intéresse ici, nous limiterons nos observations au fait que la réévaluation des intérêts privés dans le champ de la protection pénale concerne aussi bien les intérêts privés individuels (**section 1**) que les intérêts privés collectifs (**section 2**).

SECTION 1. LA RÉÉVALUATION DES INTÉRÊTS PRIVÉS INDIVIDUELS

29. – Distinction des intérêts privés pénalement protégés – Dès lors que la grande majorité des biens juridiques pénalement protégés constituent simultanément des biens juridiques idéels (valeurs sociales) et des biens juridiques concrets (droits subjectifs) appartenant à des titulaires particuliers - ce qui est le cas de la vie, de la propriété, de l'intégrité physique ou psychique, *etc.* - le renversement des valeurs dans l'ordre public pénal ne peut que conduire à une réévaluation de la place des droits subjectifs dans l'ordre des valeurs pénalement protégées au détriment de la valeur sociale. Dès lors que la défense de l'ordre public pénal se trouve recentrée sur les valeurs individualistes de la personne et de la propriété, il est logique que la protection de la liberté de décision des individus (§. 1) comme celle de leurs patrimoines privés (§. 2) se trouvent désormais placée au premier plan de l'ordre des valeurs pénalement protégées.

¹³⁵ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n°11.

¹³⁶ B. BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., n° 180. – M. HECQUARD-THÉRON, « De l'intérêt collectif », *AJDA* 1986, I, 65.

§.1 LA PROTECTION PÉNALE DE LA LIBERTÉ DE DÉCISION INDIVIDUELLE

30. – La primauté de la volonté individuelle – Dès lors que l'ordre public pénal contemporain se montre plus soucieux « *de la garantie des libertés individuelles et du choix de vie de chacun que de la préservation d'un ordre social contraignant* »¹³⁷, la volonté individuelle ne peut que s'imposer au premier plan des valeurs pénalement protégées.¹³⁸ Parce que le consentement constitue à la fois la conséquence de la volonté, le symbole de celle-ci et son extériorisation¹³⁹, cela explique que celui-ci s'impose dans de nombreux textes d'incrimination comme la valeur prioritairement protégée par ces derniers. Sur ce point, si le rôle croissant du consentement en droit pénal a été mis en exergue par la doctrine¹⁴⁰, encore peut-il être observé qu'elle ne l'a toutefois que très exceptionnellement envisagé en tant qu'objet de protection pénale, alors même qu'il est devenu dans un certain nombre de cas *le* critère à partir duquel l'intervention de la loi pénale se décide ou non, celle-ci réprimant le défaut de consentement **(A)** tout en prenant en compte et en protégeant le consentement permissif de la victime¹⁴¹ **(B)**.

A – LA PROTECTION PÉNALE DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT

31. – Etendue du champ de la protection pénale du défaut de consentement – L'ordre public pénal plaçant la liberté de décision des individus au premier rang de l'ordre des valeurs protégées par la loi pénale¹⁴², l'exclusion de consentement **(1)** comme les comportements susceptibles de le vicier **(2)** se trouvent naturellement incriminés dans de nombreux textes.

¹³⁷ J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime, I- Définitions et statut*, ibid.

¹³⁸ La volonté à laquelle nous faisons ici référence est celle par laquelle « *la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, 573).

¹³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », ibid.

¹⁴⁰ P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, 699. – X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, ibid.

¹⁴¹ Sur cette question, V° not. : F. ABDU, *Le consentement de la victime*, thèse, Paris, 1971. – X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 51. – J. DOUBLIER, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, 75. Egal. : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 15^e éd., Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1934, 326. – R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, *Droit pénal et criminologie*, 1^{re} éd., PUF, 1956, 231. – R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, n° 475 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, coll. références, Cujas, 2012, n° 546. – F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 12^e éd., op. cit., n° 713. – M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2^e éd., coll. cours magistral, Ellipses, 2006, n° 345. – Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., PUF, 2010, n° 430. – Ph. SALAVAGE, *Droit pénal général*, 7^e éd., coll. le droit en plus, PUG, 2010, n° 132. – Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 5^e éd., Armand Colin, 2000, n° 276. – B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2011, n° 409 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 2001, 263.

¹⁴² A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, coll. ISPEC, PUAM, 2006 ; J. GARRIGUE, « Les sanctions en droit des personnes. Brèves observations sur le recours

1) *La répression pénale de l'exclusion de consentement*

32. – La protection pénale du refus de consentement – En définissant les agressions sexuelles comme « *toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* », l'article 222-22 du Code pénal ne protège pas de manière prioritaire l'intégrité physique ou psychique de la personne humaine, mais en réalité « *la liberté sexuelle des individus* ». ¹⁴³ En recourant à l'un des quatre procédés visés par le texte, l'auteur manifeste son indifférence au refus exprimé par la victime de consentir à l'acte de nature sexuelle, quel qu'il soit, et c'est bien cette indifférence à l'absence de consentement de la victime qui est réprimée par les articles 222-22 et 222-23 du Code pénal relatifs aux agressions sexuelles et au viol. Dans la même lignée, il sera rappelé que les incriminations d'extorsion et de chantage prévues aux articles 312-1 et 312-10 du Code pénal ¹⁴⁴ protègent également en premier lieu la liberté de décision des individus en réprimant l'usage de la violence, de menace de violences ou de la contrainte, par l'auteur en vue de forcer la victime à agir contre sa volonté. ¹⁴⁵ D'autres incriminations illustrent encore la répression de l'exclusion de consentement. Sur ce point, il doit être observé que la récente loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France ¹⁴⁶ a instauré, dans le cadre de la lutte contre la traite des êtres humains, quatre infractions nouvelles : le travail forcé ¹⁴⁷ - défini comme le fait, par violence ou menace, de contraindre une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli - ; la réduction en servitude ¹⁴⁸ - définie comme le fait de faire subir, de manière habituelle l'infraction de travail forcé à une personne dont la particulière vulnérabilité ou l'état de

aux sanctions pénales », in *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, 135.

¹⁴³ Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, coll. Mélanges, Litec, 2005, 65.

¹⁴⁴ lesquels répriment respectivement « *le fait d'obtenir par violence, menace de violences, ou contrainte* » ou « *[de menacer] de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération [en vue d'obtenir] soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ».

¹⁴⁵ Il peut paraître curieux de citer ici des incriminations contenues au sein du livre III du Code pénal relatif aux délits contre les biens. Pourtant, comme M. Ollard l'a démontré dans sa thèse (R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. MALABAT, nouv. bibl. thèses, vol. 98, Dalloz, 2010, n° 69), ces incriminations ne protègent le patrimoine de la victime que de manière incidente, celles-ci s'employant en réalité à protéger la liberté de décision des individus. L'affirmation se vérifie aisément dès lors qu'il peut être observé que l'extorsion comme le chantage s'attachent à réprimer l'obtention d'avantages non patrimoniaux, d'une part, et qu'elles ne supposent pas d'atteinte effective au patrimoine de la victime pour leur constitution, d'autre part.

¹⁴⁶ JORF du 06 août 2013, 13338

¹⁴⁷ Art. 225-14-1 C. pén.

¹⁴⁸ Art. 225-14-2 C. pén.

dépendance sont apparents ou connus de l'auteur des faits - ; la réduction en esclavage¹⁴⁹ - définie comme le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété - ; l'exploitation d'une personne réduite en esclavage¹⁵⁰ - fait de commettre à l'encontre d'une personne dont la réduction en esclavage est apparente ou connue de l'auteur une agression sexuelle, de la séquestrer ou de la soumettre à du travail forcé ou du service forcé. Dans le cadre de la lutte contre les abus sexuels, l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, ce texte incrimine désormais le fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers, qui constitue désormais une agression sexuelle.¹⁵¹ L'infraction de fixation, transmission, enregistrement d'une image pornographique, lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans, est désormais incriminée et punie alors même que ces faits ne seraient pas commis en vue d'une diffusion dès lors qu'ils concernent un mineur de quinze ans de même que la simple consultation internet même occasionnelle d'un site à caractère pédopornographique dès lors que l'accès s'est fait en contrepartie d'un paiement.¹⁵² Dans le cadre de la lutte contre les violences faites aux femmes, la loi incrimine désormais la tentative d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée¹⁵³, le fait de tromper une personne aux fins de l'emmener à l'étranger pour la forcer à y contracter un mariage¹⁵⁴, le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle, ainsi que le fait d'avoir incité autrui à procéder à cette mutilation dès lors que cette mutilation n'a pas été réalisée.¹⁵⁵ Enfin, dans le cadre des disparitions forcées, ce texte introduit au sein des atteintes à la personne humaine un chapitre consacré spécifiquement aux disparitions forcées. Une incrimination spécifique de disparition forcée est créée.¹⁵⁶ Cette infraction fait encourir la réclusion criminelle à perpétuité et la complicité « passive » des supérieurs hiérarchiques qui savaient mais n'ont rien fait pour empêcher ces disparitions forcées est également incriminée.¹⁵⁷ Tel est le cas du délit de dissimulation forcée du visage prévu à l'article 225-4-10 du Code pénal ; du délit d'exploitation de la vente à la sauvette incriminé à

¹⁴⁹ Art. 224-1 A C. pén.

¹⁵⁰ Art. 224-1 B C. pén.

¹⁵¹ Art. 222-22-2 C. pén.

¹⁵² Art. 227-23 C. pén.

¹⁵³ Art. 223-11 C. pén.

¹⁵⁴ Art. 222-14-4 C. pén.

¹⁵⁵ Art. 227-24-1 C. pén.

¹⁵⁶ Art. 221-12 C. pén.

¹⁵⁷ Art. 221-13 C. pén.

l'article 225-12-8 du même Code ; ou encore de l'article 225-5 relatif au proxénétisme.¹⁵⁸ Si la plupart de ces textes répriment le fait d'imposer à une personne, contre sa volonté, par l'usage de la menace, de la violence, de la contrainte, ou encore de la surprise, d'accomplir certains actes spécifiquement incriminés, l'un de ces procédés soulève toutefois une difficulté. Alors que l'article 1112 du Code civil¹⁵⁹ considère la violence comme un vice du consentement, certains auteurs considèrent qu'en matière pénale la violence constitue, tantôt un cas de vice du consentement lorsqu'elle est morale, tantôt un cas d'exclusion du consentement lorsqu'elle est physique.¹⁶⁰ Une telle distinction nous semble discutable, d'une part, et souvent inutile, d'autre part. Discutable d'abord dans la mesure où la violence, qu'elle soit physique ou morale, viciait ou excluait le consentement de la victime en fonction de sa capacité de résistance physique ou morale, de sorte qu'il nous semble impossible de considérer que la violence morale entraînerait systématiquement un vice du consentement tandis que la violence physique entraînerait automatiquement l'exclusion du consentement. Inutile ensuite dans la mesure où, sans texte incriminant spécifiquement le vice de consentement à titre autonome, le consentement vicié équivaut à une exclusion de consentement dans la grande majorité des incriminations.¹⁶¹

33. – La protection pénale de la rétractation du consentement – Certains textes incriminent spécifiquement la violation de la rétractation de consentement dès lors que celle-ci est érigée par la loi en un droit de rétractation au profit de certaines catégories d'individus. En ce domaine, il doit être rappelé que l'article L. 121-28 du Code de la consommation dispose notamment que *« toute infraction aux dispositions des articles L. 121-23, L. 121-24, L. 121-25 et L. 121-26 sera punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement »*. Or, l'article L. 121-25 visé ici consacre au profit du consommateur un droit de rétractation¹⁶² pour toutes les opérations tendant à *« l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services »* réalisées à l'occasion d'un *« démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande »*.¹⁶³ L'article 223-8 du Code

¹⁵⁸ Lequel réprime notamment *« le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit [...] 3° D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire »*.

¹⁵⁹ Selon ce texte, *« il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »*

¹⁶⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 157.

¹⁶¹ Si l'on prend par exemple le cas du viol, l'on ne peut que constater l'indifférence manifestée par la jurisprudence entre exclusion du consentement et vice du consentement. V° not. : Cass. crim., 29 avr. 1960 : *Bull. crim.* n° 225. – 11 févr. 1992 : *RSC* 1993, 331, obs. Levasseur.

¹⁶² *« Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant »*.

¹⁶³ Art. L. 121-21 C. consom.

pénal prévoit que « lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré », l'auteur s'expose à des sanctions pénales. Au-delà des incriminations spécifiques protégeant la rétractation du consentement de la victime, il doit être rappelé que, plus largement, toutes les fois où une personne consent à un acte quelconque, puis se rétracte ultérieurement, l'indifférence de l'auteur à cette rétractation emporte consommation de l'infraction considérée. C'est ainsi que les juges européens, bien que protégeant, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, un principe d'autonomie personnelle selon lequel chacun peut mener sa vie comme il l'entend, y compris en se mettant physiquement ou moralement en danger¹⁶⁴, ont pu affirmer, à l'occasion d'une affaire dans laquelle des relations sadomasochistes avaient dérapé en relations sadiques, que, si « la liberté sexuelle est nécessaire à l'épanouissement de la personne, et protégée à ce titre par l'article 8 § 1 de la Convention », cette liberté dégénère en abus lorsqu'elle consiste à imposer des actes à une personne qui n'y consent plus.¹⁶⁵

34. – La répression du défaut de recueil de consentement – En incriminant de manière explicite le défaut de recueil de consentement, de nombreuses incriminations mettent en exergue le fait que la volonté individuelle constitue bien la valeur protégée au premier plan par la loi pénale. Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité, il sera rappelé que l'article 223-8 du Code pénal réprime « le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, [ou les personnes ou organismes] désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, [...] lorsque la recherche biomédicale est pratiquée alors que le consentement a été retiré »¹⁶⁶ ; que l'article 226-1 du Code pénal « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ; 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé » ; ou encore que l'article 223-10 du même Code incrimine l'interruption de grossesse pratiquée « sans le consentement de l'intéressée ». L'on voit bien que ces incriminations poursuivent une même finalité : réprimer les actes réalisés sans avoir reçu le consentement de la victime. Si le défaut de recueil de consentement produit les effets d'un défaut de consentement, il s'en distingue néanmoins en ce qu'il peut constituer un cas de consentement permissif dès lors qu'en recueillant le consentement

¹⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, I, 31.

¹⁶⁵ CEDH, 17 févr. 2005, « *K.A et A.D c/ Belgique* » : *D.* 2005, II, 2973, note Fabre-Magnan.

¹⁶⁶ F. BOUVIER, « Le consentement à l'acte thérapeutique », *JCP* 1986, I, 3249. – V. NERSON, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Universités des sciences sociales de Toulouse, Universités des sciences sociales, 1978, 853. – *ibid.*, « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit », *RTD civ.* 1970, 660.

de la personne à l'acte incriminé, l'auteur lève l'interdit pénal, situation qu'illustre notamment le délit d'exhibition sexuelle. L'article 222-32 du Code pénal incrimine « *l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public* ». Contrairement à l'ancien délit d'outrage public à la pudeur, ce n'est plus le scandale public causé par la commission d'actes impudiques à la vue d'autrui qui est réellement réprimée, mais le fait que ces derniers soient « imposés » à la vue d'une personne déterminée : la victime. Le terme « *imposé* » traduit parfaitement le fait que ce qui est réprimé ici, c'est l'absence de consentement, ce qui induit qu'à compter de l'instant où les observateurs consentent à l'exhibition sexuelle, l'application de l'article 222-32 du Code pénal se trouve *de facto* neutralisée, le consentement « *des personnes informées et consentantes* »¹⁶⁷ levant l'interdit pénal. Si le consentement de la personne dont les intérêts protégés par la loi pénale peut lever l'interdit pénal, encore faut-il que celui-ci ne soit pas affecté d'un vice.

2) La protection pénale de l'intégrité du consentement

35. – La répression des vices du consentement par le droit pénal – La référence aux vices du consentement renvoie bien évidemment au contenu de l'article 1109 du Code civil en vertu duquel « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Plusieurs de ces notions apparaissent, isolément ou cumulativement, au sein de nombreuses incriminations. La violence s'impose comme un élément constitutif des agressions sexuelles, de l'extorsion ou du chantage, tandis que le dol constitue comme un élément de l'escroquerie. D'autres, sans être explicitement visées par les textes d'incriminations sont toutefois susceptibles d'entraîner leur application, ce qui est le cas, par exemple de l'erreur comme nous le verrons. Si le droit répressif a vocation à protéger l'intégrité du consentement permissif que la victime potentielle peut être amenée à donner à l'auteur d'un acte initialement infractionnel, il protège également le consentement exprimé par les personnes dans le cadre de leurs relations contractuelles. Si le droit pénal de la consommation concentre un certain nombre d'incrimination illustrant la protection pénale du consentement dans la formation des contrats, celui-ci n'ayant pas seulement vocation à protéger uniquement les consommateurs, mais plus largement les consommateurs envisagés en tant qu'entité collective, les incriminations qu'il contient seront étudiées lorsque la question de la protection pénale des intérêts collectifs sera abordée, ce d'autant que le droit pénal commun comporte de nombreuses incriminations protégeant l'intégrité du consentement dans la formation du contrat, voir même d'autres actes juridiques.

¹⁶⁷ J. LARGUIER, A.-M. LARGUIER, *Droit pénal spécial*, coll. Memento droit privé, Dalloz, 1998, 232

36. – La répression du vice de violence – L'article 1112 du Code civil dispose qu' « *il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». La violence constitue un vice du consentement se manifestant au stade de la formation des actes juridiques, et il peut être observé que celui-ci est réprimé par le droit pénal, comme en témoigne les incriminations d'extorsion, de chantage, les abus de faiblesse de droit commun ou encore l'exploitation de la vulnérabilité. *A priori*, l'énumération de ces délits peut surprendre dans la mesure où certains se situent dans le livre III dédié aux atteintes aux biens, tels l'extorsion ou le chantage, or s'ils sont abordés ici, c'est parce qu'ils ont pour finalité première de protéger l'intégrité du consentement de la personne, et non celle du patrimoine qui n'est qu'incidente¹⁶⁸, ce qui est le cas des articles 312-1 et 312-10 du Code pénal relatifs à l'extorsion et au chantage par exemple. En dehors du cas particulier de l'extorsion de signature ou de secret, les articles 312-1 et 312-10 répriment l'obtention d'un engagement ou d'une renonciation. Si l'emploi du terme « *engagement* » implique *a priori* la création d'un rapport d'obligation entre l'auteur du vice de violence et sa victime¹⁶⁹ - ce dont il faut déduire que l'ensemble de la catégorie des contrats relève du champ d'application de ces délits - celui de « *renonciation* » en revanche peut surprendre dans la mesure. Si certaines renonciations ont pour effet, en ce qu'elles emportent décharge au profit de l'auteur des violences, de causer une atteinte au patrimoine de la victime - ce qui sera le cas de la renonciation à un droit réel ou une succession - tel n'est pas toujours le cas - nous pensons notamment au désistement d'instance¹⁷⁰ ou au désistement d'action¹⁷¹ -, et faute de précision, il est donc possible en théorie d'appliquer ces délits à des actes juridiques unilatéraux dépourvus de tout effet patrimonial. Cette analyse démontre bien que ce n'est pas le patrimoine qui est prioritairement protégé ici, mais bien l'intégrité du consentement. L'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse, incriminé à l'article 223-15-2 du Code pénal¹⁷² a également vocation à protéger prioritairement l'intégrité du consentement des personnes dès lors que la seule obtention de l'acte ou de l'abstention suffit à

¹⁶⁸ Sur ce point, V° : R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. MALABAT, nouv. bibl. thèses, vol. 98, Dalloz, 2010, n° 69.

¹⁶⁹ A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, op. cit., n°196.

¹⁷⁰ Cass. crim., 9 janv. 1991 : *Bull. crim.* n° 17 ; RSC 1992, 323, obs. Bouzat.

¹⁷¹ Le désistement d'action n'est pas toujours attentatoire au patrimoine de son auteur, dès lors que l'objet de la renonciation n'est pas nécessairement un droit de créance, ni même un droit patrimonial. Tel nous semble être le cas du retrait de plainte, lorsque celle-ci est nécessaire à l'exercice de l'action publique, qui n'apparaît pas préjudiciable, à titre principal au moins, au patrimoine de la victime.

¹⁷² Lequel réside dans le fait d'abuser de la vulnérabilité d'une personne en exerçant à son encontre des pressions graves ou réitérées ou des techniques propres à altérer son jugement pour la conduire à un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables

consommer ce délit¹⁷³, indépendamment de toute atteinte effective au patrimoine de la victime.¹⁷⁴ Il en est encore ainsi de la répression des abus de vulnérabilité ou de dépendance par les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal qui incriminent le fait d'avoir abusé de la vulnérabilité d'une personne pour obtenir un service non rétribué ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. Ces incriminations, instaurées pour lutter contre « *l'esclavage moderne* »¹⁷⁵ ne tendent pas, contrairement à ce qu'une première lecture pourrait laisser penser, à sanctionner l'exécution d'un contrat¹⁷⁶, mais bien la protection de l'intégrité du consentement. En réprimant l'exploitation de la faiblesse contextuelle dans laquelle se trouve la victime - dans l'hypothèse de la vulnérabilité externe - ou de caractéristiques intrinsèques à la personne - âge, déficience mentale, *etc.* - pour lui imposer des conditions contractuelles particulièrement sévères, voir incompatible avec la dignité humaine, ces textes semblent bien protéger l'intégrité du consentement. Répriment-ils pour autant les atteintes à l'intégrité au consentement sur le fondement du vice de violence ? Pour certains, dès lors que l'auteur ne crée pas lui-même la menace, mais se contente d'exploiter une situation menaçante préexistante qu'il n'a pas contribué à créer, il ne s'agirait pas d'une violence, mais d'un abus.¹⁷⁷ Une telle posture nous semble contestable dans la mesure où, au sens de l'article 1112 du Code civil, celui qui abuse de la faiblesse d'autrui menace toujours ce dernier d'un « *mal considérable et présent* », de sorte que l'exploitation de la vulnérabilité d'autrui s'analyse en un cas de violence, et non d'abus.

37. – La répression du vice de dol – L'article 1116 du Code civil dispose que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». L'infraction emblématique de la répression du vice de dol contenue dans le Code pénal est bien évidemment l'escroquerie. Mises à part les incriminations contenues dans le Code de la consommation, le vice de dol est spécifiquement réprimé par l'article 313-1 du Code pénal relatif à l'escroquerie ; délit constituant *a priori* une

¹⁷³ Not. : Ph. LAURENT, *Contrat et droit pénal*, thèse, Aix-en-Provence, 2001, 225. – V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1999, n°88.

¹⁷⁴ La répression de ce délit soulève toutefois une interrogation relative à la nature du vice du consentement qu'il a vocation à réprimer : s'agit-il réellement du vice de violence ou davantage du vice de dol ? Il nous semble, au regard de la définition retenue par l'article 1112 du Code civil, que la présence du vice de violence ne fait aucun doute dès lors le texte fait référence à des « *pressions graves ou réitérés* », mais lorsqu'il vise « *des techniques propres à altérer le jugement* », le rattachement au vice de dol s'impose, la formule utilisée renvoyant à l'idée de « *manœuvres* » au sens de l'article 1116 du Code civil (A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préf. Y.-M. SERINET, bibl. dr. privé, t. 529, LGDJ, 2011, n° 64).

¹⁷⁵ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., coll. références, Cujas, 2007, n°445.

¹⁷⁶ Encore que l'application de ces textes soit indifférente à la conclusion d'un contrat. En ce sens : R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 95.

¹⁷⁷ G. LOISEAU, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *JCP G.* 2001, II, 10461.

« *infraction contre le consentement protectrice du patrimoine* ». ¹⁷⁸ Le propos doit toutefois être nuancé dès lors qu'il est possible de démontrer que l'article 313-1 du Code pénal incrimine le dol à titre autonome, dès lors ce délit se décline en deux infractions distinctes. La première protège prioritairement le droit de propriété de la victime en ce qu'elle est consommée par la « *remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ». La deuxième protège prioritairement le consentement dès lors qu'elle est consommée par le fait de « *consentir un acte opérant obligation ou décharge* ». Si l'objet patrimonial du délit semble préservé dans la mesure où, en visant « *un acte opérant obligation ou décharge* », le législateur entend à l'évidence protéger prioritairement le patrimoine de la victime, le doute est toutefois permis dès lors qu'il est admis que l'élément constitutif de l'escroquerie réside dans le *negotium* - c'est à dire le simple accord de volonté - indépendamment de toute remise ou accord formalisé par un *instrumentum*. ¹⁷⁹ Le délit d'escroquerie s'impose donc bien comme un instrument essentiel de protection du consentement en réprimant spécifiquement le vice de dol. ¹⁸⁰ Parce que l'erreur provoquée par dol vicie assurément la volonté de la victime, il est somme toute logique que la jurisprudence ait pu considérer que la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, élément constitutif de l'infraction de vol prévue à l'article 311-1 du Code pénal, était parfaitement compatible avec une remise préalable de l'objet soustrait lorsqu'il s'agit « *d'une remise nécessaire et forcée* » ou d'une « *remise de la simple détention* » qui ne saurait équivaloir à un véritable consentement de se laisser dépouiller. ¹⁸¹ Parce que le dol constitue également le fondement des cas de transmission volontaires du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) par voie sexuelle, il nous semble que c'est la qualification pénale de viol qui aurait dû être logiquement retenue ¹⁸², et non celle d'administration de substances nuisibles ¹⁸³, le consentement de la victime au rapport sexuel étant vicié par dol, l'élément constitutif du crime de viol se trouve consommé.

38. – La répression du vice d'erreur – L'erreur s'impose comme un vice du consentement en droit des contrats, l'article 1110 du Code civil disposant que « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de*

¹⁷⁸ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 44.

¹⁷⁹ Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, coll. Manuel, Litec, 2013, n° 573.

¹⁸⁰ A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, op. cit., n° 103.

¹⁸¹ Cass. crim., 1^{er} mars 1951 : *Bull. crim.* 1951, n° 124. – 10 avr. 1959 : *Bull. crim.* 1959, n° 110 – 21 avr. 1964 : *Bull. crim.* 1964, n° 87. – 8 févr. 1993 : *Bull. crim.* 1993, n° 65.

¹⁸² En ce sens : B. CHAPLEAU, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Dr. pén.* 2006, étude 18.

¹⁸³ Cass. crim., 10 janv. 2006 : *Bull. crim.* 2006, n° 11 ; *JCP G.* 2006, IV, 1224 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 30, M. Véron. – A. PROTHAIS, « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », *D.* 2006, I, 1068 ; B. DE LAMY, « Transmission volontaire du virus VIH », *Dr. fam.* 2006, comm. 101. *Antér.* : CA Colmar, 4 janv. 2004 : *D.* 2005, II, 1069, note Paulin. – P. MISTRETTA, « Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal », *RDS* 2005, 415.

nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». En droit pénal, elle apparaît d'abord comme une cause d'irresponsabilité pénale prévue à l'article 122-3 du Code pénal, qu'elle soit de fait ou de droit¹⁸⁴, mais également comme un vice du consentement pénalement sanctionné. Il n'existe pas, à notre connaissance, en droit pénal commun des textes incriminant spécifiquement le vice d'erreur. Cela n'a pas empêché pour autant la Cour de cassation de l'utiliser pour retenir la qualification de vol dans des affaires où un individu prend possession d'une chose alors que celle-ci n'a été remise par la victime que pour la faire peser¹⁸⁵ ou essayer¹⁸⁶, ou encore qu'un billet de loterie n'a été remis qu'en vue de sa vérification¹⁸⁷, de sorte que la remise de la simple détention matérielle n'est pas exclusive du vol¹⁸⁸ ; pour condamner un médecin sur le fondement des violences après qu'un patient qui, ayant donné son consentement au prélèvement d'un organe endommagé, s'est aperçu qu'un autre organe avait été prélevé¹⁸⁹ ; ou encore pour justifier la condamnation pour viol de l'individu qui, « après s'être introduit dans la chambre et le lit d'une femme encore endormie, dont le mari était absent, et profitant de l'erreur de cette femme, de consommer sur elle l'acte de copulation ».¹⁹⁰

39. – En conclusion – La protection de la liberté de décision des personnes s'impose indéniablement au premier rang de l'ordre des intérêts pénalement protégés dans les textes d'incrimination sanctionnant les divers moyens de pression tendant à contraindre ou vicier la volonté des individus dans la perspective de leur dicter certains gestes ou attitudes. La protection pénale du consentement comme de son intégrité conduit le droit répressif à intervenir dans la formation des contrats civils, commerciaux, *etc.*, mais également de certains actes juridiques unilatéraux, ce qui en fait finalement un instrument de police du contrat et de résolution des conflits privés.¹⁹¹ Si la prééminence de la volonté individuelle dans l'ordre des valeurs pénalement protégées témoigne effectivement de ce que « la défense de l'ordre public ne repose plus sur une notion collective du bien commun mais se trouve recentrée sur les valeurs individualistes de la personne et de la

¹⁸⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n° 459. – J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 491. – F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 677.

¹⁸⁵ Cass. crim., 4 nov. 1965 : *Bull. crim.* 1965, n° 222. – *JCP* 1965, II, 14066, note Chavane.

¹⁸⁶ Cass. crim., 10 févr. 1977 : *Bull. crim.* n° 57.

¹⁸⁷ Cass. crim., 21 févr. 1968 : *Bull. crim.* n° 58 ; *JCP* 1968, II, 15703, note Lestang.

¹⁸⁸ Cass. crim., 1^{er} mars 1951 : *Bull. crim.* n° 70. – 10 avr. 1959 : *Bull. crim.* n° 209. – 21 avr. 1964 : *Bull. crim.* n° 121 ; *JCP* 1965, II, 13973, note Ottenhof. – 8 févr. 1993 : *Bull. crim.* n° 65 ; *RSC* 1994, 112, obs. Bouzat.

¹⁸⁹ Cass. crim., 6 février 2001 : *Bull. crim.*, n° 33 ; *JCP G.* 2001, IV, 1841 ; *D.* 2001, somm., 2351, obs. Roujou de Boubée ; *RSC* 2001, 580, obs. Mayaud.

¹⁹⁰ Cass. crim., 25 juin 1857 : *S.* 1857, 1, 711.

¹⁹¹ Sur cette question, V° : A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, *ibid.*

propriété »¹⁹², elle illustre surtout, d'ores et déjà, que la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale résulte de l'ascension des intérêts privés au sommet de la hiérarchie des valeurs pénalement protégées par les textes d'incrimination.

B – LA PROTECTION PÉNALE DU CONSENTEMENT PERMISSIF

40. – La neutralisation de la loi pénale par la volonté individuelle de la victime – En sus des hypothèses dans lesquelles le droit pénal est appelé à intervenir pour protéger la volonté individuelle, le respect de cette dernière lui impose parfois l'abstention : c'est l'hypothèse du consentement permissif.¹⁹³ Ce dernier ne peut produire effet qu'à compter de l'instant où, au-delà du critère légal, il a été extériorisé par la personne qui accepte ainsi de lever un interdit pénal protégeant ses intérêts **(1)**, d'une part, et qu'il ne soit affecté d'un vice, d'autre part **(2)**.

1) La prise en compte du consentement permissif par le droit pénal

41. – La double condition de validité du consentement permissif – Pour qu'un consentement permissif soit admis, et puisse produire son effet neutralisant, il faut préalablement, d'une part, qu'une telle faculté soit prévue ou qu'elle ne soit pas interdite par la loi pénale ; d'autre part, que les intérêts pénalement protégés rendent l'incrimination disponible. Tel ne peut être le cas lorsque celle-ci défend le seul intérêt public et qu'elle constitue de fait une infraction d'intérêt général.¹⁹⁴ L'incrimination est encore indisponible lorsque l'intérêt individuel pénalement protégé constitue simultanément une valeur sociale dont la puissance unificatrice est telle que l'intérêt privé pénalement protégé dépasse la personne de la victime pour intéresser plus largement l'ensemble de la collectivité.¹⁹⁵ Mais à compter de l'instant où l'incrimination protège au premier

¹⁹² R. BADINTER, *Projet de nouveau Code pénal*, op. cit., 31.

¹⁹³ Ce dernier est défini comme un « *consentement exonératoire, émanant d'une ou de plusieurs victimes potentielles, présentant les caractères d'un acte unilatéral non réceptice, librement révoquant qui [...] suspend une interdiction et octroie à son destinataire la faculté de réalisée l'infraction* » : X PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n°113. Égal. : P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », op. cit., 708.

¹⁹⁴ Malgré l'émiettement progressif du domaine initial des infractions d'intérêt général, la Cour de cassation a maintenu la solution posée par l'arrêt du 25 juillet 1913 (Cass. crim., 25 juill. 1913 : *D.* 1915, II, 150, note Nast ; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 5^e éd., Dalloz, 2005, n°7) pour les infractions qui ne lèsent que l'intérêt public, ce qui est le cas de l'atteinte au secret de la défense nationale (Cass. crim., 1^{er} oct. 1996 : *Bull. crim.* 1996, n°338 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 28, obs. Maron) ; de la dénonciation mensongère d'infraction (Cass. crim., 20 janv. 2009 : *Bull. crim.* 2009, n°17 ; *Procédures* 2009, comm. 122, note J. Buisson) ou du refus d'obtempérer (CA Lyon, 2 nov. 2006 : n°1158/00006). Pour une étude approfondie, V° : S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *ibid.*

¹⁹⁵ Cela explique que la jurisprudence rejette le consentement à l'homicide, qu'il s'agisse de l'hypothèse du suicide collectif (Cass. crim., 23 juin 1838 : *J.* 1838, 1, 626. – 21 août 1851 : *D.P.* 1851, 5, 237. – CA Toulouse, 9 août 1973 : *D.* 1974, IR, 462) ; de l'euthanasie (Cass. crim., 16 nov. 1827 : *J.* 1828, 1, 135. – 2 juill. 1835 : *J.* 1835, 1, 861) ; de

plan un intérêt individuel n'intéressant pas directement l'intérêt général, le consentement permissif peut lever l'interdit pénal et constituer alors un obstacle à la répression.

42. – La prise en compte du consentement permissif à l'acte médical – La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de rappeler que le consentement permissif du patient constitue un droit fondamental dont la négation est « incompatible avec le principe du respect de la dignité et de la liberté de l'homme consacré par la Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme] »¹⁹⁶, ce qui explique qu'en dehors du cas d'urgence¹⁹⁷, seul le consentement libre et éclairé du patient légitime l'intervention du médecin, à la condition toutefois d'être recueilli dans les conditions fixées par la loi, d'une part, et que le médecin comme le chercheur agissent conformément à la loi en exerçant normalement leur profession, d'autre part.¹⁹⁸ Pour que le consentement du patient neutralise l'interdit pénal, encore faut-il qu'il soit donné de manière libre et éclairé, et tel n'est certainement pas le cas lorsque le renoncement aux soins d'un patient résulte de l'exigence d'un paiement préalable à l'intervention des personnels de santé, de sorte qu'en cas de décès, une telle renonciation « ne saurait aucunement être considérée comme ayant pu être effectuée de manière éclairée ni comme étant de nature à exonérer les instances nationales de leur responsabilité quant aux soins qui auraient dû être prodigués à la défunte ». ¹⁹⁹ Si le médecin a besoin du consentement du patient pour intervenir, *quid* de l'hypothèse dans laquelle ce dernier refuse les soins ? En présence d'un individu majeur et doté de discernement, il est de jurisprudence constante que le médecin doit s'abstenir, et cette abstention ne sera pas fautive dès lors que le refus du patient a été donné de manière libre et éclairé.²⁰⁰ Toutefois, l'effet exonératoire du refus de soins doit être nuancé dès lors que la Cour de cassation n'admet l'abstention du médecin qu'à compter de l'instant où le refus du patient est obstiné.²⁰¹ En dehors du cas particulier de l'individu majeur et doté de discernement, *quid* des patients se trouvant, du fait de leur âge, de leur état mental, ou de

certaines atteintes à l'intégrité physique qu'illustrent l'affaire des « stérilisés de bordeaux » (Cass. crim., 1^{er} juill. 1937 : *S.* 1938, 1, 193, Tortat. – *Comp.* : Cass. crim., 9 nov. 1961 : *JCP* 1962, II, 12777, note Savatier. – 30 mai 1991 : *Bull. crim.* 1991 n° 232 ; *RJC* 1991, 565, note Levasseur) ; ou des excisions (C. Assises Paris, 8 mars 1991 : *RJC* 1992, 74, obs. Levasseur).

¹⁹⁶ CEDH, 8 nov. 2011, *V. C. c/ Slovaquie* : *SJ G.* 2011, act. 1363, obs. Grabarczyk.

¹⁹⁷ En pareille situation, le médecin est autorisé à agir sans avoir recueilli le consentement du patient, dès lors que celui-ci n'est pas en mesure de l'extérioriser, en se fondant sur l'état de nécessité ou l'ordre de la loi, l'article 223-6 du Code pénal faisant obligation de porter secours à personne en péril.

¹⁹⁸ L'exercice normal de la profession de médecin réside dans le respect des « données acquises » de la science (Cass. crim., 20 mai 1938 : *D. P.* 1936, 1, 88. – Cass. civ. 1^{re}, 18 juill. 1938 : *Bull. civ. I* n° 209) ou « actuelles », ce qui met à la charge du médecin une obligation de se tenir informé (Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1960 : *JCP* 1960, II, 11787, note Savatier).

¹⁹⁹ CEDH, 9 avr. 2013, *Mehmet Sentiürk et Bekir Sentiürk c/ Turquie* : *SJ G.* 2013, 510, obs. Gonzales. – 17 janv. 2002, *Cavelli et Ciglio c/ Italie* : *JCP G.* 2002, I, 157, obs. Sudre.

²⁰⁰ J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 3^e éd., coll. Connaissances du droit, Dalloz, 2004, 21.

²⁰¹ Cass. crim., 3 janv. 1973 : *D.* 1973, 220.

leur détention en milieu carcéral par exemple, soumis aux décisions d'un tiers ou d'une autorité administrative ?

43. – Le consentement permissif du patient mineur – Le législateur distingue deux hypothèses. La première est celle du mineur lambda, pour lequel l'article R. 1112-35 du Code de la santé publique rappelle naturellement qu'en cas d'urgence, le médecin doit procéder à tous les actes médicaux nécessaires à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité corporelle du mineur, avec ou sans le consentement du représentant légal de celui-ci. Dans les autres cas, le médecin doit obtenir le consentement des représentants légaux.²⁰² La seconde est celle du mineur ne souhaitant pas que les titulaires de l'autorité parentale soient consultés à propos des actes médicaux dont celui-ci doit faire l'objet en vue de conserver le secret de son état. L'article L. 1111-5 du Code de la santé publique permet, par dérogation à l'article 371-2 du Code civil, au médecin de « *se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, [...] dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé* ». Toutefois, cette faculté est strictement encadrée, le texte prévoyant que le médecin doit, dans un premier temps, s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation, et seulement dans un deuxième temps, dans le cas où le mineur maintient son opposition, mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans cette dernière hypothèse, l'article L. 1111-5 impose que le mineur soit accompagné d'une personne majeure de son choix.²⁰³ *Quid* du mineur ayant rompu tout lien avec les titulaires de l'autorité parentale ? Le dernier alinéa de l'article L. 1111-5 prévoit expressément que « *lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis* ».

44. – Le consentement permissif du patient majeur protégé – La loi du 3 janvier 1968 réformant le droit des incapables majeurs reposait uniquement sur une approche patrimoniale de la protection, de sorte qu'elle ignorait celle de la personne. C'est un arrêt de la Cour de cassation en date du 18 avril 1989 qui a consacré le principe selon lequel le régime de protection institué

²⁰² Néanmoins, ce texte prévoit que, si « *la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent* ».

²⁰³ Dans l'hypothèse du mineur détenu, l'article 362 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que « *dans le cas où le mineur ne connaîtrait pas de personne majeure susceptible de l'accompagner, les services du secteur public de la protection judiciaire de la jeunesse relaient sa demande auprès de personnes physiques ou morales extérieures intervenant habituellement auprès de mineurs* ».

par ce texte a également vocation à régir la protection de la personne.²⁰⁴ Si la solution ne pouvait être qu'approuvée, il n'en demeurerait pas moins qu'à la différence des actes personnels accomplis par le mineur, aucune disposition légale n'envisageait d'encadrer ceux accomplis par un majeur incapable, ce qui suscitait des difficultés importantes dans le domaine médical.²⁰⁵ La question du consentement du majeur protégé à la décision médicale²⁰⁶ a été éclaircie à l'occasion des lois n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.²⁰⁷ Si la première a consacré le principe de la prééminence de la volonté de toute personne, même incapable, en matière médicale, la seconde a consacré en tête des dispositions communes à toutes mesures de protection des majeurs que « *les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire* »²⁰⁸, et a ajouté qu'une telle protection est instaurée dans leur intérêt et dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. C'est donc l'autonomie de la personne majeure placée sous régime de protection qui se trouve légalement consacrée, ce qui ne pouvait qu'emporter un renforcement du respect de sa volonté.²⁰⁹ Lorsque sa volonté est suffisante, qu'il est en mesure de l'exprimer, il décide seul d'accomplir les actes relatifs à sa personne, mais à défaut d'une telle volonté, la mesure de protection est modulée en fonction de son état de santé mentale, l'assistance étant privilégiée, et la représentation devenant exceptionnelle. Si le principe paraît relativement simple, encore faut-il observer que l'article 459-1 du Code civil donne la priorité aux dispositions du Code de la santé publique en la matière ; Code de la santé publique qui ne traite pas de toutes les catégories de majeurs protégés, ignorant d'ailleurs le mandat de protection future²¹⁰ qui est une mesure de protection conventionnelle anticipée créée par loi de 2007, et qui, en vertu du principe de subsidiarité, s'impose au juge au détriment des mesures judiciaires dès lors qu'il assure une

²⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 18 avr. 1989 : *Bull. civ. I*, n° 156.

²⁰⁵ T. FOSSIER, M. HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS* 1991, 1.

²⁰⁶ J. HAUSER, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA*, 18 avr. 2002, n° 52, 4. – T. FOSSIER, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *JCP G.* 2003, I, 135.

²⁰⁷ *JORF* du 7 mars 2007, 4325.

²⁰⁸ Art. 415 C. civ.

²⁰⁹ J. HAUSER, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, 227. – C. GEFFROY, « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP G.* 1993, I, 3724. – T. FOSSIER, J.-M. PLAZY, « La protection de la personne autant que ses biens », *JCP N.* 2005, 1106.

²¹⁰ D. NOGUÉRO, « Interrogations au sujet du mandat de protection future », *D.* 2006, 1133. – N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, « Le mandat de protection future », *Defrénois* 2006, 633. – T. FOSSIER, « Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs », *Dr. fam.* 2008, 2.

protection suffisante du majeur vulnérable.²¹¹ Quoi qu'il en soit, et sans entrer ici davantage dans le détail, il convient simplement d'observer que le principe est que le majeur incapable placé par décision du juge sous un régime de protection légale doit, comme tout majeur capable, consentir à la décision médicale dès lors qu'il a suffisamment de discernement, ce qui suppose qu'une information complète et compréhensible lui soit délivrée lors d'un entretien individuel, ce que prévoit notamment l'article L. 1111-2, alinéa 5, du Code de la santé publique. Une fois qu'il est informé, si l'individu est en capacité de comprendre l'information délivrée, et qu'il est apte à exprimer sa volonté, s'il est placé sous un régime de tutelle, il pourra alors participer à la décision médicale, le médecin devant systématiquement adapter son discours aux capacités intellectuelles du majeur concerné, s'il se trouve placé sous un régime de curatelle ou de sauvegarde, il doit personnellement consentir à l'acte médical, une « *présomption d'autonomie* »²¹² étant retenue dans l'hypothèse des majeurs placés sous un régime de curatelle ou de sauvegarde. Ainsi, ce n'est qu'en cas d'altération grave des facultés mentales du majeur en tutelle, annihilant toute volonté propre, que la décision sera prise par le tuteur, le consentement de l'intéressé ne pouvant valablement être obtenu. Comme l'on peut le constater, le droit des majeurs protégés témoigne de ce que la volonté individuelle s'impose, dans notre société contemporaine, comme une valeur sociale dominante qui conduit le législateur à n'admettre la représentation dans la prise de décision concernant un majeur dont les capacités intellectuelles se trouvent altérées, que dans l'hypothèse où celles-ci se trouvent annihilées, rendant impossible l'obtention de tout consentement de la part de la personne intéressée. *Quid* de l'autonomie du majeur incapable dans l'hypothèse du mandat de protection future ? En principe, le mandataire de protection future voit ses pouvoirs limités en matière personnelle par les dispositions impératives du Code civil qui entravent la liberté du mandant, et toute clause contraire est réputée non écrite.²¹³ Il est toutefois possible en matière médicale de les étendre en lui confiant expressément les missions que le Code de santé publique reconnaît au tuteur, ce qui signifie que le mandat de protection future prendra surtout effet en matière médicale lorsque le majeur ne sera plus en état d'exprimer sa volonté. Par ailleurs, il doit être observé que l'article 479, alinéa 2, du Code civil prévoit expressément que le mandant peut confier au mandataire les missions exercées par le tuteur ou par la personne de confiance qui assure en principe une mission d'assistance et de conseil, lorsque le patient est conscient²¹⁴, et

²¹¹ F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé de publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, 875.

²¹² D. BERTHIAU, « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé », *Médecine et droit* 2006, spéc. 58.

²¹³ V° not. : art. 457-1 à 459-2 C. civ.

²¹⁴ C. LEQUILLERIER, « Le mandat de protection future et la personne de confiance en matière médicale », *Gaz. Pal.* 2007, 32. – A. BENSAMOUN, « La personne de confiance, (Réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale) », *RRJ* 2007, 1669. – D. BERTHIAU, « La personne de confiance : la dérive d'une institution

surtout une mission de témoignage lorsque le patient devient hors d'état de manifester sa volonté, ce qui implique, à ce titre, l'obligation de la consulter et informer sur toute décision à prendre.

45. – Le consentement permissif du patient détenu – *A priori*, le détenu n'est privé que de sa liberté d'aller et de venir, de sorte qu'à l'instar des individus libres, le médecin n'est autorisé à pratiquer des actes médicaux sur sa personne que dans l'hypothèse où celui-ci y consent, sauf état d'urgence.²¹⁵ *Quid* de l'hypothèse où le détenu met volontairement sa vie en danger, notamment en refusant de s'alimenter ? L'article D. 364 du Code de procédure pénale prévoit que « *si un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, il ne peut être traité sans son consentement, sauf lorsque son état de santé s'altère gravement et seulement sur décision et sous surveillance médicales* ». Sur cette question, si la Cour européenne des droits de l'homme rappelle bien évidemment que l'obligation positive de protéger la vie des détenus grévistes de la faim « *n'implique en principe pas l'obligation de [les] libérer (...) pour raisons de santé* », elle autorise les autorités étatiques à réalimenter de force le détenu, sans qu'une telle décision ne soit susceptible d'entraîner une violation des dispositions de l'article 3 de la CESDH, dès lors qu'elle s'impose au regard de la nécessité médicale, et qu'elle est entourée des garanties procédurales suffisantes.²¹⁶

46. – La prise en compte du consentement permissif dans les activités sportives – Le consentement permissif neutralise de longue date l'application de la loi pénale dans le domaine des activités sportives.²¹⁷ Il est en effet admis que les violences qu'engendrent certaines pratiques et les risques mesurés que les sportifs encourent sont légitimes, dans la limite toutefois où les règles du jeu sont respectées par les autres participants.²¹⁸ Reste que certains auteurs considèrent que le consentement permissif n'est pas une cause de justification, arguant que « *la justification des violences perpétrées sur les lieux de pratique sportive se trouve non pas dans la notion de consentement de la victime, mais dans celle de la permission de la loi qui, elle, est tout à fait conforme aux objectifs du droit pénal* ». ²¹⁹ Or, il peut être observé que « *la permission légale ne peut jouer sans la permission individuelle* », de sorte que

conçue pour de bonnes raisons », *Médecine et Droit*, 2008, 38. – S. HÉBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique », *D.* 2008, I, 307.

²¹⁵ L'article D. 362 du Code de procédure pénale dispose ainsi que, « *bors le cas où l'état de santé du détenu rend nécessaire un acte de diagnostic ou de soins auquel il n'est pas à même de consentir, celui-ci doit, conformément aux dispositions de l'article R. 4127-36 du code de la santé publique, exprimer son consentement préalablement à tout acte médical et, en cas de refus, être informé par le médecin des conséquences de ce refus* ».

²¹⁶ CEDH, 11 avr. 2013, *Rappaz c/ Suisse* : SJ G. 2013, 511, obs. Afroukh.

²¹⁷ P. GARRAUD, « Les sports et le droit pénal », *RIDP* 1924, 212.

²¹⁸ J. HONORAT, « La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports », *D.* 1969, I, 207.

²¹⁹ J. -Y. LASSALLE, *Sport et délinquance*, Economica, 1988, 56.

l'absence de consentement rejette le sportif dans le champ des délinquants ordinaires.²²⁰ Ainsi, dès qu'un boxeur abandonne le combat, il rétracte *de facto* son consentement à subir des violences ; si son adversaire continue de lui asséner des coups, ce dernier s'expose à des poursuites pénales fondées, non sur une violation des règles du jeu arrêté par l'abandon, mais bien sur l'indifférence manifestée par l'auteur à la rétractation de la permission individuelle de sa victime, laquelle conditionnait l'application de la permission légale.

47. – La prise en compte du consentement permissif en procédure pénale – Il doit être rappelé que la protection pénale du consentement commande de limiter, au nom du respect des libertés individuelles, l'action des pouvoirs publics, notamment celle des organes judiciaires. Ainsi, l'article 76 du Code de procédure pénale justifie, dans l'intérêt de la justice, la violation de domicile commise par des fonctionnaires de police agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire dès lors que la perquisition a été réalisée avec l'assentiment exprès de l'intéressé. L'article 226-14 du Code pénal neutralise l'application du délit de violation du secret professionnel en autorisant le médecin à porter à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constaté dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises, seulement s'il a obtenu le consentement de la victime. Par ailleurs, l'un des apports des lois bioéthiques n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994²²¹ a été de subordonner l'identification d'une personne par empreintes génétiques diligentées lors d'une procédure judiciaire au consentement de cette dernière.²²² La protection pénale du consentement permissif permet donc que l'intégrité physique d'un individu soit profanée dans l'intérêt de la justice, dès lors que la personne consent aux fouilles corporelles ou prélèvements génétiques que les différentes autorités publiques sont susceptibles de pouvoir lui faire subir. Si dans la majorité des cas que nous venons de voir la loi pénale exige que le consentement permissif soit extériorisé par la personne qui accepte ainsi de lever un interdit pénal protégeant ses intérêts, il arrive aussi que le législateur, au détour d'une disposition, se contente d'un consentement permissif présumé qu'il déduit du comportement de la personne dont les intérêts pénalement protégés sont lésés. Il en est ainsi de l'alinéa 2 de l'article 226-1 du Code pénal qui prévoit que « *lorsque [les actes attentatoires à la vie privée] ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé* ».

²²⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 251.

²²¹ JORF du 30 juill. 1994, 11056 ; *ibid.*, 11060.

²²² Art. 16-3 C. civ.

2) *La sanction du consentement permissif vicié*

48. – **La suppression de l'effet neutralisant du consentement permissif vicié** – Parce qu'il est une « *manifestation de volonté émanant d'une personne, physique ou morale, autorisant son destinataire à commettre une infraction à son encontre en l'exonérant de sa responsabilité pénale* »²²³, le consentement permissif, dès lors qu'il est vicié par violence, dol ou erreur, ne saurait produire, en principe, son effet neutralisant, de sorte que l'infraction pénale se trouve pleinement consommée. Cette conséquence est logique dans la mesure au regard de sa nature juridique. Le consentement permissif étant un acte juridique unilatéral non réceptice, et librement révocable, celui-ci se trouve *de facto* soumis aux conditions de validité des conventions posées à l'article 1109 du Code civil.²²⁴ Puisque le consentement permissif constitue un acte juridique unilatéral, celui-ci doit, conformément au droit commun, être libre et éclairé. Cela signifie que le consentement permissif ne doit pas être entaché par l'un des vices affectant classiquement la validité des actes juridiques, tel que l'erreur, le dol et la violence. Ce n'est en effet qu'en présence d'une adéquation du consentement de la victime à l'élément constitutif de l'infraction que ce dernier peut la neutraliser. Dès lors que le consentement de la victime se trouve vicié par erreur, dol ou violence, il n'y a plus concordance entre l'acte auquel la victime a consenti et celui réalisé par l'auteur. Dès lors que l'élément constitutif auquel la victime a consenti n'est pas celui qui sera réalisé par l'auteur, l'acte emporte nécessairement consommation de l'infraction. Ainsi, la contrainte, la menace ou encore des pressions qui seraient exercées à l'encontre d'un individu afin de le contraindre à accepter des mesures coercitives de la part de policiers ou de gendarmes s'analysent en un vice de violence, au regard de la définition qui en est classiquement retenue, entachant l'acte de procédure ainsi réalisé de nullité, ce qui est le cas par exemple d'une conductrice qui se trouve contrainte de rejoindre une brigade de douanes en y étant fermement invité par un douanier ayant pris place à ces côtés dans son propre véhicule, et qui y est restée maintenue sans être placée en rétention douanière.²²⁵

²²³ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 59.

²²⁴ La doctrine civiliste considère qu'« *en principe l'acte juridique unilatéral est soumis aux mêmes conditions que le contrat* » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010, n° 492. Plus largement sur la question : J. MARTIN DE LA GOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, thèse, Toulouse, 1951). Pour une application du principe par la jurisprudence, V° : Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003 : *Bull. civ.*, I, n° 67 ; *RTD Civ.* 2003, 287, obs. Mestre, Fages. – 31 mai 2007 : *Bull. civ.* I, n° 211 ; *D.* 2007, II, 2574, note Ghestin. – 23 févr. 2012 : *Dalloz actualités*, 8 mars 2012, obs. Rezgui.

²²⁵ Cass. crim., 8 févr 2012 : *AJ Pénal* 2012, 291, obs. Roussel.

49. – Le maintien exceptionnel de l'effet neutralisant du consentement permissif vicié. –

Alors qu'en principe, le consentement permissif vicié ne peut produire un quelconque effet neutralisant, encore faut-il observer qu'une exception au moins existe. La jurisprudence décide en effet que la validité du consentement permissif peut ne pas être affectée par le vice de dol, toutes les fois que le juge considère que le consentement permissif est efficace malgré le vice qui le sous-tend. Il doit être rappelé ici que la jurisprudence considère de longue date que la remise volontaire provoquée par dol ne constitue pas un vol au sens de l'article 311-2 du Code pénal²²⁶, sans pour autant qu'une telle remise constitue pour autant une escroquerie dès lors que tout vice de dol ne revêt pas nécessairement les caractères d'une manœuvre frauduleuse au sens de l'article 313-1 du Code pénal²²⁷, de sorte qu'il ne suffit pas qu'un dol civil existe pour qu'il emporte *ipso facto* existence d'un dol pénal, ce qui est conforme au principe selon lequel le droit pénal est indifférent à la nullité civile des actes juridiques.²²⁸ Comment expliquer qu'un consentement permissif vicié puisse néanmoins neutraliser l'application de la loi pénale ? L'explication réside dans l'objet même de l'infraction de vol. En réprimant « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », l'article 311-1 du Code pénal sanctionne le défaut de consentement, et non un vice du consentement. Or, la solution jurisprudentielle retenue par la Cour de cassation démontre qu'un consentement vicié n'est pas forcément un consentement qui fait défaut en droit pénal.²²⁹

50. – En conclusion – C'est bien parce que la loi pénale a vocation à défendre, au premier plan, des intérêts particuliers que le respect de la liberté de décision des individus conduit le législateur à admettre, dès lors que les intérêts prioritairement protégés par l'incrimination sont disponibles, que la victime puisse lever l'interdit pénal en consentant à l'acte infractionnel. Cette faculté reconnue à la victime, même si elle se trouve limitée aux seules infractions disponibles, témoigne de la prééminence de la volonté individuelle dans l'ordre des valeurs pénalement protégées, ainsi que de la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale. Les hypothèses de consentement permissif illustrent le fait que l'intérêt général se trouve supplanté dans l'ordre des valeurs pénalement protégées par des intérêts subjectifs appartenant à des titulaires particuliers, dès lors

²²⁶ Cass. crim., 11 juill. 1862 : *D.P.* 1962, 1, 443. – 17 mars 1899 : *D.P.* 1899, 1, 461.

²²⁷ La jurisprudence considère de longue date que le simple mensonge ne constitue pas, en lui-même, et en l'absence de toute autre circonstance, des manœuvres frauduleuses (Cass. crim., 12 nov. 1864 : *D.P.* 1865, 5, 158. – 26 juin 1885 : *D.P.* 1886, 1, 89. – 20 juill. 1960 : *Bull. crim.* n° 382 ; *D.* 1961, II, 191, note Chavanne. – 1^{er} juin 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 147, obs. Véron), ce qui ne l'empêche pas d'emporter au civil la nullité du contrat (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, op. cit., n° 212 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLÉ, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., coll. Précis droit privé, Dalloz, 2009, n° 232), étant entendu que le simple *dolus bonus* constitué par de menus mensonges ou de simples exagérations ne suffit pas à constituer un dol civil.

²²⁸ M. VASSEUR, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », *RJC* 1951, 1.

²²⁹ En ce sens : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit. n° 156.

que ce sont précisément ces derniers qui se voient reconnaître la faculté de neutraliser, à partir de la manifestation de leur volonté, l'application de la loi pénale. Si celle-ci défendait réellement de manière prioritaire l'intérêt général, il serait a priori exclu de délivrer à de simples particuliers la faculté de neutraliser son application ; or, si tel est le cas, c'est bien parce que, dans un certain nombre d'hypothèse, la loi pénale ne protège pas, au premier plan, l'intérêt général, mais les intérêts privés des particuliers.

51. – Conclusion du paragraphe 1 – La prééminence de la volonté individuelle sur l'intérêt général dans l'ordre des priorités de la protection pénale se manifeste en ce qu'elle constitue à la fois la valeur prioritairement protégée par la loi pénale et le critère à partir duquel son intervention ou sa non-intervention se décide. La privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale s'illustre donc, d'une part, par le fait que la protection des droits subjectifs des particuliers protégés par l'incrimination (droit de propriété ; intégrité physique ou psychique ; dignité, *etc.*) se trouve supplantée dans un certain nombre de cas par celle de la liberté de décision de leur titulaire, de sorte que c'est bien cette dernière qui s'impose, *in fine*, comme *la* valeur prioritairement protégée par la loi pénale ; d'autre part, par le fait que le respect de la manifestation de volonté du titulaire des droits subjectifs pénalement protégés en ce sens impose, dès lors que la loi le permet ou ne l'interdit pas et que l'incrimination est disponible, la levée de l'interdit pénal. Parce que la défense de l'ordre public repose sur des valeurs individualistes, il est parfaitement logique que la liberté de décision des individus s'impose comme *la* valeur prioritairement protégée par la loi pénale dans un certain nombre de textes d'incrimination, et que l'application de cette dernière se trouve subordonnée, lorsque l'incrimination est disponible, à la manifestation de volonté du titulaire du bien juridique pénalement protégé.

§.2 LA PROTECTION PÉNALE DU PATRIMOINE DES PARTICULIERS

52. – Une protection pénale limitée au contenu du patrimoine – Le patrimoine est conçu en droit civil français comme une universalité juridique regroupant au sein d'un même ensemble l'actif - entendu comme l'ensemble des biens et droits patrimoniaux d'une même personne physique ou morale - et le passif - entendu comme l'ensemble des obligations dont celle-ci est débitrice - le premier étant indissolublement lié au second, et inversement.²³⁰ Si le droit pénal protège le patrimoine privé des personnes, encore faut-il observé qu'il n'en protège que le contenu, et non le contenant, en d'autres termes les droits patrimoniaux qui, individuellement, composent le patrimoine de la victime, et non l'universalité juridique retenue en droit civil.²³¹ De fait, le Code pénal de 1994 réprime dans son livre III intitulé « *crimes et délits contre les biens* » tout autant les atteintes juridiques résultant d'appropriations frauduleuses **(B)** que les atteintes matérielles résultant de destructions, dégradations et détériorations **(A)**.

A – LA PROTECTION PÉNALE DE L'INTEGRITÉ MATERIELLE DU PATRIMOINE

53. – Application de la *summa divisio* du droit civil des biens en droit pénal – L'article 516 du Code civil dispose que « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Cette distinction entre ces deux catégories de biens constitue la *summa divisio* sur laquelle repose toute la classification civile des biens, même si celle-ci se trouve de plus en plus concurrencée aujourd'hui par la distinction des biens corporels et incorporels du fait de la dématérialisation des patrimoines privés. L'analyse des différentes incriminations contenues dans le chapitre II du titre II du livre III du Code pénal fait apparaître que, conformément à la *summa divisio* retenue par le droit civil des biens, la loi pénale protège tout autant l'intégrité matérielle des biens immeubles **(1)** que celle des biens meubles **(2)**.

1) *La protection pénale de l'intégrité matérielle des immeubles*

54. – Une protection fondée sur l'atteinte matérielle au droit de propriété de la victime – La distinction des biens meubles et immeubles était fondée en droit romain par l'application d'un

²³⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, vol. 2, 19^e éd., PUF, 2004, n° 2 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil. Les biens*, 5^e éd., Defrénois, 2013, n° 10 ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 11^e éd., coll. Manuels, Litec, 2011, n°17 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 8^e éd., coll. Précis dr. privé, Dalloz, 2010, n°16 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit privé*, t. 1, 5^e éd., Economica, 2006, n° 412.

²³¹ Not. : R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 6 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n° 17 ; C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, ibid. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil. Les biens*, ibid.

critère d'ordre physique et naturel. Les biens « *libres de toute attache à la terre* »²³² étaient qualifiés de biens meubles du fait de « *leur aptitude naturelle à être déplacés, sans risque de détérioration ou dégradation* »²³³, tandis que les immeubles se caractérisaient par leur fixité, ceux-ci se caractérisant par leur adhérence matérielle au sol.²³⁴ Mais, dès le Moyen-âge, la distinction romaine des biens meubles et immeubles devait progressivement se fonder davantage sur des considérations économiques, comme l'illustre l'adage *res mobilis, res vilis*. Les immeubles, mais surtout la propriété foncière, apparaissent alors comme des biens devant faire l'objet d'une protection particulièrement énergique au regard de leur valeur économique importante. Si cette logique se retrouve naturellement dans le Code civil de 1804 qui se focalise principalement sur la protection de la propriété immobilière - alors qu'il se contente de faire coïncider la propriété des biens meubles avec la simple possession - elle ne se retrouve pas en droit pénal qui réprime des mêmes peines les destructions, détériorations et dégradations portant sur des biens meubles ou immeubles. Cela démontre que le critère d'intervention du droit répressif ne réside pas dans l'appauvrissement effectif de la victime²³⁵, mais dans l'atteinte à son droit de propriété ou d'usage, celle-ci ayant pour effet de rendre le bien immeuble, soit complètement inapte à rendre les services que le propriétaire ou le détenteur peut en attendre, soit à en diminuer les qualités, les attributs ou la valeur.²³⁶

55. – L'étendue de la protection pénale des immeubles – Le droit civil des biens distingue trois catégories d'immeubles : 1° Les immeubles par nature ; 2° Les immeubles par destination ; 3° Les immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent. Alors que les premiers se caractérisent par leur fixité²³⁷ - de sorte qu'un meuble incorporé à un immeuble doit être considéré comme un

²³² T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens », in « Question pour un bicentenaire » *Dr. patrim.* 2004, 23.

²³³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 220.

²³⁴ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. droit fondamental, PUF, 1989, 88.

²³⁵ Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Le Droit et les droits, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, 807.

²³⁶ La doctrine voit classiquement dans les articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal une gradation des actes infractionnels (D. VIRIOT-BARRAL, « Destructions, dégradations, détériorations », *Rép. pén. Dalloz*, 2003, n° 47). Ainsi, considère-t-elle que la destruction est « *un acte qui a pour effet de rendre l'objet inapte à rendre les services qu'on en attend* » (A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t. 3, Cujas, 1982, n° 2487), tandis que la dégradation provoque des dégâts qui diminuent les qualités ou attributs de la chose, sans toutefois que celle-ci soit rendue inapte à rendre les services que l'on en attendait d'elle (Cass. crim., 12 févr. 1974 : *Bull. crim.* n° 62. – 27 mars 1974 : *Bull. crim.* n° 133. – 26 juin 2002 : *Bull. crim.* n° 148 ; *Dr. pén.* 2002, 133, obs. Véron), et que la détérioration diminue la valeur de la chose par les dégâts qu'elle occasionne (Cass. crim., 21 avr. 1944 : *D.* 1945, 85). Cette distinction n'a toutefois guère d'intérêt pratique, d'une part, parce que le législateur les sanctionne de manière identique - ce qui est logique dans la mesure où il les place sur un même pied d'égalité -, d'autre part, parce que la jurisprudence ne les distingue que rarement, et vise même ces trois comportements conjointement (Cass. crim., 8 oct. 1997 : *Dr. pén.* 1998, comm. 56, obs. Robert. – CA Angers, 18 déc. 1997 : *JCP G.* 1999, IV, 1369).

²³⁷ G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005, n°921.

immeuble par nature²³⁸ - les seconds sont constitués, tantôt des meubles que le propriétaire a attachés pour le service de l'exploitation d'un fonds²³⁹, tantôt des meubles attachés à perpétuelle demeure par ce dernier.²⁴⁰ La dernière catégorie de biens immeubles vise plus spécifiquement l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, ou encore les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.²⁴¹ À l'exception de cette dernière catégorie dont la protection pénale relève davantage des atteintes juridiques au patrimoine, il peut être observé que l'intégrité matérielle des deux premières se trouve indistinctement protégée par la loi pénale, celle-ci visant simplement un « bien » à l'article 322-1 ou le « bien d'autrui » à l'article 322-5 du Code pénal.

56. – Répression des destructions, détériorations ou dégradations des immeubles par nature – Il résulte de la rédaction de l'ensemble des incriminations contenues au chapitre II du titre II du livre III du Code pénal que l'ensemble des immeubles par nature, et quelle qu'en soit l'affectation ou l'utilisation qu'en fait son propriétaire, sont protégés par les articles 322-1 et suivants du Code pénal. Cela a permis à la jurisprudence de considérer que tous les « *assemblages de matériaux établis et consolidés à demeure, à la surface du sol ou à l'intérieur du sol* »²⁴² bénéficient de la protection de la loi pénale, que la construction soit achevée ou seulement en voie d'achèvement, dès lors que l'état d'avancement des travaux permet déjà d'y voir une véritable construction.²⁴³ Par ailleurs, la protection pénale de l'intégrité matérielle du patrimoine conduit le législateur à protéger également les terrains, mêmes nus et non édifiés, ce qui n'est guère surprenant dès lors qu'en droit civil l'immeuble par nature comprend non seulement le sol, mais encore tout ce qui y était attaché par adhérence matérielle. De fait, la jurisprudence n'a pas hésité à réprimer sur le fondement de l'article 322-1 du Code pénal « *le fait de labourer des parcelles ensemencées* »²⁴⁴ ou encore, sur celui de l'article R. 635-1 du même Code, « *le fait de traverser une plantation avec un véhicule automobile* ». ²⁴⁵ Qu'il s'agisse d'immeubles bâtis, en voie d'achèvement, inoccupés, ou encore de

²³⁸ Tel est le cas, par exemple, des boiseries intimement et spécialement incorporées à un bâtiment, dont elles ne sauraient être séparées sans porter atteinte à son intégrité (Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1963 : *JCP* 1963, II, 13190, note Esmein) ou des bas-reliefs réalisés pour être intégrés dans le décor du grand salon d'un château et qui y ont été dès l'origine intimement et spécialement incorporés (CE 24 févr. 1999, *Sté Transurba* : *JCP G.* 2000, II, 10232, note Deumier).

²³⁹ Art. 524 C. civ.

²⁴⁰ Art. 525 C. civ.

²⁴¹ Art. 526 C. civ.

²⁴² E. GARÇON, *Code pénal annoté*, par M. ROUSSELET, M. PATIN, M. ANCEL, Sirey, 2^e éd., 1959, art. 437, n°12.

²⁴³ Cass. crim., 30 oct. 1984 : *Bull. crim.* n° 326 (pour la destruction partielle d'une maison en voie d'achèvement). – 22 janv. 1997 : *Bull. crim.* n° 31 (application à un immeuble vide).

²⁴⁴ Cass. crim., 11 oct. 1989 : *Bull. crim.* n° 346.

²⁴⁵ Cass. crim., 22 févr. 1983 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, 322, obs. Doucet.

terrains, les incriminations prévues aux articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal n'ont vocation à s'appliquer qu'en présence d'un dommage effectif, en d'autres termes d'une atteinte matérielle au droit de propriété ou d'usage. Si le rôle central du dommage confirme que c'est bien l'intérêt privé de la victime particulière qui est prioritairement protégé par les articles 322-1 et suivants du Code pénal, et non l'intérêt général²⁴⁶, il serait pour autant erroné d'en déduire que ces incriminations défendent l'intégrité économique du patrimoine de la victime, car ce n'est pas la gravité du dommage économique qui détermine la qualification délictuelle ou contraventionnelle, mais la gravité de la lésion portée au droit de propriété ou d'usage qui résulte de l'étendue matérielle du dommage. Lorsqu'un bien est détruit ou gravement détérioré, il est évident que la lésion portée au droit de propriété ou d'usage de la victime est plus sévère que dans l'hypothèse où le bien n'est que moyennement détérioré ou légèrement dégradé. Par ailleurs, il doit être observé que la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 incrimine spécifiquement la destruction par « *incendie de bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui* » à l'alinéa 3 de l'article 322-5 du Code pénal.²⁴⁷ Même si ce délit protège au premier plan les « *bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui* », il nous semble que ce sont d'abord des considérations d'intérêt général et de politique criminelle qui ont motivé la création de ce texte, et non la protection de l'intégrité matérielle du patrimoine privé de la victime. En effet, malgré l'entrée en vigueur des dispositions préventives de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt²⁴⁸, l'été 2003, en raison des conditions climatiques exceptionnelles, fut marquée par des incendies criminels d'une rare violence ayant fait une dizaine de victimes et dévasté près de 73 000 hectares de forêts, dont 62 000 pour la seule région méditerranéenne.

57. – Répression des destructions, détériorations ou dégradations des immeubles par destination – La loi pénale assure, à côté de la protection des immeubles par nature, celle des immeubles par destination, c'est-à-dire « *des choses mobilières qui sont fictivement considérées comme des immeubles en raison du lien économique ou matériel qui les unit à un immeuble par nature dont ils constituent*

²⁴⁶ La jurisprudence exige en effet un dommage, si minime soit-il, pour entrer en voie de condamnation. V° en ce sens : Cass. crim., 13 mars 1954 : *Bull. crim.* n° 179. – T. corr. Châlons-sur-Saône, 17 févr. 1950 : *JCP* 1950, II, 5505, note Levasseur. – *Contra* : Cass. crim., 14 oct. 2009 : *RPDP* 2009, 864 note Malabat. Dans cet arrêt, les juges ont décidé que le fait d'uriner sur la façade d'un immeuble appartenant à autrui consommait la contravention prévue à l'article R. 635-1 du Code pénal, malgré l'absence de dommage effectif pour l'immeuble considéré.

²⁴⁷ J.-P. GUÉDON, « Le maquis juridique de la répression des incendies de forêt », *Dr. pén.* 2004, étude 11 ; J. CHAPUISAT, « Les responsabilités consécutives aux incendies de forêt », *D.* 1981, I, 286. V° égal. : P. GRAPIN, « Incendies et incendiaires », *RSC* 1974, 1 ; *Ibid.*, « Le droit sanctionnateur des incendies à travers les codes pénaux européens », *RSC* 1976, 611 ; R. MERLE, « Le droit pénal français et le feu », *RICPT* 1975, 371.

²⁴⁸ *JORF* du 11 juill. 2001, 11001.

l'accessoire ». ²⁴⁹ Ceci justifie, par exemple, que la jurisprudence réprime « toute destruction d'instruments d'agriculture, lesquels constituent des immeubles par destination dès lors que, affectés au service du fonds, ils participent de l'unité économique du tout » sur le fondement du dispositif légal des destructions, détériorations et dégradations ne présentant pas de danger pour les personnes ²⁵⁰, notamment les récoltes auxquelles « l'ancien Code pénal offrait [...] une protection spéciale ». ²⁵¹ C'est ainsi que sur le fondement des articles 444 et 445 de l'ancien Code pénal, la Cour de cassation avait pu réprimer le fait de laisser intentionnellement un troupeau détruire une récolte ²⁵², d'arracher des plants de lavande ²⁵³, ou encore d'arroser des plants avec des produits nocifs. ²⁵⁴ *Quid* de l'actualité de ces décisions au regard de la suppression de ces articles dans le Code pénal de 1994 ? En décidant que l'article 322-1 du Code pénal était pleinement applicable à l'hypothèse dite des « faucheurs volontaires d'OGM » ²⁵⁵, la Cour de cassation confirme à l'évidence l'actualité de ces solutions. Comme il a déjà été dit à propos des biens immeubles par nature, la jurisprudence n'accepte d'appliquer les incriminations protectrices de l'intégrité matérielle des biens immeubles par destination prévue aux articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal qu'en présence d'un dommage effectif, d'une part, et que c'est la nature comme la gravité du dommage causé à la victime particulière qui détermine la qualification pénale applicable. L'article 322-1, alinéa 2, du Code pénal réprime le fait de tracer des inscriptions, signes ou dessins sur certains biens déterminés. ²⁵⁶ La jurisprudence a retenu une conception large du terme « tracer » en appliquant ce texte à toutes sortes d'inscriptions réalisées avec de la peinture ²⁵⁷ ou de la craie. ²⁵⁸ Si la jurisprudence retient une conception souple du terme « tracer », ce qui semble aller dans le sens d'une protection pénale accrue de l'intégrité matérielle des immeubles appartenant à des titulaires particuliers, elle interprète strictement la notion de support sur lequel les inscriptions ont été réalisées, ce qui est conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le texte ne visant que les « façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain ». ²⁵⁹ Si, de ce point de vue, l'article 322-1 alinéa 2 du

²⁴⁹ E. GARÇON, R. OLLARD, « Destruction, détériorations et dégradations ne présentant pas un danger pour les personnes », *J. Cl. Pénal*, 2010, n° 51.

²⁵⁰ Cass. crim., 4 mars 1959 : *Bull. crim.* n° 149.

²⁵¹ V° : E. GARÇON, R. OLLARD, « Destruction, détériorations et dégradations ne présentant pas un danger pour les personnes », *op. cit.*, n° 52.

²⁵² Cass. crim., 21 oct. 1898 : *D.P.* 1898, 1, 176.

²⁵³ Cass. crim., 10 avr. 1973 : *Bull. crim.* n° 188.

²⁵⁴ Cass. crim., 20 nov. 1974 : *Bull. crim.* n° 171. – 20 nov. 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, 1, 159, note Doucet.

²⁵⁵ Cass. crim., 19 nov. 2002 : *D.* 2006, Pan. 1652, obs. Roujou de Boubée. – 7 févr. 2007 : *D.* 2007, II, 573, note Darsonville ; *JCP G.* 2007, II, 10059, note Trébulle.

²⁵⁶ Sur cette question, V° : D. FONTANAUD, « La question du tag en droit pénal », *Dr. pén.* 1992, chron. 36.

²⁵⁷ Cass. crim., 1^{er} juin 1994 : *Dr. pén.* 1994, comm. 254, obs. M. Véron. – 12 oct. 2011 : n° 10-86.691. – CA Douai, 1^{er} juin 2010 : n° 09/03379. – CA Montpellier, 28 janv. 2009 : n° 08/01116.

²⁵⁸ Cass. crim., 23 juin 1953 : *RSC* 1953, 665, obs. Hugueney.

Code pénal ne semble pas répondre pleinement au souhait d'une protection pénale de portée générale accordée aux immeubles, il faut toutefois nuancer l'observation dans la mesure où ce texte n'a qu'une fonction supplétive, celui-ci n'ayant vocation qu'à s'appliquer en présence d'un dommage léger. Dès que le dommage excède une certaine gravité, ce qui sera le cas par exemple lorsque le tag aura détérioré le support sur lequel il a été apposé, le comportement relèvera davantage de l'article 322-1, alinéa 1^{er}, du Code pénal.

58. – L'aggravation de la répression pénale des atteintes matérielles aux immeubles – Il peut être observé, d'une part, que l'article 322-2 du Code pénal aggrave les peines encourues toutes les fois que l'infraction prévue à l'article 322-1 du Code pénal « *est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la personne propriétaire ou utilisatrice de ce bien à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* », d'autre part, que les articles 322-5 et suivants du Code pénal aggravent la sévérité des peines encourue lorsque la destruction, la détérioration ou la dégradation met en danger les personnes dès lors qu'elle s'opère « *par l'effet d'une explosion ou d'un incendie provoqués par manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». ²⁶⁰ La lecture de ces textes met en exergue que l'aggravation de la répression pénale n'est pas motivée par le souci de renforcer la protection pénale du patrimoine privé des victimes, mais bien de réprimer plus sévèrement les atteintes à l'intégrité physique de la personne humaine, soit en sanctionnant des mobiles fondés sur les qualités intrinsèques de la victime, soit en sanctionnant le risque d'atteintes à l'intégrité physique de la personne que le mode opératoire de la destruction ou de la dégradation en cause instaure. La protection pénale du patrimoine privé des particuliers ne sert ici que de prétexte à un renforcement de celle de la personne humaine.

59. – La prévention des atteintes matérielles aux biens immobiliers – Plusieurs incriminations tendent à prévenir la commission d'infractions portant atteintes à l'intégrité matérielle des immeubles. Il en est ainsi, notamment, de 222-14-2 du Code pénal ²⁶¹ ou encore de

²⁵⁹ CA Grenoble, 22 janv. 1997 : *JurisData* n° 1997-040125.

²⁶⁰ Pareillement, il sera observé que l'article 322-6 du Code pénal dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende* », et en son alinéa 2, que « *lorsqu'il s'agit de l'incendie de bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui intervenu dans des conditions de nature à exposer les personnes à un dommage corporel ou à créer un dommage irréversible à l'environnement, les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 150 000 Euros d'amende* ».

²⁶¹ Disposition introduite dans le Code pénal par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public (*JORF* du 3 mars 2010, 4305).

l'article 322-4-1 du même Code.²⁶² Concernant le délit d'occupation de terrain sans titre, celui-ci tend manifestement à réprimer le fait de s'installer, en réunion, sur un terrain appartenant à autrui, en vue d'y établir une habitation, ce dont on peut déduire que le délit, pour être consommé, induit une certaine durée que suppose l'acte d'installation. Ce n'est que parce qu'un groupe d'individus entend s'établir de manière durable sur le terrain d'autrui que la dégradation ou la détérioration de celui-ci est appelée à survenir à moyen ou long terme²⁶³, ce qui exclut le simple bivouac dressé pour une nuit à la belle étoile. *Quid* en revanche des « rave-party » ? Au regard des éléments constitutifs du texte, celui-ci ne saurait être appliqué pour réprimer l'usage d'un terrain appartenant à autrui en vue d'y organiser, sur plusieurs jours souvent, une « rave-party ». En revanche, au regard de la largesse des éléments constitutifs de l'article 322-1 du Code pénal, il sera tout à fait possible, dès lors qu'une destruction, dégradation ou détérioration sera constatée, d'appliquer ce texte, ou celui de l'article R. 635-1 du même Code, aux organisateurs. Enfin, il doit être rappelé que le Code pénal comporte quatre incriminations consacrées aux menaces de destruction, dégradation ou détérioration, deux de nature contraventionnelle²⁶⁴ et deux de nature délictuelle.²⁶⁵ Toutefois, ces incriminations ne seront pas traitées dans la mesure où elles ne protègent pas les biens, mais les personnes, celles-ci protégeant l'intégrité morale du destinataire des menaces en réprimant la crainte qu'elles lui inspirent. La même remarque que peut être formulée à propos de l'incrimination dite de « *fausse alerte* » prévue à l'article 322-14 du Code pénal.²⁶⁶ Ici aussi, c'est également la peur, le choc psychologique, que cause une telle annonce à la personne qui en est le destinataire qui est réprimée, et non une atteinte virtuelle au bien.

2) *La protection pénale de l'intégrité matérielle des meubles*

60. – Une protection fondée sur l'atteinte matérielle du droit de propriété de la victime –

Si en mettant l'accent sur la protection de la propriété immobilière, le Code civil de 1804 illustre bien la vigueur de l'adage « *res mobilis, res vilis* » au début du XIX^e siècle, celui-ci semble

²⁶² Pour une étude de la genèse de ce délit, V° : R. ROUQUETTE, « Gens du voyage : accueil ou rejet ? », *Dr. adm.* 2007, étude 19.

²⁶³ Le délit d'occupation du terrain d'autrui sans titre étant une infraction de prévention, elle ne peut être que formelle. En présence d'une dégradation effective du terrain, ce sont les infractions générales prévues aux articles 322-1 et suivants du Code pénal qui auront vocation à s'appliquer.

²⁶⁴ Art. R. 631-1 et R. 634-1 C. pén.

²⁶⁵ Art. 322-12 et 322-13 C. pén.

²⁶⁶ Ce délit consiste, soit dans « le fait de communiquer ou de divulguer une fausse information dans le but de faire croire qu'une destruction, une dégradation ou une détérioration dangereuse pour les personnes va être ou a été commise », soit dans « le fait de communiquer ou de divulguer une fausse information faisant croire à un sinistre et de nature à provoquer l'intervention inutile des secours ».

aujourd'hui largement démenti par la réalité économique qui illustre la valeur croissante aujourd'hui attribuée aux biens meubles dans la composition active des patrimoines privés. Reste que, si à l'instar de ce qui a pu être observé dans la protection pénale des biens immeubles, ce n'est pas la valeur pécuniaire du bien meuble qui fonde le critère d'intervention du droit répressif, mais l'atteinte à l'intégrité matérielle au patrimoine de la victime que la destruction, la détérioration ou la dégradation d'un tel bien emporte.²⁶⁷ À compter de l'instant où le droit pénal entend défendre l'intégrité matérielle du patrimoine des personnes contre toutes les atteintes matérielles susceptibles de lui être porté, il est parfaitement logique qu'il réprime très largement les atteintes matérielles aux biens meubles appartenant à ces dernières. De fait, les articles 322-1 et suivants, ainsi que l'article R. 635-1 du Code pénal, sont pleinement applicables aux atteintes matérielles portées à des objets mobiliers de la vie courante, tels que les meubles meublants²⁶⁸ ; les vêtements, bijoux, billets de banque, espèces monétaires, livres, et autres documents privés²⁶⁹ ; les divers documents, pièces et titres, utilisés dans la vie des affaires ou dans les relations nouées entre les individus²⁷⁰ ; les véhicules²⁷¹ ; les marchandises, qu'elles soient périssables²⁷² ou non²⁷³ ; ou encore les instruments utilisés dans l'artisanat²⁷⁴ ou l'agriculture. La question de l'application de ces textes à certains biens meubles soulève quelques interrogations, ce qui est le cas des animaux par exemple.²⁷⁵ Il peut être observé que les articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal, en ce qu'ils visent un « bien » seraient *a priori* applicables au cas particuliers des animaux. Sur cette question, il sera rappelé que si l'article 452 de l'ancien Code pénal réprimait spécifiquement l'empoisonnement des chevaux et autres bêtes de voiture, de montures ou de charge, de bestiaux à cornes, des moutons, chèvres ou porcs, ou des poissons dans des étangs, viviers ou réservoirs,

²⁶⁷ Cass. crim., 27 mars 1974 : *ibid.*

²⁶⁸ CA Poitiers, 16 déc. 1986 : *Juris-Data* n° 009297.

²⁶⁹ Cass. crim., 13 mars 2001 : *Juris-Data* n° 009.297. Dans cet arrêt, des gardiens de la paix lors d'un contrôle d'identité ont tracé des dessins sur le passeport de la victime et ont détruit le récépissé d'une demande d'asile ; ils ont été condamnés sur le fondement de l'art. 322-1 alinéa 1^{er} du Code pénal.

²⁷⁰ Tels qu'un chèque postal (Cass. crim., 13 nov. 1952 : *Bull. crim.*, n° 251 ; *D.* 1953, II, 316, note Bouzat), des procurations (Cass. crim. 23 sept. 1837 : *Bull. crim.*, n° 293 ; *S.* 1839, 1, 803), des reçus (Cass. crim. 23 déc. 1931 : *Gaz. Pal.* 1931, 1, 522), ou une convention privée portant cession de clientèle (Cass. crim. 6 oct. 1955 : *Bull. crim.*, n° 383).

²⁷¹ Cass. crim. 9 mars 1994 : *Bull. crim.* n° 94 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 152, obs. Véron ; *JCP G.* 1994, IV, 1007.

²⁷² Cass. crim., 26 avr. 1977 : *Bull. crim.* n° 136.

²⁷³ Cass. crim. 27 sept. 1850 : *Bull. crim.* n° 333.

²⁷⁴ Incluant tous les engins et outils utilisés à quelque titre que ce soit lors de la transformation des matières premières en produits finis (Cass. crim. 12 déc. 1951 : *D.* 1952, II, 157, rapp. M. Patin).

²⁷⁵ La question de la protection de l'animal soulève de plus en plus de questions dans nos sociétés contemporaines : S. ANTOINE, « Le droit et l'animal », *D.* 1996, I, 126. – *Ibid.* « La loi du 6 janvier 1999 et la protection animale », *D.* 1999, I, 167. – *Ibid.*, « L'animal et le droit des biens », *D.* 2003, I, 2651. – F. CHOUVEL, « Commerce et hébergement des animaux de compagnie », *Dr. rur.* 1994, 345. M. DANTI-JUAN, « La contribution du nouveau code pénal au débat sur la nature juridique de l'animal », *Dr. rur.* 1996, 477. – J.-P. MARGUÉNAUD, « L'animal dans le nouveau code pénal », *D.* 1995, I, 187. – *Ibid.*, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, I, 205 ; F. PASQUALINI, « L'animal et la famille », *D.* 1997, I, 257.

l'article R. 40-9 incriminait plus largement « *le fait de tuer sans nécessité les animaux domestiques* ». Il ne serait donc pas incongru de considérer que les articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal, au regard de la largesse de leur rédaction, puissent être appliqués aux animaux qui, puisqu'ils ne constituent pas des personnes, doivent être considérés comme des choses. Si une partie de la doctrine considère que l'article 322-1 doit s'appliquer à tout animal au vu de la généralité des termes et ce, quel que soit le moyen de destruction envisagé - à l'exception toutefois des hypothèses où ces comportements pourraient être qualifiés de sévices graves ou d'actes de cruauté qui font l'objet d'incriminations particulières²⁷⁶ - une autre réserve l'application de ce texte aux animaux maintenus en dehors du champ d'application des dispositions spécifiques comme n'étant ni domestiques, ni apprivoisés, ni tenus en captivité.²⁷⁷ La jurisprudence n'a pas, à notre connaissance, appliqué l'article 322-1 ou l'article R. 635-1 du Code pénal à l'hypothèse de la destruction, de la détérioration ou de la dégradation des animaux, ce qui nous semble logique au regard du souci croissant de nos sociétés contemporaines pour le bien-être animal, et au fait que le terme général de « *bien* » n'est pas approprié, à notre sens, à la nature animale, pas plus qu'il ne l'est à l'embryon ou à la dépouille mortelle qui ne sont pourtant pas encore, ou plus, des « *personnes* ».

61. – La répression du « tag » limitée aux seuls véhicules – A l'instar de ce que nous avons déjà mis en exergue à propos des biens immeubles, il doit être rappelé que l'article 322-1 alinéa 2 du Code pénal intéresse également les biens meubles appartenant à des titulaires privés en ce que ce texte incrimine spécifiquement « *le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur [...] les véhicules [...]* ». Comme pour les immeubles, le texte est naturellement applicable à toutes les inscriptions - qu'il s'agisse d'écrits ou de dessins - réalisés avec quelque matériau que ce soit. En ne visant que les véhicules, ce texte ne semble pas répondre pleinement à l'objectif souhaité d'une protection pénale des biens meubles de portée générale. *Quid* du tag des meubles meublants ? *Quid* du tag des bicyclettes privées ? Si le texte ne semble pas répondre pleinement au souhait d'une protection pénale de portée générale, c'est tout simplement parce qu'il n'a qu'une portée supplétive, en ce qu'il n'a vocation qu'à s'appliquer en présence d'un dommage léger. Dès lors que le dommage excède une certaine gravité, ce qui sera le cas par exemple lorsque le tag aura détérioré le support sur lequel il a été apposé, le comportement relèvera davantage de l'article 322-1 alinéa 1^{er} du Code pénal.

²⁷⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, op. cit., n° 2521.

²⁷⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infraction du Code pénal*, 6^e éd., coll. Précis droit privé, Dalloz, 2011, n° 241.

62. – L’aggravation de la répression des atteintes aux biens meubles. – À l’instar de ce qui a pu être observé à propos des immeubles, l’article 322-2 du Code pénal aggrave les peines encourues toutes les fois que l’infraction prévue à l’article 322-1 du Code pénale est commise en raison des qualités intrinsèques de la personne de la victime, d’une part, tandis que les articles 322-5 et suivants du Code pénal aggravent la sévérité des peines encourues dès lors que le *modus operandi* par lequel la destruction, la détérioration ou la dégradation s’opère met en danger les personnes.²⁷⁸ À l’instar de ce qui a pu être observé concernant les biens immeubles, l’aggravation des peines encourues n’est nullement motivée par le souci de préserver l’intégrité matérielle du patrimoine des particuliers, mais bien par celle de réprimer plus sévèrement des actes attentatoires à l’intégrité physique ou psychique de la personne de la victime.

63. – La prévention des atteintes matérielles aux biens meubles – Contrairement aux immeubles dont l’intégrité matérielle est préventivement protégée par le délit d’occupation sans titre du terrain d’autrui, à notre connaissance, aucune incrimination ne protège préventivement les biens meubles. Si ces derniers sont naturellement concernés par les incriminations générales sanctionnant les menaces d’atteintes matérielles aux « biens » prévues aux articles 322-12, 322-13, R. 631-1, et R. 634-1 du Code pénal, nous attirons l’attention du lecteur sur le fait que ces textes n’ont pas pour finalité de protéger les biens, mais les personnes. Ce qui est incriminé par ces textes, c’est l’atteinte à l’intégrité psychique des personnes destinataires de ce type de menaces, et non l’intégrité matérielle des biens visés par celles-ci. Ces incriminations n’ont pas pour finalité première de protéger préventivement l’intégrité matérielle du patrimoine des victimes, mais leur intégrité morale ou psychologique, la même remarque pouvant être formulée à propos de l’incrimination dite de « fausse alerte » prévue à l’article 322-14 du Code pénal.

64. – En conclusion – Si le droit de propriété ou d’usage des particuliers s’impose au premier rang de l’ordre des priorités de la protection pénale dans de nombreux textes d’incrimination, encore faut-il observer que le droit répressif n’a pas vocation à sanctionner le dommage économique de la victime (appauvrissement de cette dernière) résultant de l’acte infractionnel, mais bien la lésion du droit subjectif dont cette dernière est titulaire. Si le dommage joue un rôle central, ce n’est que parce qu’il matérialise l’atteinte effective aux droits patrimoniaux de la

²⁷⁸ Dans la même logique, l’article 322-6 du Code pénal prévoit, en son alinéa 1^{er} que « la destruction, la dégradation ou la détérioration d’un bien appartenant à autrui par l’effet d’une substance explosive, d’un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes est punie de dix ans d’emprisonnement et de 150000 euros d’amende », et son alinéa 2, que « lorsqu’il s’agit de l’incendie de bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d’autrui intervenu dans des conditions de nature à exposer les personnes à un dommage corporel ou à créer un dommage irréversible à l’environnement, les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 150 000 Euros d’amende ».

victime, et non parce que la loi pénale aurait vocation à sanctionner la réalisation d'un préjudice économique, même si, *in fine*, tel est souvent le cas. Nous avons pu constater, par ailleurs, que la protection pénale du patrimoine n'est parfois qu'incidente et se trouve supplantée par celle de la personne humaine, de sorte que toutes les incriminations se situant au sein du livre III du Code pénal n'ont pas vocation à protéger prioritairement les droits patrimoniaux des victimes. L'ensemble des incriminations étudiées ici illustre l'ascension des intérêts subjectifs des particuliers, en l'espèce patrimoniaux, au sommet de la hiérarchie des valeurs protégées par la loi pénale démontre que la protection de ces derniers concurrence, voir supprime, celle de l'intérêt général.

B – LA PROTECTION PÉNALE DE L'INTEGRITÉ JURIDIQUE DU PATRIMOINE

65. – Distinction des droits patrimoniaux pénalement protégés – Si le droit répressif protège naturellement au premier chef le plus complet des droits réels - le droit de propriété - plusieurs incriminations principalement contenues dans le Code pénal tendent à protéger également certains de ses démembrements²⁷⁹ et certains droits réels accessoires.²⁸⁰ Du fait des innovations industrielles et technologiques contemporaines, la protection pénale du patrimoine se trouve entraînée, à l'instar de la protection civile, dans le domaine de l'immatériel, conséquence logique de la dématérialisation des patrimoines privés. Mais, cette évolution n'est pas la seule qui soit venue bouleverser les schémas traditionnels auxquels le pénaliste est habitué. S'il était en effet possible, il y a encore moins d'un siècle, d'affirmer que « *la loi pénale fait un délit de toute atteinte à la propriété, elle abandonne au droit civil toute la matière des conventions* »²⁸¹, l'analyse démontre que tel n'est plus le cas aujourd'hui, le droit pénal ayant vocation à protéger, outre les droits réels **(1)**, les droits personnels des particuliers **(2)**.

1) La protection pénale des droits réels des particuliers

66. – Les contours du droit réel pénalement protégé – Il est traditionnellement admis par la doctrine que le droit réel se définit, dans son rapport interne, comme « *le pouvoir direct reconnu à une personne sur une chose* » de sorte qu'« *entre le sujet et l'objet du droit il n'y a rien, il n'y a personne* ». ²⁸² Du

²⁷⁹ Il en est ainsi notamment de l'abus de confiance (art. 314-1 C. pén.) qui protège les droits du détenteur précaire, et donc, le droit d'usufruit.

²⁸⁰ Tel est le cas du droit de gage protégé par l'article 314-5 du Code pénal qui réprime « *le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage* ».

²⁸¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, 3^e éd., 1935, n°2364.

²⁸² C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, op. cit., n°16.

point de vue du droit répressif, c'est davantage dans son rapport externe avec les tiers que celui-ci a vocation à nous intéresser, précisément parce que le droit réel s'impose comme un droit subjectif²⁸³ opposable *erga omnes* aux tiers. Parce qu'il a vocation à protéger le titulaire d'un droit réel de « l'immixtion des tiers dans son rapport privatif qui l'unit à la chose »²⁸⁴, le droit pénal défend en premier lieu le plus complet des droits réels : le droit de propriété. Celui-ci est traditionnellement conçu comme un droit réel figurant à l'actif du patrimoine et défini comme un pouvoir portant directement sur une chose, pouvoir qui se manifeste par le fait que son titulaire dispose sur la chose du triptyque classique : *abusus, usus, fructus*. Toutefois, cette affirmation emporte deux précisions qui conduisent à la nuancer. D'une part, le droit de propriété ne constitue pas le seul droit réel bénéficiant de la protection de la loi pénale, celle-ci s'attachant également à protéger certains de ses démembrements²⁸⁵ ou encore certains droits réels accessoires, ce qui est le cas des droits des détenteurs précaires protégé par l'article 314-1 du Code pénal ou des titulaires des droits d'usage, l'article 322-4-1 incriminant l'occupation sans titre du terrain d'« *autrui* », ce qui induit que ce texte ne protège pas le seul propriétaire. D'autre part, la protection pénale des droits réels appartenant à des particuliers s'observant tant dans le domaine des biens corporels que dans celui des biens incorporels, il doit être observé à propos de ces derniers que l'existence de la propriété incorporelle a pu soulever quelques doutes, le droit de propriété étant classiquement définie au travers de ses attributs - l'*abusus*, l'*usus* et le *fructus* - il semblait que certaines entités immatérielles ne pouvaient faire l'objet d'un usage exclusif du fait de leur ubi-quité.²⁸⁶ Parce que ce raisonnement confond le droit de propriété à la somme de ses attributs²⁸⁷, il a été écarté par certains auteurs qui envisagent le droit de propriété comme un « *droit d'étendue variable* »²⁸⁸ ou un « *espace de liberté* »²⁸⁹, le rendant ainsi applicable aux entités immatérielles qui accèdent de fait au

²⁸³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, préf. C. ATIAS, Dalloz, 2007, 4. Pour cet auteur, « dans le langage communément admis aujourd'hui, aussi bien par les techniciens du droit positif que par les théoriciens de la science du droit, l'expression «droit subjectif» est prise par antithèse à celle de «droit objectif». Le droit objectif, en ce sens, désigne la règle de droit (*Recht im objektiven Sinne*), tandis que le droit subjectif (*Recht im subjektiven Sinne*) signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu (ou d'une collectivité) et qui le fait sujet de droit (subjectif) ».

²⁸⁴ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 11.

²⁸⁵ Les démembrements du droit de propriété – usufruit, droit d'usage ou encore droit d'habitation par exemple - sont des droits réels exercés sur la chose d'autrui. Alors que le droit de propriété confère à son titulaire toutes les utilités de la chose (*usus, abusus, fructus*), ses démembrements ne confèrent à leurs titulaires qu'une ou quelque unes de ces utilités. V° sur cette question : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, t. 2, vol. II, 8^e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n°1287.

²⁸⁶ Le propre de ces entités est de pouvoir être dupliquées à l'infini, et donc, d'être potentiellement détenus par une pluralité d'individus, précisément parce qu'elles ont la faculté de résider simultanément dans plusieurs endroits en même temps. V° en ce sens : D. GUTMAN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *APD* 1999, 73. – J.-C. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, I, 229.

²⁸⁷ V° en ce sens : R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°381.

²⁸⁸ Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRE, « La définition et la notion juridique de propriété », *RTD Civ.* 1905, 486, cité par R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°388.

²⁸⁹ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°387.

statut de biens, et leur permet d'être incluses dans le champ d'application des infractions contre le patrimoine.

67. – La protection pénale de la propriété immobilière. – En ce domaine, il peut être observé que la loi pénale n'a que très exceptionnellement vocation à protéger les droits réels relatifs aux immeubles.²⁹⁰ Tout d'abord, lorsque l'immeuble fait l'objet d'une protection pénale, il ne l'est « *pas toujours en tant qu'objet de propriété, mais davantage comme un lieu d'exercice de la vie privée* ». ²⁹¹ Ensuite, le droit pénal se refuse à réprimer l'ensemble des atteintes commises à l'encontre de l'intégrité juridique des immeubles, réservant son intervention aux seules hypothèses d'atteintes à la possession, ce qui exclut *de facto* les simples abus de jouissance. Alors que la loi pénale protège largement l'intégrité matérielle des immeubles, elle n'intervient que de manière exceptionnelle lorsqu'il s'agit de défendre ces derniers contre les atteintes juridiques résultant d'un acte d'appropriation. Or, ce qui caractérise les infractions réprimant les appropriations frauduleuses que sont le vol et l'escroquerie, c'est qu'elles visent une « *chose* » entendue comme une entité corporelle susceptible de déplacement matériel, et donc de soustraction au sens de l'article 311-1 du Code pénal ou de remise volontaire au sens de l'article 313-1 du Code pénal, voir de détournement au sens de l'article 314-1 du Code pénal. Comme l'affirmait jadis la Cour de cassation, « *pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir* ». ²⁹² Par sa fixité, l'immeuble par nature semble incompatible avec la soustraction frauduleuse prévue par exemple à l'article 311-1 du Code pénal, comme il semble incompatible avec la remise prévue à l'article 313-1 du Code pénal ²⁹³ ou encore le détournement de l'article 314-1. ²⁹⁴ Dès lors que l'on admet que, pour qu'une chose puisse être l'objet d'un vol, celle-ci doit être mobile ou susceptible d'être mobilisée par détachement, les incriminations protégeant le droit de propriété semblent inapplicables à l'immeuble par nature,

²⁹⁰ C. MASCALA, « L'immeuble : un bien saisi par le droit pénal ? » in *Mélanges Saint-Alary*, PUT, 2006, 387.

²⁹¹ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°223. En effet, l'infraction de violation de domicile protège davantage l'intimité de la vie privée que la propriété immobilière. Tout d'abord, il peut être observé que l'article 226-4 du Code pénal est inséré dans une section relative à « l'atteinte à la vie privée ». Ensuite, il peut être observé que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation envisage la notion de domicile comme un lieu d'exercice de la vie privée, comme témoigne un arrêt rendu en 2006 au sein duquel les magistrats ont affirmé que le délit prévu à l'article 226-4 « *n'a pas pour objet de garantir d'une manière générale les propriétés immobilières contre une usurpation* » (Cass. crim., 30 oct. 2006 : *Bull. crim.* n°261 ; RPDP 2007, 188, obs. Saint-Pau).

²⁹² Cass. crim., 7 mars 1817, *Beaudet* : *Bull. crim.* n°18. – 24 nov. 1927 : *Bull. crim.* n°266.

²⁹³ Cass. crim., 15 juin 1992 : *Bull. crim.* n° 235 ; RSC 1993, 782, obs. Bouzat. – 27 mars 1995 : *Bull. crim.* n°124. Dans ces décisions, la Cour de cassation a clairement affirmé que « *la remise d'immeubles construits n'entre pas dans les prévisions de la loi* ». Toutefois, la haute juridiction a apporté un tempérament à sa jurisprudence en décidant que l'escroquerie pouvait être retenue à la condition que le détournement provoqué par les manoeuvres frauduleuses porte sur un titre de propriété (Cass. crim., 12 nov. 1864 : *Bull. crim.* n° 257) ou sur l'acte de transfert de la propriété d'un appartement (Cass. crim., 23 janv. 1997 : *Bull. crim.* n° 34 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 93, obs. Véron ; RSC 1998, 553, obs. Ottehnof).

²⁹⁴ Cass. crim., 10 oct. 2001 : *Dr. pén.* 2002, comm. 1, obs. Véron. – 14 janv. 2009 : *Dr. pén.* 2009, comm. 65, obs. Véron.

mais pleinement aux immeubles par destination.²⁹⁵ Toutefois, la jurisprudence n'est pas demeurée figée dans les règles du droit civil des biens, ce qui lui permet de soumettre aux infractions de vol les immeubles par nature susceptibles « d'être détachés de l'immeuble principal, soit avant, soit au moment de la soustraction »²⁹⁶, ainsi les immeubles susceptibles d'être physiquement mobiles ou d'être mobilisés par détachement sont pénalement protégés contre les appropriations frauduleuses. Le critère tiré de la mobilité de l'immeuble par la jurisprudence démontre une volonté de maintenir la répression pénale dans une certaine limite : celle de l'atteinte juridique aux biens entendue comme une atteinte au droit de propriété.²⁹⁷ Ceci explique que le simple abus de jouissance, sauf lorsqu'il est incriminé de manière autonome²⁹⁸, ne puisse emporter application des infractions de droit commun, telles que le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance par exemple, précisément parce qu'il n'emporte pas l'interversion de possession qui constitue l'atteinte au droit de propriété de la victime que la loi pénale a vocation à réprimer. Cette analyse nous semble confirmer par un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 14 janvier 2009 au sein duquel la haute juridiction a eu l'occasion d'affirmer que « l'utilisation abusive d'un bien immobilier ou de droits réels portant sur un immeuble » ne peut constituer un abus de confiance.²⁹⁹ Si l'atteinte au droit de propriété de la victime constitue indéniablement le critère d'intervention du droit pénal en matière de propriété immobilière, tel est le cas également en matière mobilière, qu'il s'agisse de biens meubles corporels ou incorporels.

68. – La protection pénale de la propriété mobilière corporelle – Pour le droit répressif, la « chose » s'entend d'une entité corporelle susceptible d'appropriation. Que les textes d'incriminations visent une « chose » ou un « bien », il faut observer que c'est l'appropriation qui constitue le critère d'intervention du droit pénal, de sorte que le vol, l'escroquerie, certaines infractions voisines ou encore l'abus de confiance constituent de ce point de vue les principales infractions contenues dans le Code pénal ayant vocation à défendre l'intégrité juridique du droit

²⁹⁵ En ce sens : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 518 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 74 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 12^e éd., Armand Colin, 2008, n° 375 ; A. VITU, *Traité de sciences criminelles. Droit pénal spécial*, op. cit., n° 2217 ; R. GASSIN, « la notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », in *L'évolution du droit criminel. Recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton*, PUF, 1967, n° 10 ; C. MASCALA, « L'immeuble saisi par le droit pénal ? », op. cit. n° 13.

²⁹⁶ Tel est le cas des récoltes sur pieds d'arbres (Cass. crim., 27 févr. 1996 : *Bull. crim.* n° 96) ou encore des pierres détachées des murs d'un immeuble (Cass. crim., 27 avr. 1866 : *D.P.* 1866, 1, 288).

²⁹⁷ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit. n° 277.

²⁹⁸ Il en est ainsi de l'article 322-4-1 du Code pénal qui incrimine l'occupation sans titre du terrain d'autrui ou l'article 313-6-1 du même Code qui incrimine la mise à disposition frauduleuse d'un bien immobilier appartenant à autrui.

²⁹⁹ Cass. crim., 14 janv. 2009 : *ibid.*

de propriété des particuliers.³⁰⁰ En effet, ces textes ont pour finalité de réprimer une interversion de la possession par l'emploi des moyens indiqués par chacun d'eux, de sorte qu'il est parfaitement logique que la jurisprudence considère qu'il est impossible d'appliquer ces infractions aux *res derelictae*³⁰¹ ou aux *res nullius*, ceux-ci étant dépourvus de propriétaire, il ne saurait y avoir interversion de la possession par atteinte au droit de propriété de leur propriétaire. Seuls les biens meubles corporels appropriés sont susceptibles d'être frauduleusement soustraits, remis ou détournés. La détermination du critère d'intervention de la loi pénale permet de délimiter le champ d'action du droit répressif dans la protection des patrimoines privés. Même si la loi pénale a vocation à prioritairement protéger le droit de propriété envisagé comme un droit subjectif appartenant à un titulaire particulier - ce qui est le cas dans l'incrimination de vol, d'escroquerie³⁰² ou d'abus de confiance³⁰³ - la loi pénale n'en a pas moins vocation à également défendre l'intérêt général au travers de la valeur sociale « propriété ». Bien que ce dernier se trouve indéniablement relégué au second plan de l'ordre des valeurs pénalement protégées, sous l'influence d'une idéologie individualiste dominante, il détermine *in fine* le champ d'application de la loi pénale, du moins dans le domaine qui nous intéresse ici. Or, du point de vue de l'intérêt général, les infractions contre les biens ont vocation à défendre la propriété envisagée comme une valeur sociale, de sorte que les incriminations, bien que protégeant au premier plan l'intégrité juridique du patrimoine des particuliers, ne peuvent se départir de cette finalité *suis generis*. Cela explique, d'une part, que le droit répressif n'ait pas pour fonction de protéger l'intégralité des droits réels des particuliers - tous ne supposant pas une atteinte au droit de propriété -, d'autre part, qu'à l'instar du droit civil³⁰⁴, celui-ci se montre indifférent à la valeur économique des biens

³⁰⁰ Le vol se consomme par la soustraction frauduleuse de « *la chose d'autrui* » tandis que le « *préjudice* » causé à autrui est érigé en condition de l'escroquerie comme de l'abus de confiance.

³⁰¹ Etant toutefois entendu que si une chose simplement perdue peut faire l'objet d'un vol en ce qu'elle a toujours un propriétaire (Cass. crim., 31 mai 1978 : RSC 1979, 337, obs. Bouzat), tel n'est pas le cas de la chose volontairement abandonnée par son propriétaire (CA Paris, 14 mars 2001 : D. 2002, 1797, obs. de Lamy). V° toutefois : Cass. crim., 1^{er} juin 2005 : Bull. crim. n° 145. Dans cet arrêt, la haute juridiction a considéré qu'une lettre déchirée et jetée dans une poubelle ne pouvait être considérée comme abandonnée. Cette décision met clairement en exergue que c'est l'intention du propriétaire initial de la chose qui détermine le caractère abandonné ou non de la chose.

³⁰² L'escroquerie est définie comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service [...]* ».

³⁰³ L'abus de confiance est défini comme « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

³⁰⁴ C'est en principe le cas, même s'il est parfois possible d'observer que la valeur économique des biens influe sur leur régime juridique. Il en va ainsi dans l'hypothèse de certains contrats rescindables pour lésion en raison de la valeur importante des biens qui en sont l'objet (V° art. 1128 C. civ.), ce qui est le cas de la vente d'immeuble (Art. 1674 C. civ.), mais surtout, il doit être rappelé que la valeur pécuniaire des biens est au cœur du mécanisme des sûretés. V° sur ce point : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 8^e éd., coll. Manuels, Litec, 2007, n°527.

corporels³⁰⁵ qui n'est pas une condition de la répression des infractions contre la propriété, comme en témoignent notamment les solutions jurisprudentielles relatives à l'application de l'escroquerie à des biens corporels dépourvus de toute valeur économique.³⁰⁶ Si la patrimonialité « *postule l'évaluation, la cessibilité onéreuse, et la transmissibilité à cause de mort* »³⁰⁷, ce dont il faut déduire qu'elle n'implique certainement pas qu'un « *bien doive être revêtu d'une valeur pécuniaire* »³⁰⁸ pour bénéficier de la protection de la loi pénale, elle tend néanmoins à placer sous la protection de cette dernière l'ensemble des biens meubles corporels appropriés, quelle que soit leur valeur économique.³⁰⁹ Toutefois, si l'appropriation constitue le critère primaire à partir duquel l'intervention de la protection pénale se détermine, encore faut-il remarquer que son application sera conditionnée par la corporalité du bien meuble qui constitue le critère second déterminant l'application des textes d'incriminations contenues dans le Code pénal. De ce point de vue, il peut être constaté que le législateur fait tantôt référence à la « *chose* » tantôt au « *bien* ». L'analyse démontre que la distinction que le droit pénal opère entre les choses et les biens tient précisément à la nécessaire corporalité des premières par rapport à la possible immatérialité des seconds. Parce que la chose s'entend en droit pénal d'une entité corporelle, la jurisprudence, malgré l'ambiguïté des solutions, n'applique pas l'article 311-1 du Code pénal au vol d'information³¹⁰ ni au vol de services.³¹¹ Si un doute a pu naître cependant concernant le vol d'électricité spécifiquement

³⁰⁵ Reste que la valeur économique des biens corporels peut être prise en compte par le droit pénal dans la fixation de la peine comme en témoigne les dispositions de l'article 321-3 du Code pénal relatives à la répression du recel de choses, lesquelles prévoient que la peine d'amende peut être élevée « *au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés* ».

³⁰⁶ Application du délit d'escroquerie à des bulletins de vote (Cass. crim., 14 mars 1878 : *Bull. crim.*, n°69) ou des billets de chemin de fer (Cass. crim., 28 févr. 1889 : *S.* 1889. 1. 237).

³⁰⁷ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, 85.

³⁰⁸ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 338.

³⁰⁹ Il est de jurisprudence constante qu'il « *suffit qu'il soit établi que la propriété reposait sur une tête autre que celle de l'auteur* » pour que la soustraction frauduleuse se trouve caractérisée (Cass. crim., 23 déc. 1966 : *Bull. crim.* n° 376). De fait, la protection pénale du patrimoine des victimes se trouve ici simplifiée par rapport au droit civil dans la mesure où le droit répressif se contente d'un propriétaire simplement déterminable, et non d'un propriétaire déterminé, évitant ainsi d'entrer « *dans le dédale probatoire de l'identité du véritable propriétaire de la chose soustraite* » (D. AUGER, *Le droit de propriété en droit pénal*, PUAM, 2005, n°118). Une telle solution évite ainsi que l'incertitude des règles civiles quant à la détermination du propriétaire véritable ne constitue un obstacle à l'efficacité de la répression pénale (Cass. crim., 25 févr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 318).

³¹⁰ Sur cette question, V° : M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Une information est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, I, 43. – F. DEBOVE, « Information mal acquise ne profite jamais », *Dr. pén.* 1999, chron. 24. – G. BEAUSSONIE, « La protection pénale de la propriété sur l'information », *Dr. pén.* 2008, chron. 19. L'exclusion des entités immatérielles dans les incriminations visant une « *chose* » s'observe également en matière de recel : Cass. crim., 3 avr. 1995, *Fressoz* : *Bull. crim.* n°142. *Confirm.* : Cass. crim., 12 juin 2007 : *Bull. crim.* n° 157). V° toutefois : Cass. crim., 7 nov. 1974, *Maillot* : *Bull. crim.* n° 323. Dans cette décision, la haute juridiction avait approuvé les juges du fond d'avoir condamné le bénéficiaire d'une communication par laquelle le salarié d'une société lui avait communiqué un secret de fabrique pour recel. La condamnation pénale repose ici, non sur l'infraction de « *recel-détention* », qui exige effectivement une chose corporelle, le « *recel-profit* » s'applique au produit de l'infraction, lequel n'a pas nécessairement vocation à revêtir une nature corporelle (V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 5^e éd., coll. Hyper cours. Cours et travaux-dirigés, Dalloz, 2011, n°826).

³¹¹ Cass. crim., 12 déc. 1990 : *Bull. crim.* n°430 ; *D.* 1991, II, 364, note Mirabail ; *RSC* 1992, 84, obs. Bouzat.

incriminé à l'article 311-2 du Code pénal, il est de longue date admis par la communauté scientifique que l'électricité, en ce qu'elle appartient au monde des ondes et des fluides, a une existence tangible du point de vue de la physique en ce qu'elle produit des résultats concrets dans le monde réel, de sorte que, bien qu'étant une entité immatérielle, elle n'en appartient pas moins à la catégorie juridique des biens meubles corporels.³¹²

69. – La protection pénale de la propriété mobilière incorporelle – Si l'existence du rapport interne du droit de propriété a pu être mise en doute concernant les biens meubles incorporels, nous avons pu constater qu'à compter de l'instant où celui-ci n'est plus défini comme un contenu intangible mais comme un « *espace de liberté* »³¹³, rien ne s'oppose à l'admission de la propriété des entités incorporelle. *Quid* toutefois de son rapport externe avec les tiers ? Comme l'écrivait le professeur Catala, « *le droit de propriété vaut surtout par l'opposabilité absolue de la protection dont jouit son propriétaire ; un droit réel inopposable n'est qu'une ombre. En revanche, un droit sans corpus mais opposable à tous emprunte à la propriété son caractère essentiel* ». ³¹⁴ La propriété incorporelle, si elle se caractérise par un rapport direct et immédiat à la chose, se caractérise également par son opposabilité et son exigibilité à l'égard des tiers³¹⁵, de sorte que celle-ci ne fait *a priori* pas de doute. Reste qu'une difficulté issue de la nature incorporelle de certains biens meubles se pose : celle de la publicité de leur possession. En dehors du système de publicité légale, qui n'intéresse qu'une minorité de biens meubles, la présomption de connaissance des tiers du droit de propriété d'un individu sur un bien meuble quelconque repose plus généralement sur un principe de publicité factuelle résultant de l'extériorisation du droit de propriété par certains signes identifiables par les tiers³¹⁶ tenant « *soit à l'objet de la propriété, soit à son exercice* »³¹⁷, et que les dispositions de l'article 2276 du Code civil illustrent notamment.³¹⁸ Si le domaine de ce texte semblait limité aux seuls biens meubles corporels, la jurisprudence en a étendu la portée aux biens meubles incorporels³¹⁹, de

³¹² V° pour une distinction des éléments immatériels incorporels et des éléments immatériels virtuels : R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n° 297.

³¹³ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°387.

³¹⁴ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *ibid.*

³¹⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op cit., n°95.

³¹⁶ Tel est le cas de l'étiquette apposée sur un vêtement ou un livre ; des clôtures délimitant la propriété immobilière.

³¹⁷ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°394.

³¹⁸ En affirmant qu'« *en matière de meubles, possession vaut titre* », le Code civil fait poursuivre à la fonction possessoire une finalité publicitaire de fait qui préserve, en principe, les tiers qui contractent de bonne foi avec le possesseur d'une action en revendication du *versus domino*.

³¹⁹ Tout d'abord, il peut être observé que la jurisprudence « *Coffin* » (Cass. civ. 20 juin 1876 : *D.* 1877, 1, 378) en admettant que l'inscription de valeurs mobilières fait naître une présomption de propriété au bénéfice de l'inscripteur n'avait fait que transposer la règle issue de l'article 2276 du Code civil aux valeurs mobilières. Ensuite, la Cour de cassation a indiqué plus récemment que « *le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption de propriété* » (Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999 : *JCP G.* 2000, II, 10274, note Cagnoli).

sorte que la possession des biens incorporels ne fait *a priori* plus de doute.³²⁰ Dès lors, la loi pénale avait naturellement vocation à intervenir pour protéger, non l'ensemble des richesses immatérielles créées par les individus, mais une partie des biens incorporels présents dans leurs patrimoines privés. Deux voies différentes ont été empruntées pour protéger pénalement le droit de propriété incorporelle. La première est celle de la création d'incriminations spécifiques, comme l'illustre, d'une part, la protection des droits patrimoniaux de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle qui incriminent, entre autre, les actes de contrefaçon³²¹ ou ceux tendant à « *contourner, neutraliser ou supprimer un mécanisme de protection ou de contrôle* »³²², d'autre part, la protection de la propriété industrielle.³²³ La seconde voie est celle de la modification du contenu des incriminations de droit commun en vue d'en faire un réceptacle adapté aux biens incorporels. Ainsi, contrairement au vol, qui ne semble jamais pouvoir porter sur un bien incorporel dès lors que le texte vise expressément la soustraction frauduleuse de la « *chose d'autrui* »³²⁴, les délits d'escroquerie, d'abus de confiance, de chantage ou d'extorsion, supportent la dématérialisation de la remise pour la bonne raison qu'ils ne visent pas, contrairement au vol, une chose, mais des biens.³²⁵ Tel est le cas notamment de l'abus de confiance³²⁶, l'article 314-1 du Code pénal faisant référence à un « *bien quelconque* », ce qui permet d'englober dans le champ d'application de ce texte un grand nombre de biens meubles incorporels, tels que les informations, les biens commerciaux ou encore la monnaie scripturale. Si la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale s'illustre par le

³²⁰ J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, 223.

³²¹ V° les articles L. 335-2 ; L. 335-2-1 ; L. 335-3 al. 1^{er} ; L. 335-3 al. 2 et L. 335-3 al. 3 C.P.I.

³²² V° les articles L. 335-3-1 C.P.I. et suivants.

³²³ Protection du droit de brevet par les articles L. 615-12 ; L. 615-14 ; L. 623-32 C.P.I. Protection des marques de fabrique, de commerce ou de service par les articles L. 716-9 et L. 716-10 du même Code.

³²⁴ Ce qui explique qu'il ne puisse s'appliquer au vol d'information sans soustraction d'un support. Certaines décisions ont pu faire douter de cette réalité, ce qui fut le cas jusqu'au revirement de 2004 de celles condamnant pour vol les salariés qui dérobaient des documents à leur employeur pour les copier en vue d'assurer leur défense au cours d'un litige : Cass. crim., 8 déc. 1998 : *Bull. crim.* n° 336. – 24 avr. 2001 : *Bull. crim.* n° 98.

³²⁵ J. DEVÈZE, « À propos de l'évolution des délits contre les biens », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, 368.

³²⁶ Cass. crim., 14 nov. 2000 : *Bull. crim.* n° 338 : « *les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel* ». *Confirm.* : Cass. crim., 22 sept. 2004 : *D.* 2005, II, 411, note de Lamy ; *RPDP* 2005, 239, note Mascala ; *RSC* 2005, 832, obs. Ottenhof. – 14 févr. 2007 : *Bull. crim.* n° 48 ; *D.* 2007, 2640, obs. Mirabail. – 5 sept. 2007 : *Bull. crim.* n° 194 ; *JCP G.* 2007, II, 10186, note Détraz. – 13 janv. 2010 : *Bull. crim.* n° 6 ; *D.* 2010, 1666, obs. Mascala ; *RTD com.* 2010, 616, obs. Bouloc. – 20 juill. 2011 : *D.* 2011, II, 2242, note Lasserre Capdeville. – 16 nov. 2011 : *Dr. pén.* 2012, comm. 1, obs. Véron ; *RPDP* 2011, 914, obs. Malabat. V° sur cette question : R.OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance: la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, Étude 9 ; N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, I, 964. Égal. : S. FOURNIER, « Quel domaine pour l'abus de confiance ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 113.

fait que la défense des droits patrimoniaux des particuliers s'impose au premier plan de l'ordre des valeurs pénalement protégées, il n'en demeure pas moins que l'intérêt général, bien que relégué au second plan de l'ordre des valeurs pénalement protégées, fixe les limites de l'intervention du droit répressif dans la protection des patrimoines privés, car c'est bien le spectre de la propriété envisagée en tant que valeur sociale qui fixe les limites du champ de la répression pénale.

2) *La protection pénale des droits personnels*

70. – Intervention du droit pénal dans la formation et l'exécution des droits personnels –

Plusieurs textes d'incriminations contenues dans le Code pénal, mais également hors de ce dernier, tendent à réprimer pénalement les atteintes aux droits personnels des victimes - entendus comme des droits de créance conférant « *un pouvoir juridique en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur l'exécution d'une obligation de faire, de ne pas faire, ou de donner* »³²⁷ - que ce soit au stade de leur formation³²⁸ ou de leur exécution.³²⁹ Comme nous l'avons déjà vu, il est tout à fait possible de trouver au sein des « *crimes et délits contre les biens* » un certain nombre de textes ayant pour fonction de réprimer les appropriations réalisées au moyen d'un vice du consentement, ce qui est naturellement le cas de l'escroquerie, de l'extorsion, du chantage, et plus largement de nombreuses infractions prévues par le Code de la consommation. Si l'intervention du droit pénal dans la formation des droits personnels constitue déjà en soi une manifestation de la privatisation de sa fonction protectrice - la loi pénale protégeant prioritairement la liberté de décision des individus - faut-il observer qu'il réprime l'inexécution de certaines obligations et certaines atteintes au droit de gage des créanciers. Comme nous avons déjà pu le constater, le Code pénal comporte un certain nombre d'incriminations ayant vocation à protéger l'intégrité du consentement au stade de la formation des droits personnels. Il en est ainsi, par exemple, du délit d'escroquerie prévu à l'article 313-1 du Code pénal, lequel incrimine le fait de tromper la victime par l'emploi de manœuvres frauduleuses, d'un faux nom, d'une fausse qualité ou l'abus d'une qualité vraie, « *et de [la] déterminer ainsi [...] à consentir un acte opérant obligation ou décharge* », qui a vocation à s'appliquer largement à l'ensemble de la catégorie des contrats, mais également à certains actes juridiques

³²⁷ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°12.

³²⁸ A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, ibid. ; R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation des contrats*, préf. H. BLAISE, thèse, Rennes, 1970. V° égal. : A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, ibid.

³²⁹ G. LEVASSEUR, « Les sanctions de l'inexécution des contrats en droit pénal français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 17, Dalloz, 1968, 307 ; M. MULLER, *L'inexécution des contrats et le droit pénal*, thèse, Paris II, 1977.

unilatéraux.³³⁰ Il en est encore ainsi de l'extorsion et du chantage sanctionnant le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, ou des incriminations réprimant les abus de faiblesse de droit commun. Reste que nous avons pu mettre en évidence, dans la droite ligne du constat dressé par M. Ollard³³¹, que ces différentes incriminations réprimant les vices du consentement - bien qu'insérées au sein des « *crimes et délits contre les biens* » - que la protection du patrimoine des victimes a été supplantée par la protection contemporaine des personnes en ce que ces textes s'attachent en réalité à protéger prioritairement, soit la sauvegarde de leur liberté de décision. La même remarque peut être faite à propos des incriminations contenues au sein du Code de la consommation, celles-ci ayant vocation à protéger l'intégrité du consentement des consommateurs. Dès lors, même si ces incriminations ont naturellement pour effet de défendre le patrimoine des victimes en intervenant dès la formation des droits personnels, ce n'est pas là leur finalité première, de sorte que la protection du patrimoine revêt seulement un caractère incident. Le droit répressif s'attache également à protéger l'exécution des droits personnels en sanctionnant pénalement l'inexécution d'obligations comme l'atteinte portée à l'assiette du droit de gage des créanciers, de sorte que celui-ci semble bien protéger à titre principal le patrimoine des créanciers.³³² Tel est le cas d'un certain nombre d'incriminations protégeant les droits des créanciers judiciairement constatés, comme le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité ou celui de banqueroute et des autres infractions connexes.

71. – La protection des droits des créanciers judiciairement constatés par l'organisation frauduleuse d'insolvabilité – Ce délit, qui n'est pas sans rappeler la fraude paulienne de l'article 1167 du Code civil³³³, incrimine « *le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile* ». ³³⁴ Pour certains auteurs, le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité aurait vocation à défendre cumulativement les droits des créanciers et la protection de l'autorité des décisions

³³⁰ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°50 et s.

³³¹ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°69.

³³² Ph. LAURENT, *Contrat et droit pénal*, op. cit., 30 ; R. ROUJOU DE BOUBÉE, *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, op. cit., 21.

³³³ La fraude paulienne résulte du fait qu'un débiteur s'emploie, au moyen d'actes juridiques générateurs d'appauvrissement, à soustraire certains éléments de son patrimoine au droit de poursuite de ses créanciers.

³³⁴ Art. 314-7 C. pén.

judiciaires.³³⁵ Si le constat ne fait aucun doute, il n'en demeure pas moins vrai, d'une part, qu'au regard de sa place dans le Code pénal³³⁶, il n'est pas incongru de penser que le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité protège en priorité les droits des créanciers, d'autre part, que c'est dans « *la nécessité d'incriminer le comportement qui consiste à soustraire volontairement ses biens à l'emprise de ses créanciers [qui] est allée en se renforçant, sous la pression notamment des femmes divorcées, titulaires de créances alimentaires non payées par leurs ex-époux, et des victimes d'infractions qui n'obtenaient pas le versement des dommages-intérêts dus* »³³⁷ que se situe la genèse de l'organisation frauduleuse d'insolvabilité.³³⁸ Parce qu'il a vocation à défendre prioritairement les droits patrimoniaux des créanciers, l'article 314-7 du Code pénal dispose d'un champ d'application relativement large - celui-ci défendant toutes les créances résultant d'une condamnation patrimoniale prononcée par les juridictions répressives - il n'est toutefois pas exclusif en ce qu'il ne protège que certaines créances résultant d'une condamnation patrimoniale prononcée par les juridictions civiles en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, étant entendu sur ce dernier point que selon l'article 314-9, « *les décisions judiciaires et les conventions judiciairement homologuées portant obligation de verser des prestations, subsides ou contributions aux charges du mariage sont assimilées aux condamnations au paiement d'aliments* ». Parce qu'elles relèvent sans conteste de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle, les condamnations prononcées sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil tombent assurément sous le coup de l'article 314-7 du Code pénal, mais *quid* de celles prononcées sur le fondement des articles 1384 et suivants du Code civil ? Si certains auteurs arguaient de l'exclusion de la condamnation prononcée par le juge civil ayant retenu la responsabilité objective de l'auteur du fait dommageable du champ d'application de l'incrimination d'organisation frauduleuse d'insolvabilité, cet argument nous semble contestable dès lors que la juridiction pénale saisie d'une poursuite pour une infraction non intentionnelle peut prononcer des dommages-intérêts, non seulement sur le fondement de l'article 1383 du Code civil, mais encore sur celui des articles 1384 à 1386 du même Code ou de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. Une telle créance est protégée par l'article 314-7 du Code pénal puisque résultant d'une condamnation patrimoniale prononcée par une juridiction répressive, de sorte que le souci de cohérence conduit à inclure la condamnation prononcée par le juge civil qui a engagé la responsabilité objective de l'auteur du

³³⁵ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°162.

³³⁶ Le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité est en effet inséré au sein du chapitre IV (Des détournements) du livre III (crimes et délits contre les biens), et non au sein de la section III (Des atteintes à l'autorité de la justice) du chapitre IV (Des atteintes à l'action de la justice) du livre IV (Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique) du Code pénal.

³³⁷ M. DAURY-FAUVEAU, « Organisation frauduleuse d'insolvabilité », *J. Cl Pénal*, 2010, fasc. 20, n°3.

³³⁸ J. PRADEL, « Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions », *D.* 1983, I, 244. – P. ESCANDE, « La loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infractions », *Dr. pén.* 1983, n° spécial 6 bis.

fait dommageable dans le champ d'application de l'incrimination d'organisation frauduleuse d'insolvabilité³³⁹, de la même manière qu'elle conduit à y inclure toutes les condamnations patrimoniales prononcées par les juridictions civiles fondées sur l'existence d'un délit civil.³⁴⁰

72. – L'exclusion des créances contractuelles du domaine de l'organisation frauduleuse d'insolvabilité – Plusieurs arguments tendent à justifier une telle solution sans pour autant que soit remise en cause la prééminence des droits des créanciers dans l'ordre des valeurs pénalement protégées par ce texte. Il peut tout d'abord être avancé que, contrairement aux victimes d'un fait juridique, imprévisible par nature, les parties au contrat disposent de la possibilité de se prémunir contre l'insolvabilité de leur débiteur en s'informant sur l'étendue du patrimoine de leur cocontractant et en prenant si besoin des garanties et des sûretés à titre préventif (gages, nantissements, hypothèques, cautions, *etc.*). En outre, en cas de difficultés, ils peuvent recourir à des mesures conservatoires (saisies par exemple), sans compter que leurs droits réels se trouvent pénalement protégés par les infractions de détournement de gage ou d'objet saisi. Il peut ensuite être avancé que « *la protection pénale élargie serait dangereuse car il y aurait grand risque de chantage exercé par certains créanciers à position dominante comme les organismes de crédit ou les sociétés de recouvrement. Alors que la frontière entre l'insolvabilité réellement subie et celle frauduleusement organisée n'est pas toujours perceptible, la menace qui pèserait sur certains débiteurs malheureux ne serait pas négligeable surtout dans les périodes de crise économique* ». ³⁴¹ Enfin, les créances contractuelles ne sont pas totalement dépourvues de protection pénale dans la mesure où, d'une part, le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité peut être invoqué lorsque le débiteur n'est pas encore en état de cessation des paiements, de sorte qu'il est utilisé ici en tant que délit obstacle par rapport à la banqueroute et aux délits connexes³⁴², d'autre part, dès lors qu'elles résultent ou se trouvent être en lien avec une activité économique, elles font l'objet d'une protection pénale spécifique.

73. – La protection des droits des créanciers judiciairement constatés par le délit de banqueroute – Parmi les différents cas relatés au sein des articles L. 654-1 et suivants du Code de commerce, seule la banqueroute par détournement d'actif ou augmentation de passif visée à l'article L. 654-2 dudit Code a vocation à protéger certaines créances contractuelles dont l'existence a été judiciairement constatée par un jugement d'ouverture d'une procédure de

³³⁹ En ce sens égal. : Rép. min. n° 72244, *JOAN Q*, 10 févr. 1986, 511.

³⁴⁰ Pour l'application de ce texte au recel de biens de la communauté : Cass. crim., 24 mars 2004 : *Bull. crim.*, n° 78 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 101, obs. Véron ; *D.* 2004, 2756, obs. Mirabail.

³⁴¹ M. DAURY-FAUVEAU, « Organisation frauduleuse d'insolvabilité », *op. cit.*, n°30.

³⁴² M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, PUF, 2000, 392.

redressement ou de liquidation judiciaire.³⁴³ À l'instar de ce qui a pu être observé à propos de la protection pénale des droits des créanciers offerte par l'article 314-7 du Code pénal, toutes les créances contractuelles ne se trouvent pas pénalement protégées par le délit prévu à l'article L. 654-2 du Code de commerce. D'une part, ce type de banqueroute ne peut être commise que par les commerçants, les agriculteurs, les personnes immatriculées au répertoire des métiers ou toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, ainsi que les dirigeants sociaux ou les représentants permanents de personnes morales de droit privé. D'autre part, elle suppose un état de cessation des paiements (défini comme l'impossibilité de faire face au passif exigible à l'aide de l'actif disponible) constaté par un jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires.³⁴⁴ Même si la faillite a toujours présenté un volet répressif destiné à sanctionner des hypothèses de fraude aux droits des créanciers, la nouvelle direction prise par le droit des procédures collectives à l'occasion de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises³⁴⁵ a conduit à faire des nombreuses infractions commises à l'occasion des procédures collectives des « *délits pluri-offensifs* »³⁴⁶, dès lors que certaines incriminations protègent prioritairement la sauvegarde de l'entreprise tandis que d'autres demeurent fidèles à leur finalité classique : la protection pénale des droits des créanciers. *Quid* de la banqueroute par détournement d'actif ou augmentation de passif ? Un tel comportement porte autant atteinte aux droits des créanciers en ce qu'il réduit le gage de ces derniers qu'à la survie de l'entreprise en ce qu'il compromet ses chances de survie en aggravant sa situation financière. Ces deux intérêts étant enchevêtrés, il peut paraître arbitraire de voir dans la banqueroute un délit ayant vocation à protéger prioritairement la sauvegarde de l'entreprise ou les droits des créanciers. Pourtant, il est possible nous semble-t-il de considérer que le délit prévu à l'article L. 654-2 du Code de commerce défend au premier plan les intérêts patrimoniaux des créanciers sociaux. Cela est possible parce que le texte fait explicitement référence à une action « *frauduleuse* » lorsqu'il vise l'augmentation du passif. Or, l'exigence d'une action frauduleuse s'entend nécessairement d'une action exercée avec la volonté de porter atteinte

³⁴³ En vertu de ce texte, « *En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après : 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ; 2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ; 3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ; 4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ; 5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales* ».

³⁴⁴ Il doit être rappelé ici que la jurisprudence a considéré, bien avant le législateur, que la banqueroute pouvait être retenue dès lors qu'il existait, avant la déclaration de cessation de paiement par la juridiction civile ou commerciale, une faillite de fait. V° sur ce point : M. CABRILLAC, « L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles du droit commercial », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, G. STÉFANI (dir.), Dalloz, 1956, 292.

³⁴⁵ JORF du 26 janv. 1985, 1097.

³⁴⁶ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, op. cit., n°189.

aux droits d'autrui³⁴⁷, ce qui explique que la jurisprudence ait considéré que le détournement d'actif suppose un acte de disposition volontaire accompli « *en fraude des droits des créanciers* ». ³⁴⁸ En outre, si la banqueroute par détournement d'actif ou augmentation du passif protège, comme beaucoup d'incriminations, l'ordre public économique, comme en témoigne les nombreuses sanctions tendant à assainir la profession par élimination des commerçants indésirables³⁴⁹, ce n'est pas là sa finalité première qui demeure la protection des droits des créanciers, lesquels constituent des intérêts privés par nature.

74. – La protection pénale des droits des créanciers par les infractions connexes au délit de banqueroute – Il en est ainsi tout d'abord des incriminations prévues aux articles L. 654-9 alinéa 1^{er} et L. 654-10 du Code de commerce réprimant le détournement, la dissimulation, le divertissement et le recel d'actifs du débiteur, ce qui présentent l'avantage de pallier les insuffisances de la théorie de la complicité en permettant de réprimer comme auteurs principaux de délits distincts les personnes qui agissent sans l'accord du débiteur, dans son intérêt ou non d'ailleurs, en vue de soustraire, receler, ou dissimuler tout ou partie de ses biens ; du délit de déclaration frauduleuse de créances supposées dans la procédure collective prévu à l'article L. 654-9, alinéa 2, du Code de commerce, puisqu'un tel comportement conduit nécessairement à une augmentation du passif ; de l'infraction punie par l'article L. 654-14 du Code de commerce³⁵⁰ ; ou encore du délit prévu à l'article L. 654-9, alinéa 3, du même Code.³⁵¹ Parce que ces délits incriminent des comportements identiques ou similaires à ceux réprimés sur le fondement de la banqueroute, il ne fait aucun doute ici qu'ils en empruntent la logique, de sorte qu'il peut être admis qu'ils protègent prioritairement les droits des créanciers, ce qui n'est pas le cas des malversations commises par les organes de la procédure collective réprimées par l'article L. 654-12-I du Code de commerce ou encore des atteintes portées au principe de l'égalité des créanciers réprimées par l'article L. 654-13 du même Code.

³⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° fraude.

³⁴⁸ Cass. crim., 11 mai 1995 : *Bull. crim.* n° 172. – 23 oct. 1997 : *Bull. crim.* n° 348.

³⁴⁹ W. JEANDIDIER, « Droit criminel et droit de la faillite » in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, 497. – B. BOULOC, « Le nouveau droit des incapacités commerciales », *Rev. sociétés* 2008, 763. – H. MATSOPOULOU, « Le nouveau régime des incapacités commerciales », *Dr. pén.* 2008, chron. 24.

³⁵⁰ Lequel a pour auteurs les dirigeants et représentants permanents des personnes morales de droit privé, et qui consiste à détourner ou à dissimuler tout ou partie de leurs biens, ou à se faire frauduleusement reconnaître débiteurs de sommes qu'ils ne devaient pas en vue de soustraire tout ou partie de leur patrimoine aux poursuites de la personne morale qui a fait l'objet d'un jugement d'ouverture de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ou à celles des associés ou des créanciers de cette dernière

³⁵¹ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires. Manuel théorique et pratique*, Economica 2009, n°375.

75. – En conclusion – La protection pénale de l'intégrité juridique des patrimoines privés s'impose au premier plan de l'ordre des priorités de la protection pénale, y compris lorsqu'elle se trouve en concurrence avec d'autres valeurs. Elle s'exprime naturellement avec force dans la protection des droits personnels, même si au stade de leur formation elle n'est finalement qu'incidente par le fait qu'elle se trouve bien souvent supplantée par la sauvegarde de la liberté de décision des individus, et qu'au stade de leur exécution, elle est limitée aux seules créances dont l'existence a été judiciairement constatée. Elle s'exprime avec vigueur dans le domaine de la protection des droits réels, même si celle-ci est principalement restreinte à la protection du droit de propriété ou de certains de ses démembrements, le critère d'intervention du droit répressif en ce domaine étant déterminé, qu'il s'agisse d'un bien immobilier ou mobilier - corporel ou incorporel -, soit en une interversion de la possession pour les atteintes juridiques, soit en une atteinte à l'intégrité de la chose pour les atteintes matérielles. Dans tous les cas, de nombreuses incriminations contenues au sein du livre III du Code pénal, mais également hors de ce dernier, placent au premier rang des valeurs qu'elles ont vocation à défendre les droits patrimoniaux des particuliers, qu'ils soient propriétaires, détenteurs ou créanciers, et les fait ainsi prévaloir sur l'intérêt général.

76. – Conclusion du paragraphe 2 – La prééminence des intérêts privés sur l'intérêt général dans l'ordre des valeurs pénalement protégées s'exprime, dans le domaine de la protection pénale du patrimoine, tant dans le domaine de la répression pénale des atteintes matérielles que celui des atteintes juridiques portées aux droits patrimoniaux des particuliers. Nous avons ainsi pu observer que la loi pénale fait ainsi prévaloir les droits réels du propriétaire ou du détenteur précaire portant sur un immeuble ou un meuble - que ce dernier soit corporel ou incorporel - ou les droits personnels du créancier, tant au stade de leur formation que de leur exécution, sur l'intérêt général. Si la prééminence des intérêts subjectifs patrimoniaux dans l'ordre des valeurs pénalement protégées confirme la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale, l'étude de la protection pénale du patrimoine met en exergue le fait que, conformément à son objet (protection de l'intérêt général commun), le droit pénal focalise son intervention sur l'atteinte au droit de propriété, car celui-là seul revêt une dimension sociale. Cela démontre bien que, malgré qu'il se trouve relégué au second plan de l'ordre des priorités de la protection pénale, l'intérêt général demeure le référentiel à partir duquel le législateur détermine les intérêts privés qu'il juge digne de bénéficier de la protection de la loi pénale.

77. – Conclusion de la section 1 – La réévaluation de la place des intérêts privés dans le champ de la protection pénale se traduit par le fait que, dans un nombre croissant d’incriminations, le droit subjectif appartenant à un titulaire personne physique ou morale prédomine sur la valeur sociale dans l’ordre des priorités de la protection pénale : prééminence de la volonté individuelle d’un coté ; prééminence des droits patrimoniaux des individus de l’autre. Tout récemment, la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 a introduit de nouvelles incriminations protégeant au premier plan la liberté de décision des individus. Tel est le cas de l’incrimination de travail forcé, que ce texte définit comme le fait, par violence ou menace, de contraindre une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d’une rétribution manifestement sans rapport avec l’importance du travail accompli, ou encore, dans le cadre de la lutte contre les abus sexuels, de l’exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, de l’incrimination du fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d’un tiers, qui constitue désormais une agression sexuelle. Tel est encore le cas, dans le cadre de la lutte contre les violences faites aux femmes, de l’incrimination de tentative d’interruption de grossesse sans le consentement de l’intéressée, ou du fait de tromper une personne aux fins de l’emmener à l’étranger pour la forcer à y contracter un mariage. Ces incriminations nouvelles s’inscrivent assurément dans la droite ligne de celles, nombreuses, qui placent au premier rang des valeurs qu’elles défendent : la volonté individuelle. La privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale s’impose comme la conséquence logique du renversement des valeurs dans l’ordre public, ce dernier étant dominé aujourd’hui par les aspirations individualistes et matérialistes du corps social, il ne peut fort logiquement qu’inviter le droit pénal à ce recentrer sur les valeurs individualistes de la personne et de la propriété. L’ascension des droits subjectifs dans le champ de la protection pénale conduit ces derniers à concurrencer, voir supplanter parfois, l’intérêt général dans l’ordre des valeurs pénalement protégées, et si dans le droit pénal moderne issu de la Révolution de 1789, la protection de l’intérêt individuel se trouvait contenue dans celle de l’intérêt général, la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale tend à inverser cette logique, puisque que la protection de l’intérêt général semble résulter aujourd’hui de celle de l’intérêt privé individuel lorsque le texte d’incrimination défend, au premier plan, un intérêt subjectif appartenant à un titulaire particulier bien évidemment.

SECTION 2. LA PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS PRIVÉS COLLECTIFS

78. – Des différentes catégories d'intérêts collectifs privés protégés par la loi pénale –

Parce que « *notre société est une société de production, d'échanges et de consommation de masse, certainement aussi de conflits de masse* », le domaine d'intervention de la loi n'intéresse plus seulement les violations de caractère individuel, mais également celles « *de caractère essentiellement collectif, en ce sens qu'elles concernent notamment des groupements, des classes, des collectivités* ». ³⁵² La prise en compte des intérêts collectifs par le droit répressif s'impose d'abord comme une conséquence de son intervention dans les autres branches du droit privé en vue de soutenir, par la menace de la sanction pénale, la force normative de dispositions impératives de nature civile ayant vocation à défendre des intérêts collectifs (§.1). Elle s'impose ensuite comme une conséquence de la multiplication des textes d'habilitation octroyée à des groupements de droit privé par le législateur en vue de leur permettre d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour défendre des intérêts collectifs apparaissant davantage comme des sous-produits de l'intérêt général que des agrégats d'intérêts individuels (§.2).

§.1 UNE CONSÉQUENCE DE LA FONCTION SUPPLÉTOIRE DU DROIT PÉNAL

79. – **L'expansion du champ pénal** – Parce que dans un certain nombre de cas, l'atteinte aux intérêts individuels entraîne une atteinte aux intérêts collectifs d'un groupe ou d'une catégorie de personnes partageant avec la victime particulière de l'infraction un intérêt commun, les conflits entre particuliers dépassant les frontières du seul litige les concernant pour intéresser plus largement un ensemble des groupes, des collectivités, voir des communautés d'individus. L'élévation du contentieux individuel au plan collectif dépasse aujourd'hui le cadre du contentieux civil, prud'homale ou commercial dans lesquels il semblait contenu pour s'étendre au contentieux pénal. Cette évolution s'explique aisément par le fait que la norme pénale intervient de manière prégnante au sein des autres branches du droit privé pour garantir l'effectivité de dispositions impératives de nature civile soutenant, notamment, l'ordre public économique ³⁵³ **(A)** ou l'ordre public de protection ³⁵⁴ **(B)**.

³⁵² M. CAPPELETTI, « La protection d'intérêts collectifs ou de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile », *RIDC* 1975, 571.

³⁵³ Lequel peut être défini comme « *l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat* ». V° : G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, 497.

³⁵⁴ L'ordre public de protection est composé des règles impératives ayant vocation à protéger, dans les rapports contractuels, la partie jugée la plus faible : le consommateur, le salarié, *etc.* V° en ce sens not. : F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, bibl. inst. A. Tunc, t. 14, LGDJ, 2007, n°35.

A – L'INTERVENTION DU DROIT PÉNAL AU SOUTIEN DE L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE

80. – La protection des intérêts collectifs des acteurs économiques – De nombreux textes d'incrimination ayant vocation à protéger les intérêts collectifs des différents acteurs économiques, il est impossible d'en dresser une liste exhaustive ou de les étudier tous. Nous prendrons donc deux exemples pour illustrer notre propos ; exemples pris au regard de l'importance des contentieux en question. Il peut être observé, d'une part, qu'en protégeant le patrimoine social des personnes morales, la loi pénale défend au premier plan l'intérêt collectif des associés et actionnaires de la société **(1)**, d'autre part, qu'en protégeant, par la menace de la sanction pénale, les monopoles d'exercice dont bénéficient certaines professions réglementées, le droit répressif défend les intérêts collectifs des professionnels concernés **(2)**.

1) La protection pénale de l'intérêt collectif des associés et créanciers

81. – La protection pénale de l'intérêt collectif des associés de la société – « *La personne morale [étant] le siège de l'intérêt collectif de ses membres et créanciers, toute faute de gestion ou d'un tiers ayant causé l'appauvrissement du patrimoine social doit être sanctionnée au nom de la protection de cet intérêt* ». ³⁵⁵ Le patrimoine social peut être défini comme l'ensemble des biens apportés par les associés à une société dotée de la personnalité morale lors de sa constitution ainsi que ceux qu'elle peut acquérir ultérieurement. ³⁵⁶ La notion de patrimoine social ne doit pas être confondue avec celle de capital social - qui s'entend de « *la somme des valeurs d'origine apportées par les associés à la société [et] mises à la disposition de [de cette dernière] sous forme d'apports en numéraire ou en nature* » ³⁵⁷ - en ce qu'il recouvre une réalité beaucoup plus vaste par le fait qu'il constitue une universalité englobant des droits et des obligations, des créances et des dettes, dont le capital social n'est qu'un élément. Puisque, seules les sociétés dotées de la personnalité morale sont aptes à être titulaires d'un patrimoine, il doit être rappelé que concernant celles qui ne sont point dotées d'une telle personnalité, les biens qui leur sont transmis pour les besoins de l'exploitation sont, soit mis à la disposition des associés,

³⁵⁵ G.-A. LIKILLIMBA, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *RTD*, 2009, 1. Encore faut-il observer que la Cour de cassation accepte, au-delà de l'hypothèse de l'appauvrissement effectif du patrimoine social, de sanctionner le dirigeant qui l'expose sans nécessité à un risque anormal de perte. En ce sens : Cass. crim., 16 mars 1970 : *Bull. crim.*, n° 107. V° not. : R. OLLARD, « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ? », *Dr. pén.* 2009, Étude 19.

³⁵⁶ V° not. : Ph. CONTE ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, coll. Affaires-Finances, Litec, 2004, n°56-57 ; Ph. MERLE, *Droit commercial : sociétés commerciales*, 16^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012, n°34 ; M. COZIAN, F. DEBOISSY, A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 25^e éd., coll. Manuel, Litec, 2012, n°18.

³⁵⁷ A. LECOURT, Répertoire droit des sociétés, Dalloz, 2013, V° « *Capital social* ».

soit mis en indivision entre tous les associés.³⁵⁸ Au-delà des incriminations de droit commun que sont le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, le détournement de gage ou d'objets saisis, ou encore l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, l'arsenal répressif contemporain comporte un certain nombre d'incriminations ayant plus particulièrement vocation à protéger le patrimoine social des sociétés. Il en est ainsi du délit d'abus de biens sociaux prévu à l'article L. 241-3, alinéa 4 du Code de commerce ; du délit d'abus du crédit de la société prévu à L. 242-6, alinéa 3 ; du délit de présentation inexacte des comptes annuels de l'article L. 241-3, alinéa 3³⁵⁹ ; ou encore du délit de distribution de dividendes fictifs prévu à l'article L. 241-3, alinéa 2³⁶⁰, par exemple. De fait, en défendant le patrimoine social de la société, les incriminations de droit commun, ou propre à ce qu'il est convenu d'appeler le droit pénal des affaires, défendent l'intérêt collectif des actionnaires et associés³⁶¹, précisément parce que tout acte qui lèse le patrimoine social de la personne morale cause « *un préjudice qui atteint la société tout entière, c'est-à-dire la collectivité des associés ou actionnaires et des créanciers* ». ³⁶² De ce point de vue, les décisions jugeant l'action civile individuelle des associés et actionnaires irrecevable doivent être approuvées³⁶³, car ces derniers ne subissent pas directement et personnellement le dommage résultant de l'infraction, mais un préjudice collectif.³⁶⁴ La lésion des intérêts de la personne morale doit s'analyser comme la lésion de l'intérêt collectif des associés et actionnaires qui la composent. Ceci explique que le législateur

³⁵⁸ Art. 1872 C. civ.

³⁵⁹ Si l'article L. 241-3, alinéa 3° du Code de commerce incrimine « *le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société* », hors de ce dernier il est prévu dans des termes différents, d'une part pour les sociétés civiles de placement immobilier puisqu'est visé « *le fait, pour les dirigeants de la société de gestion d'une société civile de placement immobilier, de publier ou présenter aux associés des informations inexactes, en vue de dissimuler la véritable situation de la société* » (art. L. 231-11, alinéa 2°, C. monét. fin.), d'autre part pour les sociétés coopératives où sont visés « *les administrateurs ou gérants qui ont sciemment publié ou communiqué des documents comptables inexacts en vue de dissimuler la véritable situation de la société* » (L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 26, 2°).

³⁶⁰ En vertu duquel, « *le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux* ». Cette incrimination est étendue aux sociétés anonymes (art. 242-6, alinéa 1, C. com.), aux sociétés européennes (art. L. 244-5 C. com.), aux sociétés coopératives (L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 26, 4° et 5°) et aux sociétés civiles de placement immobilier (art. L. 233-11, alinéa 1, C. monét. fin.).

³⁶¹ B. BOULOC, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? Qualité d'actionnaire et droit pénal », *Rev. Sociétés* 2000, 743 ; A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E.* 1995, 500 ; J.-P. BROUILLAUD, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *D.* 2008, I, 375.

³⁶² Cass. civ., 26 nov. 1912 : *D.* 1913, 1, 377.

³⁶³ Ainsi, dans l'hypothèse de l'abus de biens sociaux, la Cour de cassation, après avoir admis dans un premier temps l'action civile individuelle des associés de la société victime (Cass. crim. 4 nov. 1969 : *Bull. crim.*, n° 281. – 9 nov. 1992 : *Bull. crim.* 1992, n° 361 ; *Rev. sociétés* 1993, 433, note Bouloc. – 27 juin 1995 : *Bull. crim.* 1995, n° 236 ; *Rev. sociétés* 1995, 746, note Bouloc), a ensuite estimé que le préjudice né de la dépréciation des titres ou de la dévalorisation du capital social à la suite d'un abus de biens sociaux était un dommage subi par la société elle-même et non un dommage propre à chaque associé (Cass. crim., 13 déc. 2000 : *Bull. crim.* 2000, n° 373 ; *Rev. sociétés* 2001, 394, note Bouloc. *Confirm.* : Cass. crim., 9 mars 2005 : *Rev. sociétés* 2005, 886, note Bouloc). Ces solutions sont à rapprocher de celles excluant l'action civile collective des syndicats des salariés de l'entreprise (Not. : Cass. crim., 27 nov. 1991 : *Bull. crim.* n° 439) ou du comité d'entreprise par exemple (Cass. crim., 7 juin 1983 : *Bull. crim.*, n° 172 ; *Rev. sociétés* 1984, 119, note Bouloc. – 4 nov. 1988 : *Bull. crim.* 1988, n° 373 ; *Rev. sociétés* 1989, 265, note Bouloc).

³⁶⁴ Sur cette notion : V° not. : C. DREVEU, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD Civ.* 2011, 459.

autorise l'exercice devant les juridictions répressives d'une action civile collective permettant, soit aux dirigeants, soit aux associés et actionnaires, au nom et pour le compte de la société, d'obtenir la réparation du préjudice collectif qu'ils subissent, ainsi que la condamnation de l'auteur de l'infraction.

82. – La défense de l'intérêt collectif des associés par l'exercice de l'action sociale devant la juridiction répressive

– Comme l'a affirmé la Cour de cassation dès 1912, « *l'action sociale a sa base dans un préjudice qui atteint la société tout entière, c'est-à-dire la collectivité des associés ou actionnaires et des créanciers ; elle tend au maintien ou à la reconstitution du fonds social* ». ³⁶⁵ L'action sociale s'analyse en une action civile collective en ce qu'elle tend à faire sanctionner un acte infractionnel ayant lésé l'intérêt collectif des associés et actionnaires composant la personne morale. Celle-ci peut être exercée par les seuls dirigeants sociaux, au nom et dans l'intérêt de la société dont le patrimoine social a été lésé. L'on parle dans ce cas de figure d'action sociale *ut universi*. La solution est logique dans la mesure où c'est la personne morale - entendue comme la collectivité des associés ou actionnaires - qui subit le préjudice, de sorte qu'il est légitime que ce soit ses représentants qui intentent une action en justice en vue d'obtenir la réparation du dommage que celle-ci subit. Toutefois, l'appauvrissement du patrimoine social pouvant trouver sa cause dans une faute de gestion ou une infraction commise par les représentants de la société, il est évident qu'en pareille situation, ils ne vont pas lancer des poursuites pénales contre eux-mêmes, et l'expérience montre même « *que l'esprit de camaraderie met souvent obstacle à ce que les membres du conseil d'administration ou le président-directeur général (ou le gérant) prennent l'initiative de poursuivre leurs collègues ou prédécesseurs* ». ³⁶⁶ Pour éviter que la protection pénale de l'intérêt collectif des associés ou actionnaires ne se trouve privée de toute efficacité, le législateur prévoit qu'un associé ou un actionnaire peut agir en justice dans l'intérêt de tous les autres à l'encontre des dirigeants ou des organes sociaux, en exerçant une action sociale qualifiée *ut singuli* devant les juridictions civiles comme répressives. ³⁶⁷ Introduite par un associé agissant individuellement, ou par des associés représentant au moins le dixième du capital et, éventuellement représentés par un ou plusieurs d'entre eux, l'action sociale *ut singuli* est, dans tous les cas, intentée dans l'intérêt collectif de l'ensemble des associés ou actionnaires de la

³⁶⁵ Cass. civ., 26 nov. 1912 : D. 1913, 1, 377. Dans cette décision, la Haute juridiction a ainsi rappelé que « *le produit de la condamnation sera versé à la caisse sociale, et, ainsi, théoriquement tout au moins, les ressources de la société seront rétablies dans l'état où elles se seraient trouvées si la gestion de l'administrateur avait été sage et prudente* ».

³⁶⁶ G.-A. LIKILLIMBA, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *ibid.*

³⁶⁷ V° not. : C. HOUPIN, H. BOSVIEUX, *Traité général de théorie et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. II, Sirey, 1925, n° 1368. – V. LACAN, « L'action sociale exercée *ut singuli* », *Rev. sociétés* 1946, 223. – R. VATINET, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *ibid.* 2003, 247. – E. DEZEUZE, « La réparation du préjudice devant la juridiction pénale », *ibid.*, 261. V° plus largement : J.-J. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préf. F. DEBOISSY, coll. thèses, Vol. 4, Fondation Varenne, LGDJ, 2006.

société, et non dans celui des seuls demandeurs à l'action, ce qui explique que les sommes allouées au titre des dommages et intérêts soient versées dans les caisses sociales de la personne morale. La possibilité reconnue, soit aux représentants de la personne morale, soit aux associés ou actionnaires, d'exercer devant la juridiction répressive une action civile collective témoigne de ce que, au travers de la protection pénale du patrimoine de la société, c'est en réalité l'intérêt collectif des associés ou actionnaires qui se trouve prioritairement protégé par la loi pénale. La solution est logique dès lors que « *la personne morale [constitue] le siège de l'intérêt collectif de ses membres [de sorte que] toute faute de gestion ou d'un tiers ayant causé l'appauvrissement du patrimoine social doit être sanctionnée au nom de la protection de cet intérêt* ». ³⁶⁸

83. – La protection pénale de l'intérêt collectif des créanciers de la société – Nous avons pu d'ores et déjà constater qu'un certain nombre d'incriminations ont vocation à défendre au premier plan les intérêts individuels des créanciers de la société. ³⁶⁹ *Quid* de la défense de l'intérêt collectif de ces derniers ? Un tel intérêt existe puisque l'article L. 622-20 du Code de commerce dispose que « *le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* », lequel s'entend de « *l'intérêt de la collectivité que constitue l'ensemble des créanciers* ». ³⁷⁰ Ce texte traduit essentiellement l'interdiction faite au créancier pris individuellement de se prévaloir en justice d'un préjudice qui ne lui est pas personnel, en d'autres termes, qui n'est pas distinct de celui de la collectivité. ³⁷¹ Comme la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises, la notion d'intérêt collectif qui détermine le domaine du monopole du mandataire judiciaire exclut *de facto* la défense d'un intérêt particulier ³⁷², ou de l'intérêt d'un groupe de créanciers, si nombreux soient-ils à l'intérieur de cette collectivité ³⁷³, sous peine d'engager sa

³⁶⁸ G.-A. LIKILLIMBA, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *ibid.* R. OLLARD, « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ? », *ibid.*

³⁶⁹ V° supra, n°...

³⁷⁰ F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 510. V° égal. : S. SOUWEINE, « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », *D.* 2006, I, 501.

³⁷¹ Cass. com., 3 juin 1997 : *Bull. civ.* 1997, IV, n° 163 ; *JCP E.* 1998, 33, obs. Cabrillac ; *D.* 1997, II, 517, note Derrida. – 14 déc. 1999 : *Bull. civ.* 1999, IV, n° 230. – 4 oct. 2005 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 195. Reste que la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi de 1985 – et qui a vocation à perdurer sous l'empire du droit nouveau – admettait l'exercice par un créancier de l'action *ut singuli* à son profit personnel (Cass. com., 5 nov. 1981 : *Bull. civ.* 1981, IV, n° 381), ce dernier étant ainsi habilité à exercer cette action pour obtenir réparation de sa fraction individuelle du préjudice collectif (Cass. com., 24 nov. 1983 : *Bull. civ.* 1983, IV, n° 324 ; *RTD com.* 1984, 499, obs. Cabrillac et Teyslié).

³⁷² Cass. com., 16 mars 1993 : *Bull. civ.* 1993, IV, n° 106 ; *JCP E.* 1993, I, 277, obs. Cabrillac ; *D.* 1993, somm., 583, obs. Derrida.

³⁷³ Cass. com., 29 avr. 1997 : *Bull. civ.* 1997, IV, n° 112. – 9 nov. 2004 : *Bull. civ.* 2004, IV, n° 193 ; *D.* 2004, IR, 3069, obs. Lienhard. – V° cependant : Cass. com., 8 nov. 2011 : *D.* 2012, somm., 2864, obs. Lienhard.

responsabilité.³⁷⁴ Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article L. 622-20 précité dispose que, « *en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ». Bien qu'il s'agisse d'un pouvoir subsidiaire, les créanciers nommés contrôleurs par le juge-commissaire, et non les contrôleurs de droit, peuvent agir en justice pour défendre l'intérêt collectif des créanciers lors d'une procédure collective.³⁷⁵ Que l'intérêt collectif des créanciers existe et qu'il soit pris en compte par le droit des procédures collectives ne fait aucun doute, pour autant, fait-il l'objet d'une protection spécifique par le droit pénal ? Le livre VI du Code de commerce prévoit dans son titre V, chapitre IV, sections I et II un certain nombre d'infractions dont peuvent se rendre coupables les débiteurs, dirigeants de la personne morale débitrice, créanciers, cocontractants, ainsi que les organes de la procédure.³⁷⁶ Ces infractions, nous l'avons vu protègent, pour certaines au premier plan, les droits et intérêts des créanciers individuels. Mais, il peut être observé que, pour l'application des sanctions relatives à ces incriminations, l'article L. 654-17 du Code de commerce prévoit que la juridiction pénale peut être saisie soit à la diligence du Ministère public, soit sur constitution de partie civile du mandataire judiciaire. À défaut de constitution de partie civile du mandataire judiciaire dans les deux mois suivant mise en demeure de ce dernier par des contrôleurs, ceux-ci peuvent agir en son lieu et place.³⁷⁷ Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les délits consacrés aux sections I et II du chapitre IV du titre V du livre VI du Code de commerce ont vocation à protéger, non seulement l'intérêt individuel de chaque créancier, mais également l'intérêt collectif de ces derniers. Et ce sont bien ces deux intérêts privés qui se trouvent défendus au premier plan par ces incriminations, confirmant ainsi la privatisation de la fonction protectrice du droit répressif. De fait, l'on voit bien, d'une part, qu'au travers de la protection pénale du patrimoine social des sociétés, c'est en réalité l'intérêt collectif des acteurs sociaux, qu'ils soient membres de la personne morale ou créanciers de celle-ci, qui bénéficient de la protection de la loi pénale, d'autre part, qu'un certain nombre d'incriminations place au sommet de la hiérarchie des valeurs qu'elles défendent l'intérêt collectif des acteurs sociaux en protégeant au premier plan le patrimoine social de la société.

³⁷⁴ Cass. com., 7 janv. 2003 : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 1 ; *JCP E.* 2003, 760, obs. Cabrillac et Pétel ; *D.* 2003, IR, 274, obs. Lienhard.

³⁷⁵ Sur la distinction contrôleur nommés et contrôleur de droit, V° : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2012-2013, n° 612-24 ; F. PÉROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 9^e éd., coll. Manuels droit privé, LGDJ, 2012, n° 212.

³⁷⁶ V° supra n°...

³⁷⁷ R. 654-1 C. com.

2) *La protection pénale de l'intérêt collectif des professions réglementées*

84. – Les monopoles encadrant l'exercice de certaines professions réglementées – Du grec *monos*, seul, et *polein*, vendre, le monopole peut se définir comme un « régime de droit ou [une] situation de fait ayant pour objet ou pour résultat de soustraire à toute concurrence sur un marché donné, une entreprise privée, un organe ou un établissement public ». ³⁷⁸ Certaines dispositions légales consacrent au profit de certaines professions un monopole les préservant de toute concurrence dans leurs activités économiques en interdisant à toute personne, autre que celles visées par les textes, de pratiquer une activité identique ou similaire. Il en est ainsi par exemple de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier qui « interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel [ainsi qu'] à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme », ou encore de l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique qui octroient un monopole aux pharmaciens, notamment dans la préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ou la vente, y compris par internet, des médicaments, produits, plantes médicinales inscrites à la pharmacopée, ainsi que des huiles essentielles dont la liste est fixée par décret, et autres dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* destinés à être utilisés par le public. Ce monopole se trouve d'ailleurs étendu par l'article L. 5143-2 du même Code à la préparation, la détention, et la délivrance des médicaments vétérinaires, avec quelques aménagements à l'endroit de ces derniers. La profession d'avocat se trouve également protégée par un monopole, l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui prévoit que « nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ».

85. – La protection pénale des monopoles d'exercice – Il peut être en effet observé que la valeur normative des monopoles d'exercice de certaines professions réglementées est renforcée par des incriminations pénales spécifiques. Ainsi, l'exercice illégal de la profession de banquier est punie à titre principal, sur le fondement de l'article L. 571-3 du Code monétaire et financier, d'une peine trois ans d'emprisonnement et de 375.000 € d'amende ; l'exercice illégal de la profession de pharmacien est sanctionnée par l'article L. 4223-1, alinéa 1, du Code de la santé

³⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Monopole, 598.

publique, d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende³⁷⁹ ; l'article 72 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 punit d'une « *amende de 4 500 € et, en cas de récidive, d'une amende de 9 000 € et d'un emprisonnement de six mois ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura, n'étant pas régulièrement inscrit au barreau, exercé une ou plusieurs des activités réservées au ministère des avocats dans les conditions prévues à l'article 4, sous réserve des conventions internationales* ». ³⁸⁰ De nombreuses autres professions bénéficient de monopoles encadrant leur exercice, et se trouvant pénalement protégés, sans qu'il soit possible de les citer tous. Néanmoins, au travers des quelques exemples proposés ici, il peut être observé qu'au travers de la protection pénale des monopoles relatifs à l'exercice des professions réglementées, c'est la défense de l'intérêt collectif des professionnels appartenant à la profession considérée qui est en réalité visée. ³⁸¹ *A priori*, l'on pourrait considérer ici qu'une telle protection s'impose, en priorité, pour des considérations d'intérêts général. Il est en effet dans l'intérêt de la collectivité dans son ensemble que les individus ne puissent exercer la médecine ou pratiquer l'activité de pharmacien en ouvrant une officine sans avoir les compétences requises pour cela. Si la protection de l'intérêt général justifie, peut être davantage que dans les cas analysés précédemment, l'intervention de la loi pénale, encore faut-il observer que l'intérêt collectif de la profession se positionne en bonne place dans l'ordre des priorités de la protection pénale. En effet, toutes les fois qu'un individu exerce illégalement la profession de médecin ou la profession de banquier, l'atteinte qu'il porte à l'intérêt général n'apparaît pas au premier plan, et se trouve supplantée par celle qu'il porte à l'intérêt collectif de la profession envisagée. Cet intérêt collectif ne s'impose pas comme un agrégat d'intérêts particuliers, ni un sous-produit de l'intérêt général, mais bien comme un intérêt médian, commun à l'ensemble des professionnels composant la profession, et dont la lésion leur cause un préjudice collectif. De fait, le préjudice résultant de la lésion de l'intérêt collectif d'une profession ne se confond pas avec celui souffert par la collectivité, et dont le ministère public assure la protection, mais se cumule forcément avec ce dernier, dès lors que le fait générateur de dommage est ici commun. En fait, la lésion de l'intérêt social résultant de la violation de l'interdit pénal emporte lésion de l'intérêt collectif de la profession protégé par le texte d'incrimination ; s'il est donc impossible que seul l'intérêt collectif se trouve atteint sans que l'intérêt général le soit³⁸², il est en revanche possible

³⁷⁹ L'application de ce délit a soulevé quelques difficultés dès lors que le produit est susceptible de répondre à la définition de médicament et à celle de complément alimentaire. La Cour de cassation a tranché la question en considérant qu'en cas de doute, un tel produit doit être considéré comme étant un médicament. En ce sens : Cass. crim., 21 sept. 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 138, obs. Robert.

³⁸⁰ V° not. : Cass. crim., 5 févr. 2013 : *Dr. pén.* 2013, comm. 53, obs. Véron ; *ibid.*, comm. 61, note Robert.

³⁸¹ L. BORÉ, « Action civile des groupements », *J. Cl. Pén* 2013, n°24.

³⁸² J. GRANIER, « La partie civile au procès pénal », *RSC* 1958, 30.

que l'infraction commise contre la personne d'un professionnel ne porte pas atteinte à l'intérêt collectif de la profession.³⁸³

86. – L'admission de l'action civile ordinaire devant les juridictions pénales – Il est admis que les ordres professionnels sont des comme « *des organismes dont l'institution est prévue par la loi et auxquels les membres d'une profession sont obligatoirement affiliés* » qui ont reçu du législateur « *la mission d'assurer l'organisation intérieure des professions, de veiller à la dignité de leurs membres en exerçant sur eux un pouvoir disciplinaire, de représenter les professions auprès des pouvoirs publics et d'en défendre en justice les intérêts, notamment en se constituant partie civile* ». ³⁸⁴ Parce qu'ils ont pour mission de défendre les intérêts de la profession qu'ils représentent en justice, les ordres professionnels apparaissent bien évidemment comme les seuls organismes susceptibles de pouvoir exercer l'action civile ordinaire devant les juridictions répressives en vue d'obtenir la réparation du préjudice collectif subi par l'ensemble de la profession, laquelle passe principalement par la sanction de l'auteur de l'infraction. ³⁸⁵ Est-ce à dire pour autant que tous les ordres professionnels sont susceptibles de pouvoir exercer l'action civile ordinaire devant les juridictions répressives ? La réponse est assurément négative. Seuls les ordres professionnels habilités par le législateur peuvent se constituer partie civile devant le juge pénal. Parce que la violation des monopoles d'exercice ne lèse pas les intérêts individuels de tel ou tel professionnel, mais l'intérêt collectif d'une profession considérée, il est à remarquer que le législateur a octroyé à l'ensemble des ordres professionnels représentant des professions dont le monopole d'exercice se trouve pénalement protégé la faculté d'exercer l'action civile ordinaire devant les juridictions répressives.

87. – En conclusion – En venant au soutien de l'ordre public économique, le droit pénal ne vient pas seulement renforcer la protection légale octroyée à des intérêts privés individuels par des dispositions impératives de nature civile ayant vocation à réglementer la conduite des acteurs économiques dans leurs activités, il renforce également la protection légale octroyée à des intérêts collectifs privés. L'analyse démontre que ces derniers ne constituent pas un agrégat d'intérêts particuliers, mais s'imposent davantage comme l'intérêt collectif d'une communauté d'individus envisagée en tant qu'entité collective transcendant justement les intérêts individuels de ces

³⁸³ Par exemple, la chambre régionale des huissiers de justice n'est pas recevable à se constituer partie civile dans une poursuite exercée à l'occasion de violences dont a été victime un huissier de justice dans l'exercice de ses fonctions (Cass. crim. 14 nov. 1996 : *Bull. crim.*, n° 407), pas plus que l'ordre des avocats ne peut se constituer partie civile dans des poursuites pour violences commises contre un des membres du barreau (Cass. crim., 5 févr. 1992 : *D.* 1993, somm., 203, obs. Pradel).

³⁸⁴ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome II. Procédure pénale*, 4^e éd., Cujas, 1989, n°99.

³⁸⁵ C. CAMPREDON, « L'action civile ordinaire », *JCP* 1979 I, 2943.

derniers. Au travers de la protection du patrimoine social des sociétés, le droit pénal défend l'intérêt collectif des associés, des actionnaires, voir même des créanciers. Au travers de la protection des monopoles d'exercice dont bénéficient certaines professions, il défend l'intérêt collectif de la profession considéré, de sorte que les professionnels considérés apparaissent alors comme une entité collective, et non plus un agrégat d'individualités. De fait, les intérêts collectifs protégés par le droit pénal ne se confondent ni avec les intérêts particuliers qu'ils transcendent, ni avec l'intérêt général dont ils ne constituent pas un sous-produit. C'est donc par l'intégration d'intérêts collectifs privés s'intercalant entre l'intérêt individuel et l'intérêt général dans l'ordre des valeurs pénalement protégées que s'opère la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale lorsque celle-ci vient suppléer des dispositions impératives de nature civile réglementant l'ordre public économique.

B – L'INTERVENTION DU DROIT PÉNAL AU SOUTIEN DE L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

88. – La protection des agents économiques en situation de faiblesse – De la même manière qu'il soutient l'ordre public économique en renforçant, par la menace de la sanction pénale, les dispositions civiles ou commerciales impératives réglementant la conduite des acteurs économiques dans leurs activités, il peut être observé que le droit pénal vient également au soutien de l'ordre public de protection³⁸⁶ pour défendre au premier plan les intérêts collectifs des agents considérés comme étant la « partie faible » dans le rapport contractuel, ce qui est le cas des consommateurs (1) ou encore des salariés (2).

1) La protection pénale des intérêts collectifs des consommateurs

89. – La protection pénale des intérêts subjectifs du consommateur – Si dans la loi du 1^{er} août 1905 consacrée à « *la répression des fraudes dans la vente de marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et produits agricoles* »³⁸⁷, la protection du consommateur n'était encore une préoccupation majeure du législateur³⁸⁸, force est d'admettre que de nombreuses incriminations, contenues principalement dans le Code de la consommation, le Code de commerce, le Code monétaire et financier, voir pour certaines d'entre elles le Code pénal, tendent aujourd'hui à protéger le consommateur en défendant principalement l'intégrité de son consentement, comme en

³⁸⁶ Pour rappel : L'ordre public de protection est composé des règles impératives ayant vocation à protéger, dans les rapports contractuels la partie jugée la plus faible : le consommateur, le salarié, etc. V° not. : F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, ibid.

³⁸⁷ JORF du 5 août 1905, 4813.

³⁸⁸ Ph. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* 2006, Étude 4.

témoigne le cas du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de situation de faiblesse incriminé tant dans le Code pénal que le Code de la consommation.³⁸⁹ La protection pénale du consommateur passe, globalement, par un renforcement de la théorie des vices du consentement dès lors que la quasi-totalité des incriminations ont vocation à garantir le consentement libre et éclairé de ce dernier au moment de la formation du contrat. Il en est ainsi bien évidemment du délit d'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse incriminé aux articles 223-15-2 du Code pénal et L. 122-8 du Code de la consommation³⁹⁰, des ventes forcées réprimées par les articles R. 635-2 du Code pénal et R. 122-1 du Code de la consommation³⁹¹, ou encore des délits prévus aux L. 115-16, L. 115-20 et L. 115-24 du même Code.³⁹² L'intégrité du consentement du consommateur est encore préservée par les incriminations ayant vocation à sanctionner les pratiques commerciales déloyales ou illicites. Sur ce point, il sera observé que depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service du consommateur³⁹³, une pratique commerciale est considérée comme déloyale « lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Deux types de pratiques commerciales déloyales sont explicitement visées par l'article L. 120-1 du Code de la consommation : les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1. Sans entrer ici davantage dans le détail de la multitude de comportements visés par ces textes, nous pouvons toutefois observer qu'ils ont pour point commun de vicier le consentement du consommateur en usant de procédés tendant à l'induire en erreur, par exemple

³⁸⁹ V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, 154, spéc. 161. – A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 7^e éd., coll. Manuel, Litec, 2013, n° 1250.

³⁹⁰ Il faut noter ici que les éléments constitutifs du délit sont définis de manière plus précise dans le Code de la consommation que dans le Code pénal. L'article L. 122-8 intégrant la notion de souscription de contrat tandis que l'article L. 122-9 liste les circonstances de l'abus. Par ailleurs, le Code de la consommation exige un dol spécial situé dans l'intention de faire prendre au consommateur des engagements pécuniaires ou de se faire remettre des valeurs, alors que le Code pénal se contente d'un dol général : la conscience de l'état de faiblesse ou d'ignorance de la personne.

³⁹¹ Constitue une vente forcée le fait d'adresser à une personne, sans aucune commande de sa part, un bien ou un service en lui indiquant qu'elle peut le conserver moyennant un paiement, ou le renvoyer à l'expéditeur, même si un tel renvoi n'entraîne aucun fait pour cette dernière.

³⁹² Ces textes répriment le fait de tromper le consommateur en usant de l'un des procédés visés par ces derniers pour l'induire en erreur sur la qualité d'un produit faussement présenté comme bénéficiant d'une appellation d'origine, d'un label rouge, d'une appellation d'origine protégée, d'une indication géographique protégée, d'une spécialité traditionnelle garantie, de la mention « agriculture biologique », ou encore de l'un quelconques des certificats visés aux articles L. 115-25 à L. 115-33 du Code de la consommation.

³⁹³ JORF du 4 janv. 2008, 258. V° not. : M. CANNARSA, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Châtel. Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », *SJ G.* 2008, I, 180. – G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats, conc. consom.* 2006, étude 3.

en créant une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, un autre signe distinctif d'un concurrent³⁹⁴, voir « de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 », ou tendant à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur, de vicier le consentement d'un consommateur ou d'entraver l'exercice des droits contractuels d'un consommateur.³⁹⁵ En outre, il doit être observé que le chapitre III du titre I^{er} du livre II du Code de la consommation, relatif à la conformité et la sécurité des produits ou des services, se trouve dédié à la répression des fraudes et falsifications consistant, par exemple, dans le fait de tromper ou tenter de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers, soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ; soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ; soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.³⁹⁶ Il doit être toutefois observé que ces diverses incriminations, par la manière dont elles sont rédigées, ont vocation à protéger prioritairement le consommateur envisagé en tant qu'entité individuelle. Nous en voulons pour preuve le fait que l'article L. 213-1 du Code de la consommation protège « le contractant » ; l'article L. 122-1 interdit de refuser à « un consommateur » la vente d'un produit ou la prestation d'un service : l'article L. 122-8 incrimine le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance « d'une personne » ; l'article L. 122-11 réprime le fait d'altérer de manière significative la liberté de choix « d'un consommateur », de vicier le consentement « d'un consommateur » ou encore d'entraver l'exercice des droits contractuels « d'un consommateur », etc. Nous pourrions continuer d'égrener la liste des incriminations sans qu'il ne soit jamais possible de trouver le moindre texte visant « les intérêts collectifs des consommateurs » que l'on retrouve pourtant à l'article L. 421-1.

³⁹⁴ V^o not. : Ph. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques agressives », *Dr. pén.* 2008, Étude 3. – S. FOURNIER, « De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. pén.* 2008, Étude 4. Sur le caractère intentionnel des pratiques commerciales trompeuses, V^o : Cass. crim., 15 déc. 2009 : *Dr. pén.* 2010, comm. 41, obs. Robert.

³⁹⁵ Art. L. 122-11 C. consom.

³⁹⁶ Art. L. 213-1 C. consom.

90. – La collectivisation des intérêts du consommateur – C'est à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle que le mouvement associatif s'est développé et que, par son importance et ses actions, il a acquis notoriété et crédibilité dans le domaine de la consommation³⁹⁷ ; le Code de la consommation comporte d'ailleurs un livre IV entièrement dédié aux prérogatives des associations de défense des consommateurs. Ces dernières, dès lors qu'elles ont été agréées³⁹⁸ et qu'elles ont pour objet statutaire explicite la défense des intérêts collectifs des consommateurs, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile « *relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ». Nous l'avons vu, les incriminations visent « *le consommateur* » ou « *le contractant* », de sorte que le droit pénal de la consommation ne protège *a priori* que les intérêts subjectifs des consommateurs, et *in fine* l'intérêt général. Mais, à compter de l'instant où le législateur habilite certaines associations dont l'objet statutaire réside dans la défense de l'intérêt collectif de l'ensemble des consommateurs, il convient d'en déduire que l'objet de protection de la loi pénale s'étend par voie de conséquence aux intérêts collectifs des consommateurs envisagés en tant qu'entité collective, et qu'un groupe d'individus représenté par l'association a pour mission de défendre en se comportant comme de véritables « *procureurs privés* ». ³⁹⁹ Faute de définition légale, il est revenu à la jurisprudence le soin de définir le contenu des intérêts collectifs des consommateurs. S'il ne fait aucun doute que, du point de vue de l'intérêt individuel, c'est l'intégrité du consentement du consommateur qui se trouve protégée, tandis que du point de vue de l'intérêt général, la valeur sociale protégée par l'incrimination n'est autre que la loyauté dans les échanges économiques entre les professionnels et les consommateurs, *quid* au stade intermédiaire des intérêts collectifs ? La notion d'« intérêts collectifs » est entendue par la jurisprudence comme tout préjudice commis à l'occasion d'un acte

³⁹⁷ A. MALLARD, « Le mouvement consumériste, histoire et sociologie », in *Les associations de consommateurs sont-elles efficaces ?*, Dossier, *Contrats, conc. consom.* 2008, 45.

³⁹⁸ L'article R. 411-1 du Code de la consommation dispose que « *l'agrément des associations de consommateurs prévu au titre Ier du livre IV de la partie Législative du présent code peut être accordé à toute association : 1° Qui justifie à la date de la demande d'agrément d'une année d'existence à compter de sa déclaration ; 2° Qui, pendant cette année d'existence, justifie d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs, appréciée notamment en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications de la tenue de réunions d'information et de permanences ; 3° Qui réunit, à la date de la demande d'agrément, un nombre de membres cotisant individuellement : a) Au moins égal à 10 000 pour les associations nationales, cette condition pouvant ne pas être exigée des associations se livrant à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique ; b) Suffisant, eu égard au cadre territorial de leur activité, pour les associations locales, départementales ou régionales. Lorsque l'association a une structure fédérale ou confédérale, il est tenu compte du nombre total de cotisants des associations la constituant* ».

³⁹⁹ J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* Il est à noter d'ailleurs que la jurisprudence admet largement le droit d'action des associations de consommateurs dans le procès pénal. Cette tendance libérale a pu être analysée comme une volonté de la Cour de cassation de combler l'absence de l'action de groupe en droit français (A. DE LAFORCADE, « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD Com.* 2012, 711), que le projet de loi n°1015 relatif à la consommation se propose, notamment, d'introduire (S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'action de groupe à la française fait grincer des dents », *RCA* 2013, Alerte 22. – G. MOTTÉ, « Projet de loi relatif à la consommation », *SJ G.* 2013, Act. 554). V° égal. : Y. MAYAUD, « L'action civile sauvegardée. A propos de la loi n°88-14 du 5 janvier 1988, relative aux action en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, 135.

de consommation. La largesse de cette définition conduit naturellement la Cour de cassation à considérer qu'« aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'est exclue des prévisions de l'article L. 421-1 du code de la consommation »⁴⁰⁰, de sorte que la défense des intérêts collectifs des consommateurs ne se borne pas aux infractions prévues par le Code de la consommation, mais s'étend à l'ensemble des infractions pénales, qu'elles se situent dans le Code pénal ou d'autres codes, tel le Code de la santé publique, le critère utilisé par la jurisprudence étant l'acte de consommation. En d'autres termes, toutes les fois qu'un acte de consommation lèse les intérêts d'un consommateur, il lèse simultanément ceux des consommateurs envisagés en tant qu'entité collective et qu'un groupe d'individus constitué en association s'est donné pour mission de défendre.

91. – La protection pénale de la santé des consommateurs – Dans un monde fortement industrialisé, l'acte de consommation emporte nécessairement des conséquences sur la santé des consommateurs, ne serait-ce qu'au regard de la nature souvent toxique des matériaux ou produits utilisés par les industriels pour la fabrication ou la conservation de certains produits. De nombreuses incriminations pénales renforcent l'efficacité normative des règles encadrant la fabrication, le conditionnement, l'importation ou la mise sur le marché de produits cosmétiques⁴⁰¹ ; des produits de tatouage⁴⁰², la publicité de produits contraceptifs⁴⁰³ ; la vente, par les fabricants et négociants en appareils gynécologiques, de dispositifs médicaux utilisables pour une interruption volontaire de grossesse à des personnes n'appartenant pas au corps médical ou ne faisant pas elles-mêmes profession de vendre ces dispositifs ; le prescription, sous forme d'une préparation magistrale, et l'incorporation dans une même préparation de substances vénéneuses ; la production, la fabrication, le transport, l'importation et l'exportation, la détention, l'offre, la

⁴⁰⁰ Cela explique notamment que les associations de défense des consommateurs puissent se constituer partie civile en matière d'homicide involontaire par exemple. V° not. : Cass. crim., 22 juin 1997 : *Bull. crim.* n° 251 ; RSC 1997, 835, obs. Mayaud. – 1^{er} avr. 2008 : *Bull. crim.* n° 88 ; D. 2008, AJ 1404, obs. Darsonville ; *Dr. pén.* 2008, comm. 99, obs. Robert.

⁴⁰¹ Par exemple, l'article L. 5431-2 du Code de la santé publique réprime, d'une peine de deux ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende, notamment, le fait « d'ouvrir ou d'exploiter un établissement fabricant, de conditionnement ou d'importation de produits cosmétiques, ou d'étendre l'activité d'un établissement à de telles opérations, sans qu'ait été faite au préalable la déclaration à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ou sans qu'aient été déclarées les modifications des éléments figurant dans la déclaration initiale » ou de mettre « sur le marché national d'un produit cosmétique, de ne pas transmettre aux centres antipoison les informations prévues à l'article L. 5131-7 ».

⁴⁰² V° : art. L. 5437-1 et 5437-2 CSP.

⁴⁰³ Ainsi, l'article L. 5434-1 du Code de la santé publique dispose que « toute infraction en matière de publicité pour les produits et objets contraceptifs autres que les médicaments est punie selon les dispositions des articles L. 5422-1 à L. 5422-6 et des articles L. 5422-15 et L. 5422-16. Toutefois, seules les dispositions des articles L. 5422-1, L. 5422-3, L. 5422-4 et du 2° de l'article L. 5422-6 sont applicables aux infractions en matière de publicité pour les préservatifs », tandis que l'article 5434-2 du même code prévoit que « le fait de délivrer des contraceptifs mentionnés à l'article L. 5134-1 en infraction aux dispositions du premier alinéa du II et du III dudit article et du 1° de l'article L. 5134-3 est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

cession, l'acquisition ou l'emploi de micro-organismes et toxines inscrits sur la liste prévue à l'article L. 5139-1 du Code de la santé publique.⁴⁰⁴ Bien que le souci constant de protéger la santé des consommateurs entraîne le législateur à augmenter de manière significative le nombre de dispositions législatives ou réglementaires encadrant, de manière toujours plus drastique, les activités commerciales susceptibles d'avoir un impact négatif sur la santé des consommateurs, et que dans la majorité des cas, la plupart d'entre elles se trouvent assorties de sanctions pénales⁴⁰⁵, force est de constater que l'« *on ne compte plus désormais les "scandales sanitaires" qui semblent surgir de toute part, défrayant régulièrement la chronique médiatique. Hier, les « unes » des médias traitaient de l'affaire du sang contaminé, de la vache folle, de l'hormone de croissance ou encore de l'amiante. Aujourd'hui, elles égrènent l'affaire du Mediator, des prothèses mammaires PIP et des pilules de troisième et quatrième génération. Et demain, ne pourrait-on pas déjà imaginer des « unes-fictions » sur l'affaire des particules fines, des ondes-électromagnétiques ou pourquoi pas encore de la viande de cheval ou mouton qui outre le fait de ne pas être bovine serait contaminée* ». ⁴⁰⁶ Tout le problème de ces affaires, c'est qu'elles mettent clairement en exergue l'inadaptation des infractions issues du Code de la consommation ou du Code de la santé publique aux attentes répressives des victimes⁴⁰⁷, et plus largement du corps social, mais également celle des infractions de droit commun⁴⁰⁸, comme en témoigne l'affaire de l'hormone de croissance ou celle du sang contaminé par exemple. Parce que la protection de la santé des consommateurs n'intéresse plus seulement les consommateurs, mais plus largement la santé publique, ce n'est plus l'intérêt subjectif du consommateur ou du contractant qui se trouve protégé au premier plan de la majorité des incriminations, mais les intérêts des consommateurs envisagés directement comme une entité collective, ce qui explique que la jurisprudence n'ait pas hésité à considérer que l'action civile exercée par des associations de consommateurs était parfaitement recevable⁴⁰⁹ au motif que ces infractions lèsent les intérêts collectifs des

⁴⁰⁴ L'article L. 5439-1 CSP réprime ces faits de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende.

⁴⁰⁵ W. DAB, D. SALOMON, *Agir face aux risques sanitaires*, PUF, 2013.

⁴⁰⁶ F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des scandales sanitaires », *Dr. pén.* 2013, Étude 11.

⁴⁰⁷ Cela explique que les associations de consommateurs - comme les victimes et l'appareil judiciaire pénal lui-même - tentent de rechercher les responsabilités pénales, non pas sur le terrain du droit pénal de consommation ou de la santé publique, mais bien sur celui des infractions de droit commun. La démarche nous semble parfaitement légitime dès lors que les qualifications pénales offertes par le droit pénal de la consommation ou le droit pénal de la santé publique ne sont tout simplement pas appropriées lorsque la vie humaine est en jeu. Comme l'a fait observer un auteur, l'affaire du sang contaminé illustre parfaitement le décalage existant entre « *une affaire dominée par l'image de la mort* » et « *une incrimination écrite pour la vente de boîtes de conserve* » (J.-H. ROBERT, obs. sous TGI Paris, 23 oct. 1992 : *Dr. pén.* 1994, comm. 12). En effet, après avoir rejeté les qualifications d'empoisonnement et d'homicide non intentionnel, l'institution judiciaire a retenu un simple délit de tromperie en guise de qualification pénale. V° sur ce point : Cass. crim., 18 juin 2003 : *Bull. crim.* 2003, n° 127 ; D. 2004, II, 1620, note Rebut ; D. 2005, II, 195, note Prothais ; *JCP G.* 2003, II, 10121, note Rassat ; *RSC* 2003, 781, obs. Mayaud).

⁴⁰⁸ Not. : P. MISTRETTA, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP G.* 2011, 965. – V. MALABAT, J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. 2.

⁴⁰⁹ En ce sens not. : Cass. crim. 15 mai 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 178.

consommateurs que certaines associations se sont données pour mission de défendre. En habilitant des associations de consommateur à exercer les droits reconnus à la partie civile, le législateur ne prend pas seulement acte de ce que le trouble causé à l'ordre public peut être ressenti plus fortement par un groupe social, représenté par l'association, que par la collectivité dans son ensemble, représentée par le parquet.⁴¹⁰ À l'instar de l'intérêt subjectif qui voit sa protection renforcée par l'intervention de la norme pénale au soutien de certaines dispositions impératives de nature civile, les intérêts collectifs voient pareillement leur protection renforcée du fait de l'intervention de la loi pénale.

2) *La protection pénale de l'intérêt collectif des salariés*

92. – La protection pénale des intérêts subjectifs du salarié – Si les dispositions protectrices du Code du travail ont bien évidemment vocation à protéger l'ensemble des salariés, tout comme les dispositions protectrices du Code de la consommation ont vocation à protéger l'ensemble des consommateurs, cela ne signifie pas qu'elles défendent les intérêts collectifs de ces derniers. Les dispositions protectrices du droit du travail organisent la protection des droits *du* salarié ; droits dont il va pouvoir se prévaloir devant les juridictions prud'homales, civiles ou répressives en cas de conflit avec son employeur. Pour renforcer leur efficacité, le législateur a naturellement fait appel au droit répressif, et bien peu de titres du nouveau Code du travail résultant de la recodification opérée en 2008 échappent au chapitre - ou à la section - consacré aux « *dispositions pénales* », que ce soit dans la partie législative ou réglementaire de ce code. C'est ainsi qu'au-delà des incriminations intéressant le salarié bien sur, mais également l'intérêt général de manière prégnante - répression de la méconnaissance des règles relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes⁴¹¹, du harcèlement moral ou sexuel par exemple⁴¹² -, il est tout à fait possible de trouver un certain nombre d'incriminations ayant vocation à renforcer la protection des droits du salarié en encadrant pénalement les règles d'exécution du contrat de travail, sans que cela n'intéresse particulièrement *a priori* l'intérêt général. De nombreuses contraventions de la cinquième ou de la quatrième classe sanctionnent ainsi la violation des règles relatives à la protection de la grossesse et de la maternité, au congé paternité, au congé d'adoption, au congé parental et au passage à temps partiel pour l'éducation d'un enfant, à la démission pour élever un

⁴¹⁰ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*

⁴¹¹ L. 1146-1 C. trav.

⁴¹² Art. L. 1152-1 à L. 1152-6 du Code du travail pour le harcèlement moral. Art. L. 1153-1 à L.1153-6 dudit Code pour le harcèlement sexuel. V° not. : P. ADAM « Une lecture de l'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail », *RDT* 2010, 428. – S. BRISSY, « Le droit et la violence au travail », *ibid.* 2010, 499.

enfant⁴¹³, ou encore à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal ainsi qu'à l'allaitement.⁴¹⁴ D'autres incriminent le fait de méconnaître les dispositions des articles L. 1233-5 à L. 1233-7 du Code du travail relatifs aux critères d'ordre des licenciements⁴¹⁵, de ne pas délivrer au salarié un certificat de travail⁴¹⁶, etc. D'autres manquements font l'objet d'une qualification délictuelle, ce qui est le cas, par exemple, de la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée (C.D.D) ayant pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise⁴¹⁷; de celle d'un C.D.D ne comportant pas un terme fixé avec précision dès sa conclusion⁴¹⁸; ou encore le fait de méconnaître les dispositions relatives aux conditions d'exercice de l'activité de travail temporaire.⁴¹⁹ Au travers de ces quelques exemples, qui témoignent du rôle prégnant du droit pénal dans le droit du travail⁴²⁰, il peut être observé que ce sont bien les droits subjectifs du salarié qui se trouvent pénalement protégés au premier plan par la norme répressive, pas les intérêts collectifs des salariés, ni l'intérêt général. Pourtant, la Cour de cassation a considéré dès 1913, qu'à compter de l'instant où il est porté atteinte aux intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent, les syndicats professionnels peuvent se constituer partie civile.⁴²¹

93. – La protection pénale de l'intérêt collectif de la profession – La légitimité de l'action syndicale a été très discutée en doctrine, pourtant « *la défense de l'intérêt collectif de la profession n'est en rien abstraite ou inutile, dès lors que derrière elle, il y a toujours des hommes et des femmes [des salariés] qui sont [...] menacés par la répétition de [l'infraction]* ». ⁴²² La notion d'« intérêt collectif de la profession » étant insaisissable ⁴²³, voir extrêmement floue ⁴²⁴, et la loi n'en donnant aucune définition, il est

⁴¹³ Art. R. 1227-5 C. trav.

⁴¹⁴ Art. R. 1227-6 C. trav.

⁴¹⁵ Art. R. 1238-1 C. trav.

⁴¹⁶ Art. R. 1238-3 C. trav.

⁴¹⁷ Art. L. 1248-1 C. trav.

⁴¹⁸ Art. L. 1248-4 C. trav.

⁴¹⁹ Art. L. 1254-1 C. trav.

⁴²⁰ E. FORTIS, M. SEGONDS, « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », *RDT* 2012, 402.

⁴²¹ Cass. ch. réunies, 5 avr. 1913 : *S.* 1920, 1, 49. – Cass. crim., 22 oct. 1985 : *Bull. crim.*, n° 270. V° not. : H. DUPEYRON, « L'action collective », *D.* 1952, I, 153. – R. MARTIN, J. MARTIN, « L'action collective », *JCP* 1984, I, 3162. – P. DURAND, « Défense de l'action syndicale », *D.* 1960, I, 21. Plus largement : P. CANIN, « Action civile collective et spécialité des personnes morales », *RSC* 1995, 751. Cette solution se trouve consacrée par l'article L. 2132-3 du Code du travail, en vertu duquel « *les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ».

⁴²² L. BORÉ, « Action civile des groupements », in *Action publique et action civile, Juris-classeur procédure pénale*, art. 2 à 3, fasc. 40, 2005, n°18.

⁴²³ J.-M. VERDIER, note sous Cass. crim., 7 oct. 1959 : *D.* 1960, II, 224.

⁴²⁴ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 5^e éd., coll. Manuel, Litec, 2012, n° 225.

naturellement revenu à la jurisprudence le soin de le faire. Dans un arrêt bien connu du 16 février 1999, la chambre criminelle a ainsi considéré « *qu'un syndicat est recevable à intervenir dans une instance lorsque celle-ci soulève une question de principe dont la solution, susceptible d'avoir des conséquences pour l'ensemble de ses adhérents, est de nature à porter un préjudice, même indirect, à l'intérêt collectif de la profession* ». ⁴²⁵

L'intérêt collectif de la profession étant un intérêt qui doit exister à l'égard de tous les membres de la profession, celui-ci ne se confond donc, ni avec l'intérêt individuel du salarié victime, ni avec l'intérêt général, ce qui en fait un intérêt médian collectivement partagé par l'ensemble des membres de la profession. C'est ainsi que la jurisprudence a pu considérer que, au-delà des infractions spécifiques au droit du travail - telles que le délit de violation de l'obligation du repos hebdomadaire ⁴²⁶, de travail dissimulé ⁴²⁷, de harcèlement moral ⁴²⁸, de licenciement motivé par l'appartenance syndicale du salarié ⁴²⁹, de violation du secret professionnel par l'employeur commise lors du contrôle des arrêts maladie de ses employés ⁴³⁰, ou encore des infractions d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise ou aux fonctions de délégués du personnel ⁴³¹ -, celles d'homicide involontaire ⁴³² et de blessures involontaires ⁴³³, ou plus récemment de prises illégales d'intérêts ⁴³⁴, étaient susceptibles de porter atteintes à l'intérêt collectif de la profession dès lors qu'il est possible de déduire des circonstances de leur commission que celles-ci lèsent, au-delà de l'intérêt individuel de la victime directe, l'intérêt collectif de la profession. Sur ce point, il doit être observé que l'atteinte aux intérêts collectifs de la profession relève d'une appréciation casuistique du juge, et même si la tendance de ces dernières années est plutôt libérale ⁴³⁵, certaines décisions n'hésitent pas à rejeter l'action syndicale, comme en témoignent celles jugeant irrecevable l'action civile du syndicat dans des poursuites engagées du chef de délit de harcèlement sexuel. ⁴³⁶ L'analyse des décisions rendues ces dernières années par la chambre sociale de la Cour de cassation fait apparaître au contraire que cette dernière a tendance à borner l'action syndicale toutes les fois que ce droit « *double celui d'autres acteurs sociaux pour la défense d'intérêts qui leur*

⁴²⁵ Cass. crim., 16 févr. 1999 : *Bull. crim.*, n° 18.

⁴²⁶ Cass. ass. plén., 7 mai 1993 : *Bull. ass. plén.* 1993, n° 10 ; *JCP E.* 1993, II, 470, note Savatier. – Cass. crim., 29 oct. 1996 : *Bull. crim.*, n° 375.

⁴²⁷ Cass. crim., 6 déc. 2011 : *Bull. inf. C. Cass.* 2012, n° 473 ; *D.* 2012, 104, obs Bombléd.

⁴²⁸ Cass. crim., 5 févr. 2013 : *Dr. pén.* 2013, comm. 81, note Maron & Haas.

⁴²⁹ Cass. crim. 29 oct. 1996 : *Bull. crim.*, n° 379.

⁴³⁰ Cass. crim. 27 mai 1999 : *Bull. crim.*, n° 109 ; *Procédures* 1999, comm. 235, obs. Buisson.

⁴³¹ Cass. crim. 29 mars 1973 : *Bull. crim.*, n° 162.

⁴³² Not. : Cass. crim., 23 nov. 1982 : *Bull. crim.* 1982, n° 264.

⁴³³ Cass. crim., 11 oct. 2005 : *Bull. crim.*, n° 254

⁴³⁴ Cass. crim., 27 juin 2012 : *Bull. crim.*, n° 160.

⁴³⁵ C'est ainsi que des syndicats ont été jugés recevables à agir contre une infraction d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (Cass. crim., 27 nov. 1996 : *Bull. crim.*, n° 431).

⁴³⁶ Cass. crim., 23 janv. 2002 : *Bull. crim.*, n° 12.

sont propres». ⁴³⁷ Ces restrictions jurisprudentielles traduisent, en raison de l'imprécision de la notion d'intérêt collectif de la profession, le souci « *de ne pas ouvrir aux syndicats une action de substitution hors des cas limités où celle-ci est prévue par une disposition légale* ». ⁴³⁸

94. – En conclusion – Si l'intervention du droit pénal au soutien des dispositions impératives constituant l'ordre public de protection le conduit indubitablement à renforcer la protection pénale dont bénéficie, à titre individuel, chaque consommateur ou chaque salarié par exemple, elle le conduit également à intégrer dans l'ordre des valeurs pénalement protégées des intérêts collectifs qui n'apparaissent pourtant pas, de prime abord, dans le champ de protection du texte d'incrimination. C'est dans la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile devant les juridictions répressives, que le législateur octroie à des associations ou des syndicats, en cas d'infraction portant atteinte à l'intérêt collectif que ces groupements défendent - lequel doit être entendu comme le but commun poursuivi par l'ensemble de leurs adhérents dans la défense des intérêts d'un groupe de personnes dépassant le groupement et figurant dans l'objet statutaire de ce dernier - que celui-ci intègre dans l'ordre des valeurs pénalement protégées des intérêts collectifs privés. L'extension du champ d'application de nombreuses incriminations à la protection d'intérêts collectifs illustre l'importance du phénomène de privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale qui ne se limite pas à la seule réévaluation des intérêts privés individuels.

95. – Conclusion du paragraphe 1 – En suppléant les dispositions impératives de nature civile soutenant l'ordre public économique ou l'ordre public de protection, le droit pénal ne renforce pas seulement le niveau de protection des intérêts individuels ; il renforce également celui des intérêts collectifs appartenant à des groupes d'individus envisagé comme des entités collectives. Si la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale résulte de l'intégration de ces intérêts collectifs dans l'ordre des valeurs pénalement protégées, encore faut-il observer que le phénomène ne relève pas d'un mouvement unitaire dès lors que la protection pénale de certains intérêts collectifs est, tantôt directe - ce qui est le cas lorsque l'incrimination protège l'intérêt collectif des associés, actionnaires et créanciers des sociétés en défendant le patrimoine social de ces dernières par exemple - tantôt indirecte - ce qui est le cas lorsque le législateur autorise un groupement de droit privé à se constituer partie civile devant la juridiction répressive en vue de

⁴³⁷ V° not. : Cass. soc., 11 sept. 2012 : *SJ S.* 2012, 1521, note loiseau. – CA Lyon, 14 mai 2013 : *SJ G.* 2013, 782, obs. Bazovet).

⁴³⁸ G. LOISEAU, « Limites à l'action syndicale de substitution », note sous Cass. soc., 11 sept. 2012, *SJ S.* 2012, 1521.

faire sanctionner la lésion de l'intérêt collectif d'un groupe de personnes dépassant le groupement, et figurant dans l'objet statutaire de ce dernier. Dans ce dernier cas, le législateur élève, par une disposition de procédure pénale, le champ de protection d'un texte d'incrimination du plan individuel au plan collectif. Dans les deux cas, l'intégration d'intérêts collectifs dans le champ d'une incrimination pénale témoigne de la privatisation de son objet, et par voie de conséquence, de la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale.

§.2 UNE CONSÉQUENCE DE LA MULTIPLICATION DES TEXTES D'HABILITATION

96. – L'extension des prérogatives pénales des associations – La multiplication des textes d'habilitation permettant aux associations ou aux syndicats d'exercer les droits reconnus à la partie civile témoigne de l'accroissement de leurs prérogatives pénales, ceux-ci étant invité par le législateur à se comporter comme de véritables « procureurs privés ». Le droit de mettre en mouvement l'action publique étant, *a priori*, réservé à la victime pénale de l'infraction, il faut donc déduire que les titulaires d'une telle prérogative, mais aussi ceux qui se voient reconnaître la possibilité de corroborer l'action publique, souffrent directement et personnellement d'un préjudice collectif résultant de la lésion d'un intérêt collectif protégé par le texte d'incrimination violé. De fait, ce n'est pas l'examen des textes d'incrimination qui nous permet d'affirmer que l'ordre des priorités de la protection pénale intègre désormais des intérêts collectifs, mais bien les textes d'habilitation contenus dans le Code de procédure pénale **(A)** ou hors de ce dernier **(B)**.

A – LES INTÉRÊTS COLLECTIFS PÉNALEMENT PROTÉGÉS PAR DES TEXTES D'HABILITATION SITUÉS DANS LE CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

97. – Une protection pénale indirecte – À compter de l'instant où aucun texte d'incrimination ne vient spécifiquement protéger l'intérêt collectif de tel ou tel groupe social, la protection pénale de ce dernier ne peut être qu'indirecte dès lors qu'elle résulte de dispositions de procédure pénale. Tout le problème de cette façon de procéder réside assurément dans la difficulté dans laquelle le juge se trouve, au regard de l'imprécision de ces derniers, pour déterminer, avec précision, l'identité des entités collectives auxquelles le champ de protection de tel ou tel texte d'incrimination se trouve étendu **(1)**, ainsi que celle des intérêts collectifs bénéficiant de la protection de la loi pénale **(2)**, dès lors que ces deux éléments déterminent la recevabilité de l'action civile des associations agissant sur le fondement de ces habilitations législatives.

1) *L'identification des entités collectives bénéficiant de la protection de la loi pénale*

98. – **L'identité de l'entité collective recherchée dans le texte d'habilitation** – Les notions de dommage direct et de dommage personnel régissant en principe l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, en vertu duquel « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* », seule les personnes subissant personnellement un dommage causé directement par l'infraction sont habilités à se constituer partie civile.⁴³⁹ Pourtant, et probablement parce qu'il considère les associations comme de « *véritables collaborateurs du ministère public* »⁴⁴⁰, le législateur n'a eu de cesse de multiplier les habilitations législatives par lesquelles il reconnaît à certaines d'entre elles la faculté de se constituer partie civile en présence d'une infraction lésant l'intérêt collectif qu'elles se sont données pour mission de défendre.⁴⁴¹ Si ces associations disposent de la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas d'infractions à l'intérêt qu'elles ont pour mission de défendre, c'est bien que le législateur admet qu'elles subissent un dommage direct et personnel, distinct du dommage individuel résultant de la lésion de l'intérêt subjectif dont la victime particulière est titulaire comme du dommage social résultant de la lésion de l'intérêt général. Si les textes d'habilitation visent l'intérêt collectif défendu par ces associations, s'ils identifient les infractions ou les faits pour lesquels elles peuvent effectivement se constituer partie civile devant les juridictions répressives, force est d'admettre que ceux-ci ne donnent aucune indication sur l'identité de l'entité collective dont les intérêts se trouvent ainsi défendus par la norme pénale. Or, la détermination de l'identité de l'entité collective revêt une grande importance dans la mesure où elle conditionne la recevabilité de l'action civile. Si celle-ci défend l'intérêt collectif de ses

⁴³⁹ Sur l'admission du dommage indirect, V° : Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature d'une institution*, op. cit., n°123.

⁴⁴⁰ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, coll. Corpus droit privé, Économica, 2009, n° 1399. V° not. : J. LARGUIER, « L'action publique menacée. À propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives », *D.* 1958, I, 29. – J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* ; X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.* – P.-O. SUR, « L'action pénale des associations de défense de victimes 1901-2001 », *ibid.*

⁴⁴¹ Cette politique législative favorable au droit d'action des associations devant les juridictions répressives a trouvé écho en jurisprudence, les juges n'hésitant pas à admettre comme recevable l'action civile de certaines associations ne bénéficiant pourtant pas d'une habilitation législative. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré comme recevable la constitution de partie civile d'une association de résistants, non habilitée, dont l'objet était de « *perpétuer le souvenir des déportés morts pour la liberté dans les camps de concentration nazis* » en motivant sa décision par le fait que « *la recevabilité de l'intervention de l'association découlaît de la spécificité du but et de l'objet de sa mission* » (Cass. crim., 14 janv. 1971 : *Bull. crim.* 1971, n°14). Plus récemment, le doyen des juges d'instruction a admis la plainte avec constitution de partie civile de l'association Transparence Internationale France contre plusieurs dirigeants d'États africains des chefs de recel de détournements de fonds publics, alors même que cette dernière ne bénéficiait d'aucune habilitation législative (TGI Paris ord., 5 mai 2009). V° not. : C. CUTAJAR, « L'affaire des « biens mal acquis » ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *SJ G.* 2009, Act. 277.

membres, son action ne concurrence nullement celle de la victime particulière de l'infraction dans la mesure où l'intérêt qu'elle défend est complètement distinct de ce dernier. Si celle-ci défend l'intérêt collectif d'un groupe d'individus dépassant l'association, son action concurrence *ipso facto* celle de la victime directe puisque l'intérêt collectif ici défendu englobe nécessairement l'intérêt individuel de cette dernière. De nombreux textes d'habilitation subordonnant l'action civile collective de l'association à l'autorisation de la victime particulière ou du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal lorsque celle-ci est mineure⁴⁴², l'on pourrait aisément déduire de ces dispositions que l'entité collective dont les intérêts se trouvent pénalement protégés est un groupe d'individus dépassant l'association, partageant avec la victime directe une condition ou une situation commune qui fait que la lésion de l'intérêt subjectif emporte *ipso facto* celle de leur intérêt collectif. Toutefois, ce raisonnement n'emporte pas la conviction dans la mesure où certains textes d'habilitation autorisent l'association à agir sans avoir reçu l'accord de la victime directe, mais à la condition toutefois que l'action publique ait été mise en mouvement par le parquet ou la partie lésée⁴⁴³, et d'autres, faute de précision, ne semblent exiger aucune des deux conditions précitées. De fait, l'hypothèse selon laquelle l'entité collective dont les intérêts protégés par la loi pénale *via* le texte d'habilitation serait un groupe d'individus dépassant l'association se trouve mise à mal, et met en exergue que les textes d'habilitation, en eux-mêmes, ne permettent pas *a priori* d'identifier avec certitude l'entité collective dont les intérêts sont pénalement protégés, celle-ci apparaissant tantôt comme un groupe d'individus dépassant l'association, tantôt comme les membres de cette dernière.

99. – L'identification de l'entité collective au travers de la cause défendue par l'association habilitée – Aucun des textes d'habilitation contenus dans le Code de procédure pénale ne fait référence aux « intérêts collectifs » de tel ou tel groupe ou catégorie d'individus que l'une quelconque des associations visées par les articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale auraient pour objet statutaire de défendre devant les juridictions répressives, mais plutôt à des causes constituant un ersatz de l'intérêt général. Partant de l'analyse de la cause défendue par ces associations, au nom et dans l'intérêt d'une entité collective, faut-il considérer qu'en se proposant, par exemple, « de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse »⁴⁴⁴, les associations luttant contre le racisme défendent

⁴⁴² V° not : Art. 2-1 ; 2-2 ; 2-6 ; 2-8 ; 2-10 ; 2-12 ; 2-17 ; 2-18 ; 2-19 ; 2-20 C. proc. pén.

⁴⁴³ V° not. : Art. 2-9 ; 2-15 ; 2-16 C. proc. pén.

⁴⁴⁴ Art. 2-1 C. proc. pén. Ce terme devrait être amené à disparaître au regard de l'adoption en première lecture de la proposition de loi n°139 *tendant à la suppression du mot « race » de notre législation* par l'Assemblée nationale. V° sur ce point : P. MBONGO, « Un antiracisme scripturaire : la suppression du mot « race » de la législation », *D.* 2013, I, 1288.

l'intérêt collectif d'un groupe de personnes les dépassant, et qui du fait de leurs origines ethniques ou raciales par exemple sont susceptibles d'être victimes des infractions visées par le texte d'habilitation, ou l'intérêt collectif de leurs membres qui, suite à des « *prises de consciences collectives* » se sont groupés « *pour lutter contre [de tels maux]* » ?⁴⁴⁵ Faut-il considérer pareillement qu'en se proposant « *de combattre les discriminations fondées sur le sexe, sur les mœurs ou sur l'orientation ou l'identité sexuelle* »⁴⁴⁶, les associations luttant contre l'homophobie défendent *ipso facto* l'intérêt collectif d'un groupe de personnes les dépassant, et qui du fait de leur orientation sexuelle, sont susceptibles d'être victimes des infractions visées par le texte d'habilitation, ou l'intérêt collectif de leurs membres ? Les associations habilitées par les articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale protègent-elles l'intérêt collectif de groupes sociaux composés d'individus partageant une condition ou une situation commune, et dont les intérêts se trouvent protégés par le texte d'incrimination à titre individuel ? Dans ce cas de figure, l'association habilitée par le législateur à exercer les droits reconnus à la partie civile devant la juridiction pénale ne serait rien d'autre qu'un « procureur privé » représentant les intérêts d'un groupe social défini par ses caractéristiques raciales, ses croyances religieuses, l'orientation sexuelle de ses membres, *etc.* Une telle conception de l'entité collective au nom de laquelle l'association est habilitée à exercer les droits de la partie civile devant les juridictions répressives n'est pas concevable et se révélerait même extrêmement dangereuse en ce qu'elle traduirait un éclatement du corps social en une multitude de communautés défendant leurs propres intérêts devant les juridictions pénales. Ce n'est ni plus ni moins que la liquéfaction de l'intérêt général que ces textes d'habilitation mettrait alors en exergue. Si cette conception est bien celle qui est mise parfois en avant dans le discours médiatique ou doctrinal, c'est parce que l'identité de l'entité collective dont les intérêts se trouvent défendus ne peut être découverte au travers de l'analyse de la cause défendue, mais au travers de l'identité préalable des intérêts collectifs pris en compte par le législateur.

2) *L'identification des intérêts collectifs protégés par la loi pénale*

100. – La thèse de l'élévation des intérêts subjectifs au plan collectif – Nous pouvons constater que la majeure partie des incriminations protégeant la personne humaine ou son patrimoine défendent au premier plan les intérêts subjectifs des particuliers, de sorte qu'en les visant au sein des textes d'habilitation, l'on pourrait penser que le législateur procède à une collectivisation des intérêts subjectifs pénalement protégés par ces dernières. Dans cette

⁴⁴⁵ C. ROCA, *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 115, « Droit à réparation, Droit à réparation, divers dommages réparables : dommages à un groupement », n° 4.

⁴⁴⁶ Art. 2-6 C. proc. pén.

hypothèse, l'infraction ne lèserait plus seulement un intérêt subjectif causant un dommage individuel à la victime directe, mais simultanément un intérêt collectif causant un dommage collectif à l'ensemble des personnes partageant avec la victime une condition ou une situation commune. Ainsi, en se proposant de lutter contre le racisme, l'homophobie, les discriminations fondées sur le sexe ou l'origine raciale ou ethniques, les atteintes à l'honneur des résistants et déportés, les associations, dont tel est l'objet statutaire, ne défendraient pas seulement une cause, mais l'intérêt collectif de toutes les personnes qui, du fait de leur sexe ou leur orientation sexuelle, de leurs origines raciales ou ethniques, *etc.*, se trouveraient collectivement lésés en présence d'actes à caractère raciste, homophobe, discriminatoire, *etc.* De ce point de vue, les intérêts collectifs protégés *via* les habilitations contenues au sein des articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale constitueraient un agrégat d'intérêts individuels dont la protection devrait incomber au ministère public. Aussi séduisante que puisse être cette analyse, elle doit être rejetée dans la mesure où les associations habilitées au sein des articles 2-1 et suivants n'ont pas pour objet social la défense des intérêts collectifs de tel ou tel catégorie ou groupe d'individus composant le corps social, mais la défense d'une cause figurant dans l'objet social de l'association, et qui constitue l'intérêt collectif de ses membres.

101. – La défense de l'objet social de l'association – La recevabilité de l'action civile collective des associations peut se fonder, non pas sur la défense de la somme des intérêts individuels d'un groupe d'individus dépassant l'association, mais simplement la défense de l'intérêt collectif de leurs membres qui ont manifesté, par leur adhésion, le fait qu'ils étaient personnellement attachés à la défense de la cause figurant dans l'objet social de cette dernière. De ce point de vue, la cause figurant dans l'objet statutaire de l'association constitue l'intérêt collectif de l'ensemble de ses adhérents. De fait, l'intérêt collectif défendu par les associations habilitées aux articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale ne constituent certainement pas un agrégat d'intérêts individuels concurrençant l'intérêt général. Pour autant, l'analyse démontre que cet intérêt constitue néanmoins un sous-produit de l'intérêt général dans la mesure où sa protection pénale se justifie parce qu'il apparaît, du point de vue la société, comme une valeur sociale. Les textes d'habilitation contenus aux articles 2-1 et suivants n'expriment donc pas une liquéfaction de l'intérêt général au profit d'intérêts privés, mais au contraire le renforcement de sa défense par l'intervention en ce sens d'acteurs issus de la société civile regroupés en association. Ces derniers ne prétendent pas défendre l'intérêt général, mais épaulent le ministère public dans sa mission en se substituant à ce dernier, ou en corroborant l'action publique, selon le souhait du législateur en se donnant pour mission de défendre une ou plusieurs valeurs sociales par divers moyens, dont

l'action en justice, afin de pallier les carences de l'État en la matière, pour des raisons qui leur sont tout à la fois personnelles et altruistes. Tel est bien le cas nous semble-t-il des dispositions de l'article 2-13 du Code de procédure pénale qui permet aux associations dont l'objet statutaire est la défense et la protection des animaux, de pouvoir exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions réprimant les sévices graves, les actes de cruauté, les mauvais traitements envers les animaux, ainsi que les atteintes volontaires à la vie d'un animal prévues dans le Code pénal. Tel est le cas encore de l'article 2-14 du Code de procédure pénale qui habilite par exemple les associations existant depuis deux années, et agréées dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, dès lors qu'elles ont pour objet la défense de la langue française, à exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions que la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française⁴⁴⁷, mais également de l'article 2-21 du même Code qui prévoit que toute association agréée, déclarée depuis au moins trois ans, ayant pour but l'étude et la protection du patrimoine archéologique, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits réprimés par l'article 322-3-1 du Code pénal et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet de défendre. En délivrant ces habilitations, le législateur admet que la lésion de certains intérêts soit ressentie plus fortement par un groupe social, représenté par l'association, que par la collectivité dans son ensemble, représentée par le parquet, et délègue donc partiellement leur défense des associations dont c'est précisément l'objet social. De la même manière, l'on aurait pu penser que la répression des actes racistes, homophobes, de violences sexuelles, portant atteintes aux intérêts moraux ou à l'honneur de la Résistance ou des déportés, de délinquance routière, relevaient, au-delà de l'intérêt subjectif de la victime particulière, de la seule défense de l'intérêt général. Pourtant ici aussi, le législateur ayant délivré des habilitations permettant à des associations de droit privé d'agir en justice en vue de défendre l'intérêt collectif de ses membres lésé par l'infraction, il faut en déduire que tel n'est pas le cas. L'intérêt collectif défendu par ces associations s'impose comme un intérêt médian qui, sans se confondre avec l'intérêt individuel ou l'intérêt général, n'en constitue pas moins un sous-produit de ce dernier. S'il ne se confond pas avec eux, c'est tout simplement parce que ce n'est pas la lésion de l'intérêt individuel ou de l'intérêt général qui légitime l'action civile collective des associations sur le fondement des articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, mais bien celle d'un intérêt privé appartenant collectivement aux membres de cette dernière et figurant dans son objet social, de sorte qu'en se constituant partie civile, elles ne font que défendre leur objet social.

⁴⁴⁷ JORF du 5 août 1994, 11392.

102. – En conclusion – Dès lors que l'on admet que c'est la lésion de l'intérêt collectif constituant l'objet social de l'association qui légitime l'action civile collective que ces dernières peuvent exercer devant les juridictions répressives, il faut en déduire que ce n'est ni plus ni moins que cet intérêt collectif qui se trouve indirectement protégé par la loi pénale. Le contenu des articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale met ainsi en exergue que, si le droit répressif a vocation à des défendre des intérêts collectifs, il ne s'agit nullement ici de la somme d'intérêts particuliers, mais bien de l'intérêt collectif qu'un groupe social, regroupé en association, s'est donné mission de défendre en l'inscrivant dans l'objet social de cette dernière. Bien que médian, il n'en demeure pas moins vrai que l'intérêt collectif pénalement protégé par l'effet du texte d'habilitation apparaît comme un sous-produit de l'intérêt général, et érige l'association qui le défend en une sorte de « sous-procureur » ou de « collaborateur du parquet », dès lors que l'intérêt collectif défendu n'est rien d'autre que la défense d'une cause ayant la nature d'une valeur sociale. Cette évolution traduit à l'évidence une volonté de certains individus de suppléer l'action du parquet dans la défense de certaines valeurs sociales pour des raisons à la fois personnelles et altruistes.

B – LES INTÉRÊTS COLLECTIFS PÉNALEMENT PROTÉGÉS PAR DES TEXTES D'HABILITATION SITUÉS HORS DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

103. – La multiplication des habilitations législatives hors du Code de procédure pénale. – Le Code de procédure pénale ne contient qu'une infime partie des habilitations délivrées par le législateur en vue de permettre aux associations d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives, de sorte que de nombreux textes d'habilitation se situent hors de ce dernier. À l'instar de ce qui pu être observé précédemment, la protection pénale des intérêts collectifs est, en règle générale, indirecte puisque résultant le plus souvent de dispositions de procédure pénale. La difficulté dans laquelle le juge se trouve pour déterminer, avec précision, l'identité des entités collectives auxquelles le champ de protection de tel ou tel texte d'incrimination se trouve étendu **(1)**, mais également celle des intérêts collectifs bénéficiant de la protection de la loi pénale **(2)**, se trouve toutefois accrue ici par rapport à la situation rencontrée concernant les habilitations contenues dans le Code de procédure pénale au regard de la diversité des entités et des intérêts collectifs pénalement protégés.

1) *L'identification des entités collectives bénéficiant de la protection de la loi pénale*

104. – Les conséquences néfastes de la prolifération des textes d'habilitation hors du Code de procédure pénale – Parce que le droit répressif vient au soutien des autres branches du droit privé, et parfois dans des contentieux extrêmement techniques pour lesquels les magistrats du parquet ne sont pas toujours très bien armés au regard de la complexité des dossiers et du peu de moyens humains comme matériels dont ils disposent, le législateur n'a pas hésité à octroyer à certaines associations la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile - dont celui de mettre en mouvement l'action publique - en vue de défendre les intérêts collectifs inscrits dans leur objet statutaire. C'est ainsi que nous avons pu observer, par exemple, que l'article L. 421-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation autorise « *les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs, et agréées à cette fin, d'exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ». Pareillement, le Code de la santé publique habilite les associations de lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme à exercer les droits reconnus à la partie civile pour ce type d'infractions, ainsi que associations de consommateurs ou celles visées au Code de l'action sociale et des familles, mais aussi « *toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'interruption de grossesse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par l'article L. 2223-1 lorsque les faits ont été commis en vue d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L. 2212-3 à L. 2212-8* ». ⁴⁴⁸ Il peut être noté que l'article L. 211-3 du Code de l'action sociale et des familles autorise l'union nationale et les unions départementales des associations familiales à exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles ⁴⁴⁹, y compris pour les infractions prévues par l'article 227-24 du Code pénal ⁴⁵⁰ ; que l'article L. 142-2 du Code de l'environnement permet, notamment, aux associations agréées d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne « *les faits*

⁴⁴⁸ Ce texte a été appliqué à l'association départementale du mouvement français pour le planning familial, au motif qu'elle a un objet statutaire qui comprend nécessairement, depuis au moins cinq ans avant les faits, le but assigné par l'article L. 2223-1 du Code de la santé publique (Cass. crim., 27 nov. 1996 : *Bull. crim.*, n° 431) ou à l'union des femmes françaises qui défend les droits et la dignité de la femme (Cass. crim., 5 mai 1997 : *JCP G.* 1997, IV, 1425).

⁴⁴⁹ Ainsi, sur le fondement de ce texte, la jurisprudence a considéré qu'une union départementale ou nationale d'associations familiales peut agir en cas d'accident mortel dû à une fraude sur le lait (Cass. crim., 20 déc. 1951 : *Gaz. Pal.* 1952, 1, 92) ou contre une publicité trompeuse pour une marque de biscuits (Cass. crim., 3 sept. 1992 : *Bull. crim.* 1992, n° 281).

⁴⁵⁰ Ce texte incrimine « *le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ».

portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application»⁴⁵¹ ; que l'article L. 421-6 du même Code régit la constitution de partie civile des fédérations départementales de chasseurs en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions légales relatives à la chasse et des textes pris pour leur application et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs, matériels et moraux qu'elles ont pour objet de défendre⁴⁵² ; que les articles L. 452-1 à L. 452-4 du Code monétaire et financier réglementent l'action civile des associations des consommateurs ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en valeur mobilière ou en produits financiers relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou seulement à l'intérêt particulier de certains d'entre eux. Par ailleurs, il doit être rappelé que certains textes d'habilitation se situent même dans des textes législatifs non codifiés. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁴⁵³ qui permet à toute association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant, par ses statuts, de défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants, de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 24 (dernier alinéa), 32 (alinéa 2) et 33 (alinéa 3), de la présente loi, ainsi que les délits de provocation prévus par le 1^o de l'article 24, lorsque la provocation concerne des crimes ou délits commis avec la circonstance aggravante prévue par l'article 132-76 du code pénal. Loin d'être exhaustive, cette

⁴⁵¹ Pour une application récente de ce texte dans l'affaire *Erika*, V^o : Cass. crim., 25 sept. 2012 : D. 2012, II 2711, note Delebecque ; *Rev. sociétés* 2013, 110, note Robert ; *RTD Civ.* 2013, 119, obs. Jourdain. V^o not. : L. NEYRET, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », D. 2008, I, 170.

⁴⁵² Il peut être observé que, antérieurement à la réforme opérée par la loi n^o 2000-698 du 26 juillet 2000 relative à la chasse (JORF du), la jurisprudence consacrait déjà l'action civile de ces fédérations. La Cour de cassation considérait en effet que les fédérations départementales de chasseurs, qui ont légalement pour mission la répression du braconnage, la constitution et l'aménagement des réserves de chasse, la protection et la reproduction du gibier, étaient recevables à se constituer partie civile en réparation du préjudice direct et personnel découlant des infractions de chasse en temps prohibé et en contravention aux prescriptions d'un plan de chasse du grand gibier (Cass. crim., 27 févr. 1992 : *Bull. crim.*, n^o 91). En revanche, si la deuxième chambre civile de la Cour de cassation considérait qu'une fédération de chasse pouvait agir à l'occasion de la poursuite de l'auteur d'une infraction de chasse de nuit à l'aide d'un véhicule (Cass. civ. 2^e, 2 févr. 1994 : *Bull. civ.*, II, n^o 43) alors que la chambre criminelle déclarait une telle fédération irrecevable à l'occasion de la poursuite d'une infraction de chasse avec des engins prohibés au motif que le préjudice invoqué n'était ni personnel, ni distinct de celui éprouvé par la collectivité (Cass. crim. 8 févr. 1995 : *Bull. crim.*, n^o 56 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 269, note Robert).

⁴⁵³ JORF du 30 juill. 1881, 4201.

liste ne tend qu'à donner un petit aperçu de l'ampleur des dispositions de procédure pénale se situant hors du Code de procédure pénale par lesquelles le législateur habilite certaines associations en vue de leur permettre d'exercer les droits reconnus à la partie civile devant la juridiction pénale en cas d'acte infractionnel lésant l'intérêt collectif qu'elles défendent. Toute la difficulté ici tient dans le fait que, si certains textes d'habilitation permettent d'identifier avec précision l'entité collective dont les intérêts sont pénalement protégés, tel n'est pas le cas d'autres textes pour lesquels il convient de procéder à une analyse nettement plus technique de la disposition envisagée.

105. – L'identification de l'entité collective pénalement protégée au travers de la cause défendue par l'association habilitée – Contrairement aux textes d'habilitation contenus dans le Code de procédure pénale, ceux qui se situent hors de ce dernier font, pour certains, explicitement référence aux intérêts collectifs de tel ou tel groupe ou catégorie d'individus que l'association auraient pour objet statutaire de défendre devant les juridictions répressives, de sorte que l'identification de l'entité collective dont les intérêts sont protégés par le droit pénal ne soulève ici aucune difficulté. Lorsque l'article L. 421-1 du Code de la consommation permet aux associations régulièrement déclarées « *ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs* » d'exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant « *un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* », ou encore lorsque l'article L. 2132-3 du Code du travail prévoit que les syndicats ont le droit d'agir en justice devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile « *concernant les faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* », il ne fait aucune doute que l'entité collective représentée par l'association ne se limite pas à ses seuls membres, mais qu'elle est précisément constituée d'un groupe d'individus dépassant cette dernière, et partageant une condition ou une situation commune. La solution est logique dans la mesure où les dispositions pénales considérées ne protègent pas prioritairement l'intérêt général, mais viennent au soutien de dispositions impératives de nature civile ayant vocation à régir l'ordre public de protection, de sorte qu'elles renforcent la protection légale dévolue à certains intérêts individuels et collectifs. Dans d'autres hypothèses, l'identité de l'entité collective dont les intérêts sont pénalement protégés par l'habilitation législative n'apparaît pas aussi nettement. Tel est le cas lorsque le texte d'habilitation vise, à l'instar des articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, une cause, et non plus les intérêts collectifs d'un groupe d'individus envisagés en tant qu'entité collective. Il en est ainsi par exemple dans le Code de la santé publique lorsque ce dernier autorise, au sein de l'article L. 3512-1 « *les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre le tabagisme, régulièrement*

déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions aux dispositions du présent titre »⁴⁵⁴, ou encore lorsqu'il habilite « les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre l'alcoolisme, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions »⁴⁵⁵ prévues au titre V du livre III de la troisième partie de ce dernier. À l'instar du raisonnement tenu à propos des habilitations contenues au sein des articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, nous ferons observer que, si ces associations sont habilitées à exercer les droits de la partie civile, c'est qu'elles subissent directement et personnellement un préjudice du fait de la lésion de l'intérêt figurant dans leur objet statutaire, lequel constitue l'intérêt collectif de ses membres. Mais, dans le même temps, le législateur brouille l'intelligibilité du système en permettant aux « associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 du Code de la consommation ainsi que les associations familiales mentionnées aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du Code de l'action sociale et des familles » pour certaines infractions spécifiques d'exercer les mêmes droits.⁴⁵⁶ Or, nous l'avons vu, ces associations interviennent pour la défense des intérêts collectifs d'un groupe d'individus dépassant le cadre de

⁴⁵⁴ Entendu comme l'intoxication aiguë ou chronique provoquée par l'abus du tabac, qui est un produit manufacturé élaboré à partir de feuilles séchées de plantes appartenant à la famille des Solanacées et caractérisées par la présence de nicotine, substance alcaloïde psychotrope pouvant être à l'origine d'une dépendance durable. La lutte contre le tabagisme a débuté à la fin des années 70 avec la loi Veil (L. n°76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme, *JORF* du 10 juill. 1976, 4148), qui encadrait de manière plus stricte la publicité du tabac, pour se renforcer à partir de la loi Évin de 1991 (L. n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, *JORF* du 12 janv. 1991, 615. V° égal. : D. n° 92-478 du 29 mai 1992 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie: Décrets en Conseil d'Etat), *JORF* du 30 mai 1992, 7263). Le chapitre I du titre I^{er} du Livre V de la troisième partie législative du Code de la santé publique - intitulé "*Lutte contre le tabagisme*" - édicte l'ensemble des dispositions communes applicables à la vente, la publicité et autres avertissements sanitaires, tandis que la partie réglementaire édicte les dispositions relatives aux modalités d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif (Art. R. 3511-1 à R. 3511-8 CSP), celles concernant l'affiche rappelant l'interdiction de vente aux mineurs (Art. D. 3511-2 CSP), les cigarettes aromatisées (Art. D. 3511-6 CSP), et enfin les dispositions pénales relatives à l'interdiction de fumer dans un lieu affecté à un usage collectif (Art. R. 3512-1 à R. 3512-4 CSP).

⁴⁵⁵ Si le contrôle des débits de boissons s'imposait pour des raisons d'ordre public, il va se justifier dès la fin du XIX^e siècle par des considérations de santé publique fondée sur la nécessité de lutter contre un fléau social : l'alcoolisme. L'ensemble des dispositions législatives du Code de débits de boissons et les mesures de lutte contre l'alcoolisme ont été abrogées par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de la santé publique (*JORF* du 22 juin 2000, 9340), et se trouvent donc désormais intégrées au sein du Livre III de ce dernier, intitulé « *Lutte contre l'alcoolisme* ». Diverses incriminations tendent à prévenir la consommation excessive d'alcool en réprimant l'ivresse publique (Art. L. 3341-1 CSP), la vente de boissons alcoolisées (Art. L. 3353-3 CSP), le fait de faire boire jusqu'à l'ivresse un mineur (Art. L. 3353-4 CSP), ou encore le fait de mettre à disposition du public un appareil automatique distribuant des boissons alcooliques, etc.

⁴⁵⁶ Sur le fondement de ce texte, la chambre criminelle a jugé qu'« une association, qui n'a pas pour but la défense des intérêts de ses membres, qui a été spécialement créée pour lutter contre le tabagisme et qui a été reconnue d'utilité publique à cet effet, subit un préjudice direct et personnel du fait d'une publicité clandestine en faveur du tabac », de sorte que son action civile était recevable en ce qu'elle découlait de la spécificité du but et de l'objet de sa mission. En ce sens : Cass. crim., 7 févr. 1984 : *Bull. crim.*, n° 41 – 29 avr. 1986 : *Bull. crim.*, n° 146. – 30 oct. 1995 : *Bull. crim.*, n° 335. La jurisprudence retient une application relativement souple de ces dispositions en considérant, par exemple, que l'action civile de l'association de la Ligue nationale contre le cancer est recevable, sur le fondement de ce texte, au motif que « la consommation de tabac est un facteur majeur de risque de certains cancers et que la Ligue nationale contre le cancer a pour objet statutaire explicite l'engagement d'actions diverses visant à lutter contre le cancer et que ces actions doivent être entendues comme pouvant être préventives et non pas seulement curatives [de sorte que] l'objet social de la Ligue nationale contre le cancer inclut nécessairement la lutte contre le tabagisme ». V° : Cass. crim., 23 avr. 2013 : *Bull. crim.*, n° 278 ; *Dr. pén.* 2013, comm. 98.

l'association, et dont les intérêts, tant au plan individuel que collectif, ont vu leur niveau de protection s'accroître du fait de l'intervention du droit répressif au soutien des dispositions impératives structurant l'ordre public de protection. Peut-on sérieusement considérer que les incriminations sanctionnant la violation des dispositions légales ou réglementaires encadrant la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, non dans l'intérêt des consommateurs, mais dans celui de l'ensemble de la collectivité, soutiennent des dispositions impératives structurant l'ordre public de protection ? À l'instar de la lutte contre la toxicomanie, la lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme relève de l'intérêt général, de sorte que, de deux choses l'une, soit les associations de consommateurs agissent ici dans le seul intérêt collectif de leurs membres, ce qui ne pourrait être le cas qu'à compter de l'instant où leur objet statutaire ne concernerait pas seulement la défense des intérêts collectifs des consommateurs, mais également la lutte contre le tabagisme ou/et l'alcoolisme, soit elles ont pour seul objet statutaire la défense des intérêts collectifs des consommateurs envisagés en tant qu'entité collective, et dans ce cas, l'on assiste alors à une réelle liquéfaction de l'intérêt général, telle que nous l'avons envisagée précédemment. Cette hypothèse ne peut être vérifiée en se fondant seulement sur une analyse de la cause défendue par ces dernières, comme l'on peut le constater, et c'est donc au travers de l'analyse de l'intérêt collectif protégé par la loi pénale.

2) L'identification des intérêts collectifs protégés par la loi pénale

106. – Le rejet de la théorie de la collectivisation des intérêts subjectifs protégés par le texte d'incrimination – L'extension du champ de protection d'un certain nombre d'incriminations résulte tout autant d'un processus de collectivisation des intérêts individuels pénalement protégés découlant de l'intervention du droit répressif dans les autres branches du droit privé, que de la multiplication des habilitations législatives autorisant des associations à exercer les droits reconnus à la partie civile devant les juridictions répressives contre les infractions portant atteinte à l'intérêt collectif qu'elles défendent. Si dans le premier cas, l'on a pu observer que la collectivisation des intérêts individuels pénalement protégés conduit l'association à défendre les intérêts collectifs d'un groupe d'individus partageant une condition ou une situation commune, et dépassant l'intérêt collectif de ses membres, dans le deuxième cas, nous avons pu observer que l'association défend le seul intérêt collectif de ses membres figurant au sein de son objet statutaire. Si l'examen des nombreuses habilitations situées hors du Code de procédure pénale tend à confirmer cette analyse, il semble toutefois que certaines habilitations mettent ce schéma à mal. En effet, nous avons pu voir, par exemple, que dans le domaine de la

santé publique, les associations de consommateurs, mais également les associations familiales, disposent de la faculté de se constituer partie civile devant les juridictions répressives en vue de faire sanctionner une atteinte aux intérêts collectifs qu'elles défendent. Or, la lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme, à l'instar de la lutte contre la toxicomanie, relève prioritairement de l'intérêt général, en ce que l'ensemble de la société se trouve intéressée dans la mesure où il n'y a pas seulement la santé du consommateur de tabac ou d'alcool qui se trouve protégée, mais également celle de l'entourage plus ou moins immédiat de ce dernier. De fait, la théorie de la collectivisation des intérêts subjectifs ne permet pas d'expliquer ou de légitimer l'action civile collective des associations de consommateurs ou les associations familiales devant les juridictions répressives en matière de lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme dès lors que ce n'est pas seulement l'intérêt collectif des consommateurs envisagés en tant qu'entité collective qui se trouve pénalement protégé ici.

107. – Le rejet de la théorie de la défense de l'objet social de l'association – Puisque l'action civile collective des associations peut se fonder sur la défense de l'intérêt collectif de leurs membres, dès lors que celui-ci figure dans l'objet statutaire de ces dernières, est-il possible d'envisager que les associations de consommateurs comme les associations familiales se voient autoriser l'accès au prétoire pénal pour défendre l'intérêt collectif de leurs membres ? Les textes d'habilitation contenus dans le Code de la santé publique renvoient, pour les associations de consommateurs à l'article L. 421-1 du Code de la consommation, et pour les associations familiales aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du Code de l'action sociale et des familles. Or, le premier dispose, en son alinéa 1^{er} que « *les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* », en son alinéa 2^e que « *les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article* », tandis que les deux autres prévoient qu'« *ont le caractère d'associations familiales au sens des dispositions du présent chapitre les associations déclarées librement créées dans le cadre de la loi du 1er juillet 1901, qui ont pour but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de toutes les familles, soit de certaines catégories d'entre elles et qui regroupent : des familles constituées par le mariage ou le pacte civil de solidarité et la filiation ; des couples mariés ou liés par un pacte civil de solidarité sans enfant ; toutes personnes physiques soit ayant charge légale d'enfants par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants dont elles ont la charge effective et permanente* » et qu'« *il peut être créé : dans chaque département, une fédération départementale dite union départementale des associations familiales, composée comme*

il est prévu à l'article L. 211-4 ; au niveau national, une fédération dite union nationale des associations familiales, composée comme il est prévu à l'article L. 211-5 ». Il résulte de ces textes que ces associations ne défendent pas l'intérêt collectif de leurs membres, mais bien les intérêts collectifs d'un groupe d'individus dépassant l'association, et partageant une condition ou une situation commune définie par ces derniers. De fait, les associations de consommateurs comme les associations familiales ne défendent pas l'intérêt collectif de leurs membres, en d'autres termes, leur objet social. De fait, l'entité collective dont les intérêts se trouvent pénalement protégés ne peut être les membres de ces associations, de sorte qu'elles ne devraient pas pouvoir se constituer partie civile devant les juridictions répressives, dès lors que l'on admet que les dispositions pénales du Code de la santé publique en soutenant la lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme ne viennent pas au soutien de l'ordre public de protection.

108. – L'émergence d'un système hybride concurrençant directement l'intérêt général –

En réalité, ne relevant ni de la catégorie des intérêts collectifs défendus au nom et pour le compte d'un groupe d'individus dépassant l'association, ni de la catégorie des intérêts collectifs défendus au nom et pour le compte des membres de l'association, les intérêts collectifs présents relèvent d'un schéma hybride mêlant les deux systèmes précédemment énoncés. Ils ont en effet pour titulaire une communauté d'individus dépassant le seul nombre des membres de l'association, mais ils ne résultent pas de l'intervention du droit pénal au soutien de dispositions impératives structurant l'ordre public de protection, de sorte que l'entité collective représentée se confond avec la collectivité, et les intérêts collectifs défendus avec l'intérêt général. C'est ici, et seulement là, que la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale produit des effets pervers, car il n'y a que dans cette hypothèse que l'association se substitue totalement au ministère public en défendant, non pas un sous-produit de l'intérêt général, mais une véritable portion de ce dernier. Il n'est plus question ici pour un groupe d'individus de s'approprier la défense d'une valeur sociale à laquelle ils sont particulièrement attachés en vue de suppléer l'action du ministère public dans la défense de l'intérêt général, mais bien pour celui-ci de défendre une portion de l'intérêt général, s'imposant non plus comme un collaborateur du ministère public, mais bien comme l'équivalent de ce dernier. De ce point de vue, ces habilitations sont regrettables en ce qu'elles déstructurent la cohérence générale du système en permettant à des associations de concurrencer le ministère public dans sa mission.

109. – En conclusion – Les textes d'habilitation situés hors du Code de procédure pénale mettent en exergue le caractère médian des intérêts collectifs bénéficiant de la protection de la loi

pénale. Leur étude confirme tout d'abord que l'élévation du champ de protection pénale résulte tant de l'intervention de la norme pénale au soutien de dispositions impératives de nature civile structurant un ordre public spécial (ordre public social, ordre public de protection, ordre public matrimonial, *etc.*). Dans cette hypothèse l'intérêt collectif concerne une communauté d'individus qui partagent une condition ou une situation commune - par exemple les consommateurs, les salariés, les familles, *etc.* - et dépasse le cadre des membres de l'association défendant en justice un tel intérêt. L'étude confirme ensuite que les dispositions de procédure pénale qui habilite certaines associations à se constituer partie civile pour la défense de l'intérêt collectif de leurs membres devant les juridictions répressives, lequel réside dans la défense d'une valeur sociale à laquelle ces derniers manifestent un attachement certain, emporte, par voie de conséquence, l'intégration de cet intérêt collectif dans le champ de protection du texte d'incrimination. Même si certains écueils législatifs concernant l'action civile collective des associations de consommateurs ou des associations familiales dans le domaine de la santé publique peuvent faire douter de la cohérence générale du système, il peut être observé que les habilitations contenues hors du Code de procédure pénale mettent en exergue l'existence d'un double mouvement de privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale répondant à des logiques bien distinctes.

110. – Conclusion du paragraphe 2 – La multiplication des textes habilitant certains groupements de droit privé à se constituer partie civile dans le procès pénal pour leur permettre de faire sanctionner l'atteinte à l'intérêt collectif qu'ils défendent, que ceux-ci se situent dans le Code de procédure pénale ou hors de ce dernier, met clairement en exergue que deux sortes d'intérêts collectifs bénéficient aujourd'hui de la protection de la loi pénale. Tout d'abord, il peut être observé que la loi pénale protège les intérêts collectifs de groupes sociaux dépassant les membres de l'association qui les représentent. Ce sont les intérêts collectifs d'une entité collective qui ne se confondent pas avec l'intérêt général, et en sauraient nullement en constituer un ersatz. Ensuite, il peut être observé que la loi pénale protège également une autre sorte d'intérêts collectifs, ceux des membres d'une association s'étant donné pour objet statutaire la défense d'une cause particulière ; cause à laquelle les adhérents de l'association manifestent un attachement certain (lutte contre le racisme, l'homophobie, les discriminations, *etc.*). *A priori*, ces intérêts collectifs se trouvent normalement contenus dans la défense de l'intérêt général par le parquet, de sorte que, si l'intégration de la première catégorie d'intérêt collectifs dans l'ordre des valeurs pénalement protégées n'est nullement gênante en ce qu'elle apparaît comme qu'une conséquence de la fonction supplétoire du droit pénal, ce qui explique que ce soit en principe dans des textes d'habilitation situés hors du Code de procédure pénale que l'on trouve la

démonstration de leur intégration dans le champ de la protection pénale, il en va bien différemment de la seconde. En effet, la logique poursuivie par le législateur ne réside plus dans le renforcement de dispositions impératives de nature civile structurant tel ou tel ordre public particulier, mais de permettre à certaines entités collectives qui ont le désir de participer à la défense de telle ou telle valeur sociale de suppléer les carences du parquet en la matière. Le fait que la cause défendue par l'association s'analyse plutôt comme un « sous-produit de l'intérêt général » qu'un agrégat d'intérêts particuliers explique que la démonstration de leur intégration dans le champ de la protection pénale relève tout autant de dispositions contenues dans le Code de procédure pénale que de dispositions contenues hors de ce dernier, toutes les fois que la matière intéresse, au moins au second plan, l'intérêt général. L'étude des habilitations législatives et leur positionnement dans tel ou tel Code démontre que la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale résulte de deux mouvements répondant à des logiques bien différentes, mais qui ont en commun de favoriser l'ascension des intérêts privés dans l'ordre des priorités de la protection pénale.

111. – Conclusion de la section 2 – L'intégration des intérêts collectifs appartenant à des groupes sociaux composés de particuliers dans le champ de la protection pénale relève de deux mouvements bien distincts. D'une part, il apparaît comme une conséquence de l'intervention du droit pénal dans les autres branches du droit privé à toutes fins de renforcer la normativité des dispositions impératives de nature civile structurant des ordres publics spécifiques à certaines matières ou certains domaines. D'autre part, l'intégration des intérêts collectifs dans le champ de la protection pénale apparaît comme une conséquence de l'extension du champ de protection de certaines incriminations par l'habilitation législative octroyée à certaines entités collectives, regroupées en association le plus souvent, de se constituer partie civile dans le procès pénal en vue de défendre un intérêt collectif qui apparaît, à l'analyse, comme un « sous-produit de l'intérêt général », sans toutefois se confondre avec ce dernier. Si l'intégration de la première catégorie d'intérêts collectifs dans l'ordre des valeurs pénalement protégés nous semble pleinement légitime en ce qu'elle n'est que la conséquence de la fonction supplétoire du droit répressif, celle de la seconde catégorie d'intérêts collectifs apparaît plus discutable dans la mesure où il peut sembler qu'ils viennent concurrencer directement l'intérêt général en favorisant un phénomène de repli communautaire néfaste à l'homogénéité du corps social. Si le risque n'est pas à écarter totalement, et certains écueils législatifs le démontrent, il faut aussi envisager cette évolution sous l'angle d'un renforcement de l'attachement d'un certain nombre de nos concitoyens à l'intérêt général et à l'autorité de la loi. Les textes d'habilitation délivrés par le législateur constituent un

aveu de faiblesse de l'État dans sa capacité à garantir le respect des normes qu'il édicte en sanctionnant, de manière effective, leur violation. Pour pallier les carences de l'État dans la défense de l'intérêt général dont il a charge, le législateur autorise donc des groupes sociaux structurés en associations, ayant pour objet statutaire la défense de certaines causes qui ne sont rien d'autres que des valeurs sociales, à se constituer partie civile, au nom d'un préjudice collectif se calque sur celui de la société, pour agir comme de véritables agents de la répression.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

112. – La prééminence des intérêts particuliers sur l'intérêt général constatée. – En principe, si l'intervention du droit pénal n'est légitime qu'à compter de l'instant où l'intérêt protégé par la loi constitue une valeur sociale, jugée à ce point essentielle que les atteintes susceptibles d'y être portées heurtent les fondements mêmes de la société, la montée de l'individualisme comme valeur sociale dominante conduit fort logiquement à une réévaluation de la place des intérêts particuliers dans l'ordre des valeurs pénalement protégées. Celle-ci emporte nécessairement une privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale se manifestant par la prééminence de l'intérêt particulier, qu'il soit individuel ou collectif, sur l'intérêt général. Ce phénomène résulte de mutations qui, bien que relevant de logiques parfois différentes, ont toutes en commun de favoriser la réévaluation des intérêts particuliers dans l'ordre des valeurs pénalement protégées. Il en est ainsi lorsque la loi pénale place au premier rang des intérêts qu'elle défend la volonté individuelle, les droits patrimoniaux des particuliers contre les atteintes juridiques et matérielles dont ces derniers peuvent faire l'objet, les intérêts collectifs de groupes sociaux regroupés en association ou d'entités collectives composées d'individus partageant une condition ou une situation commune, mais également lorsqu'elle se refuse à sanctionner un acte infractionnel en présence du consentement permissif de la victime particulière.

113. – La prééminence des intérêts particuliers sur l'intérêt général relativisée – Il est traditionnellement affirmé dans le discours doctrinal que la montée des intérêts particuliers, qu'ils soient individuels ou collectifs, au premier rang des intérêts protégés par la loi pénale témoignerait d'un déclin de l'intérêt général, voir de son morcellement. S'il nous semble qu'à compter de l'instant où la réévaluation des intérêts particuliers dans l'ordre des priorités de la protection pénale s'impose comme la conséquence de ce que « *la défense de l'ordre public ne repose plus sur une notion collective du bien commun mais se trouve recentrée sur les valeurs individualistes de la personne et de la propriété* »⁴⁵⁷, de sorte qu'il faut effectivement considérer que la protection de l'intérêt général se trouve désormais contenue dans celle des intérêts particuliers, et non l'inverse comme cela était le cas jusqu'alors, une telle évolution ne témoigne pas nécessairement de son déclin, ni même de son morcellement. La réévaluation des intérêts privés dans le champ de la protection pénale résulte de mouvements répondant des logiques souvent différentes, et aucune d'elle ne menace l'intérêt général. Tout d'abord, il peut être observé que l'intérêt général ne nous semble nullement

⁴⁵⁷ R. BADINTER, *Projet de nouveau Code pénal*, ibid.

menacé lorsque sa protection ne constitue pas le fondement ou la cause de l'intervention du droit répressif, ce qui est nécessairement le cas toutes les fois que sa fonction supplétoire se trouve sollicitée. En effet, dans ce cas, la loi pénale vient au soutien de dispositions impératives de nature civile réglant les rapports entre particuliers dans des domaines spécifiques, tels que le droit de la consommation, le droit du travail, le droit des sociétés, *etc.* Pareillement, l'intégration dans l'ordre des valeurs pénalement protégées de certains intérêts collectifs apparaissant comme des sous-produits de l'intérêt général, et défendus par des groupements de type associatif, ne menace nullement l'intérêt général, et tend même indirectement à renforcer l'effectivité de sa protection pénale puisque ces groupements vont pouvoir pallier les carences des autorités de poursuite pour les infractions lésant l'intérêt collectif de leurs membres, et figurant dans leur objet social. La prééminence des intérêts privés dans l'ordre des priorités de la protection pénale, si elle traduit assurément une privatisation effective de la fonction protectrice de la loi pénale, témoigne *in fine* d'une reconfiguration des relations entre l'individu et l'État dans la protection du bien commun qui, bien que fondée sur une montée de l'individualisme comme valeur sociale dominante, semble renforcer, paradoxalement, l'effectivité de la protection pénale accordée à ce dernier.

CHAPITRE 2. L'ATTRAIT DES RÈGLES DU DROIT PÉNAL DANS LA RÉOLUTION DES LITIGES PRIVÉS

114. – La protection pénale des intérêts privés, facteur de renforcement de l'attrait des règles du droit pénal – En plaçant au sommet de la hiérarchie des valeurs protégées par la loi pénale les intérêts des particuliers, qu'ils soient individuels ou collectifs, le législateur amène nécessairement les victimes d'infractions pénales à rechercher la sanction de l'auteur de leur dommage sur le terrain des règles de la responsabilité pénale, ce qui est d'autant plus aisé que l'article 2 du Code de procédure pénale confère à celles-ci un droit d'option leur permettant de porter leurs demandes indemnitaires devant la juridiction civile ou répressive. L'intérêt des règles de la responsabilité pénale se trouve renforcé du fait des mutations affectant les conditions de la responsabilité civile qui, en dehors de l'indemnisation des préjudices, ne semblent plus en mesure de répondre aux attentes des victimes. De ce point de vue, si la privatisation des qualifications pénales emporte, par voie de conséquence, un recours accru aux règles de la responsabilité pénale (**section 1**), et *de facto* un recours accru à la sanction pénale qui l'accompagne (**section 2**), dans la résolution des litiges entre particuliers, les mutations affectant le champ de la responsabilité civile nous semble renforcer de manière significative l'ampleur de ce phénomène.

SECTION 1. LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE SOLLICITÉES DANS LA RÉOLUTION DES LITIGES PRIVÉS

115. – Un attrait renforcé par les mutations affectant le droit de la responsabilité civile – Si la privatisation des qualifications pénales invite les victimes d'infractions pénales à solliciter davantage la responsabilité pénale que par le passé pour régler leurs litiges, encore faut-il observer que celle-ci n'explique certainement pas l'ampleur de ce phénomène, ni la désaffection des victimes d'infractions pénales pour le procès civil. Il peut être observé que, si la responsabilité civile assumait pleinement sa fonction normative, il n'est pas sur que les victimes d'infractions privilégieraient autant la voie pénale, en dehors de l'hypothèse des crimes les plus graves. Or, parce qu'elle a abandonné sa fonction normative au profit de sa fonction indemnitaire, la responsabilité civile ne désigne plus des coupables, mais seulement des responsables préalablement déterminés (§.1), de sorte qu'elle ne répond que de manière partielle aux attentes des victimes d'infractions pénales qui, au-delà de l'indemnisation de leurs préjudices, espèrent du procès une réparation symbolique que la mise en œuvre des règles de la responsabilité pénale est en mesure de leur offrir (§.2).

§.1 L'AFFAIBLISSEMENT DE LA FONCTION NORMATIVE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

116. – Le refoulement de la faute morale comme condition de la responsabilité civile. – Si la fonction normative de la responsabilité civile se trouve aujourd'hui considérablement amoindrie, c'est que parallèlement à l'extension de la notion de dommage réparable⁴⁵⁸, la jurisprudence, puis le législateur, ont procédé à une véritable « *démoralisation* »⁴⁵⁹ de la norme de responsabilité civile en amputant la faute civile de certains de ses attributs pour favoriser l'indemnisation des victimes. La mutation des conditions de la responsabilité civile emporte comme conséquence qu'elle ne désigne plus aujourd'hui que des responsables présumés, ce qui ne répond pas aux attentes des victimes d'infractions pénales qui, pour les infractions les plus graves surtout, attendent autre chose du procès que la simple désignation d'un débiteur d'assurance. Or, le refoulement de la faute morale comme condition de la responsabilité civile s'observe aussi bien à l'égard du fait générateur de dommage **(A)** qu'à l'égard du fait générateur de risque **(B)**.

A – LA MUTATION DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LA SANCTION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE DOMMAGE

117. – L'assouplissement des conditions de la responsabilité civile. – Si la responsabilité civile ne pouvait être engagée, dans le Code civil de 1804, que sur le fondement d'une faute subjective - entendue comme un fait anormal imputable - force est de constater qu'elle peut l'être maintenant sur celui d'une simple faute objective du fait de la disparition de la condition d'imputation de ses éléments **(1)**. La logique aurait voulu que la perte d'un facteur de limitation de la responsabilité civile soit compensée par une exigence accrue portée sur la causalité, mais en ce domaine aussi, la prééminence de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile a conduit à un assouplissement certain des conditions d'appréciation de la causalité comme facteur de responsabilité **(2)**.

⁴⁵⁸ Cette évolution trouve assurément ses fondements dans le fait que « *d'un côté, la logique des droits de l'homme, ceux de la deuxième génération, conduit à prêter une attention accrue aux situations individuelles, non seulement aux besoins, mais aussi aux désirs des individus : toute frustration devient préjudice appelant un responsable. D'un autre côté, la logique du marché pousse à la multiplication des biens : "tout vaut tant", y compris le travail, y compris les sentiments, y compris la santé et en définitive, la vie* » (G. RIPERT, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, I, 1). V° not. : L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité ; 6^e journée R. SAVATIER*, PUF, 1997, 40. – X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. JOURDAIN, bibl. dr. privé, t. 415, LGDJ, 2004. – J. VIDAL, « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP* 1971, I, 2390. – T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, 227.

⁴⁵⁹ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, PUCF, 2001, n°324.

1) *Le déclin de l'imputation comme condition de la responsabilité civile*

118. – L'élimination de la condition d'imputation. – Il est traditionnellement admis que la faute civile se compose de deux éléments : un fait anormal dommageable, d'une part, et la possibilité d'imputer ce fait anormal dommageable à son auteur, d'autre part. Pourtant, dès la fin du XIX^e siècle, la multiplication des dommages résultant d'accidents du travail a mis en exergue les insuffisances du droit de la responsabilité civile, la « *faute* » constituant un obstacle insurmontable à l'indemnisation de certains préjudices trouvant leur cause dans un fait non fautif, ou ce que certains auteurs appellent des « *dommages aléatoires* ». ⁴⁶⁰ Deux options s'offraient alors aux magistrats, soit abandonner la victime à son sort au nom du respect de la loi, soit favoriser leur indemnisation en détournant l'esprit et la lettre des textes du Code civil. C'est la seconde option qui sera privilégiée par la Cour de cassation, encouragée à explorer cette voie tout au long du XX^e siècle par le développement de l'assurance ⁴⁶¹ qui a rendu acceptable une solution qui ne l'était point moralement. ⁴⁶² Pour pouvoir indemniser des préjudices qui ne pouvaient l'être si une interprétation stricte des textes du Code civil était retenue, les magistrats vont évacuer l'imputation ⁴⁶³ des conditions de la responsabilité civile pour ne retenir que la simple erreur de conduite ⁴⁶⁴, de sorte que la faute civile se voyant *de facto* « *dépouillée des éléments inhérents à l'auteur* » ⁴⁶⁵, le fait générateur de responsabilité civile ne devait plus dès lors résider que dans l'existence d'un fait anormal dommageable objectivement considéré comme fautif. ⁴⁶⁶ Ceci explique notamment que pour certains auteurs, il serait inexact de parler de « *responsabilité sans faute* » ⁴⁶⁷, la « *faute* » résidant dans l'existence de ce fait anormal dommageable. Partant du constat

⁴⁶⁰ L. WILLIATTE-PELLITTERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, bibl. dr. privé, t. 457, LGDJ, 2009.

⁴⁶¹ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, 3^e éd., coll. Traité de droit civil, LGDJ, 2008, n° 19.

⁴⁶² P. ESMEIN, note sous Cass. civ. 2^e, 13 mars 1957 : *JCP* 1957, II, 10084. Pour cet auteur, « *la responsabilité sans faute est d'une rigueur ayant parfois odeur d'injustice* ». Egal. : G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, bibl. dr. privé, t. 53, LGDJ, 1965, n° 250. Égal. : C. GRARÉ, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, op. cit., n° 47. – M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, préf. M.-L. DEMEESTER, coll. de thèses doctorat et notariat, t. 19, Defrénois, 2006.

⁴⁶³ « *Imputer, c'est mettre au compte de quelqu'un, attribuer avec l'idée d'éloge ou de blâme à une personne un fait* ». ROTTENHOF, « *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal* », *APC* 2000, 71.

⁴⁶⁴ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. II. Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1988, n° 440. – P. EISMEN, « *La faute et sa place dans la responsabilité civile* », *RTD Civ.* 1949, 481. – B. STARCK, « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* », *RTD Civ.* 1958, 475. – C. RADÉ, « *Réflexions sur les fondements de la responsabilité* », *D.* 1999, I, 313.

⁴⁶⁵ F. TERRÉ, P. SLIMER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n°731.

⁴⁶⁶ En ce sens : A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., coll. droit fondamental, Paris, PUF, 1998, 379 ; C. GRARÉ, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, op. cit., n°60.

⁴⁶⁷ H. MAZEAUD, « *La "faute objective" et la responsabilité sans faute* », *D.* 1985, I, 13.

qu'une « demi-faute » ne fera jamais une « faute », et que la jurisprudence a admis que le simple fait causal pouvait engager la responsabilité civile de son auteur, il nous semble plus pertinent de recourir à la notion de « responsabilité de plein droit », car c'est bien de cela dont il s'agit.

119. – Naissance et essor de la responsabilité de plein droit – Avec l'arrêt *Teffaine*, la Cour de cassation a dégagé de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code civil un principe général de responsabilité présumée du fait des choses qui évince *de facto* la condition d'imputation. Instaurée pour répondre à l'origine à une problématique spécifique - celle de l'indemnisation des dommages résultant d'accidents du travail - la jurisprudence *Teffaine* fut progressivement étendue à d'autres types de contentieux⁴⁶⁸ pour finalement gagner tout le domaine de la responsabilité du fait des choses. Une évolution comparable peut être observée dans le domaine de la responsabilité du fait d'autrui.⁴⁶⁹ Reproduisant le même processus que celui observé dans le domaine du fait des choses, le juge a progressivement étendu la solution retenue par l'arrêt *Blieck* à d'autres domaines que celui des associations ayant la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de personnes handicapées en l'appliquant notamment à des associations sportives⁴⁷⁰ ou de chasse⁴⁷¹, voir à celles réunissant des supporters de club de football.⁴⁷² Poursuivant selon la technique bien connue des « petits-pas », la Cour de cassation a étendu la solution *Blieck* à la quasi-totalité des différents régimes spéciaux visés par l'article 1384. Il en fut ainsi pour les père et mère du fait de leur enfant mineur⁴⁷³, mais également pour les artisans du fait de leurs apprentis⁴⁷⁴ ainsi pour les commettants du fait de leur préposé⁴⁷⁵, quant au régime spécial de responsabilité civile des instituteurs du fait de leurs élèves, il est bien un des rares à demeurer un régime pour faute.⁴⁷⁶ Concernant le domaine du fait personnel, il a été

⁴⁶⁸ V. par ex. l'affaire du *café Riche* : Cass. Req., 19 janv. 1914 : *D.* 1914, 1, 303. Arrêt *Jand'Heur* : Cass. ch. Réunies, 13 févr. 1930 : *S.* 1930, 1, 121, note Ripert.

⁴⁶⁹ Ass. Plén., 29 mars 1991, arrêt *Blieck* : *Bull. Ass. plén.*, n° 1 ; *JCP G.*, 1991, II, 21673, note Gesthin ; *D.* 1991, 324, note Larroumet. V° égal : G. VINEY, « Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre : la porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil », *D.* 1991, I, 157. – P. BON, « La responsabilité du fait des personnes dont on a la garde : sur un rapprochement des jurisprudences administrative et judiciaire », *RFDA* 1991, 991.

⁴⁷⁰ Cass. civ. 2^e, 22 mai 1995 : *Bull. civ.*, II, n° 155 ; *JCP G.* 1995, II, 22550, note Mouly ; *RTD Civ.* 1995, 899, obs. Jourdain.

⁴⁷¹ TGI Cusset, 29 févr. 1996 : *JCP G.* 1997, II, 22849, note Mouly.

⁴⁷² CA Aix-en-Provence, 9 oct. 2003 : *RCA* 2004, comm. 89, note Radé.

⁴⁷³ Cass. civ. 2^e, 19 févr. 1997, *Bertrand* : *Bull. civ.*, II, n° 55 ; *D.* 1997, II, 265, note Jourdain ; *JCP G.* 1997, II, 22848, concl. Kessous, note Viney.

⁴⁷⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010, n°201 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 4^e éd., coll. droit civil, Defrénois, 2009, n° 153.

⁴⁷⁵ Cass. Ass. plén., 19 mai 1988 : *RTD Civ.* 1989, 89, obs. Jourdain.

⁴⁷⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, opt. cit., n° 190.

également contaminé par la responsabilité de plein droit puisque l'exigence de discernement a été supprimé des conditions de la responsabilité civile - pour les incapables majeurs d'abord depuis la loi du 3 janvier 1968⁴⁷⁷, pour les mineurs ensuite, la jurisprudence ayant décidé que leur responsabilité civile pouvait être engagée qu'ils soient discernant ou non⁴⁷⁸ - et certaines décisions jurisprudentielles ont généré un doute quand à l'exigence d'un fait anormal imputable⁴⁷⁹ en se fondant, pour certaines d'entre elles, sur l'existence d'une « *faute virtuelle* »⁴⁸⁰.

120. – L'encadrement prétorien de la responsabilité de plein droit – Plusieurs techniques ont été utilisées par le juge en vue de limiter les effets les plus « pervers » de la responsabilité de plein droit. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité du fait des choses, dès 1941 la Cour de cassation devait dissocier les notions de garde et de propriété à l'occasion de l'arrêt *Franck*, celle-ci considérant finalement que la présomption de responsabilité du fait des choses fondée sur l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code civil ne pouvait peser que sur la personne qui dispose, au moment de la survenance du dommage, d'un pouvoir d'usage, de direction et de contrôle sur la chose qui en est à l'origine.⁴⁸¹ Par ailleurs, si les avancées de la responsabilité de plein droit dans le domaine de l'article 1382 du Code civil sont incontestables, dès lors que l'on songe au cas des personnes atteintes de troubles mentaux ou des mineurs non discernant, il convient toutefois de se garder d'une vision simpliste qui consisterait à faire du fait anormal le fondement de la responsabilité civile personnelle. Contrairement aux autres domaines de la responsabilité civile que sont le fait des choses et le fait d'autrui, deux obstacles majeurs s'opposent à une expansion de la responsabilité de plein droit dans le domaine du fait personnel. Le premier obstacle résulte de ce que la lettre même de l'article 1382 du Code civil impose que le fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage soit fautif. Dans de nombreuses décisions, le soin pris par les juges pour caractériser l'existence d'une faute est particulièrement prégnant.⁴⁸² De fait, si la Cour de cassation consent à s'écarter du strict respect de la lettre de l'article 1382 du Code civil, ce n'est que de manière occasionnelle, et pour ne pas abandonner à leur sort des victimes dont les

⁴⁷⁷ L. n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *JORF* du 4 janv. 1968, 114.

⁴⁷⁸ Cass. Ass. plén., 9 mai 1984, quatre arrêts : *Bull. Ass. plén.*, n° 1 ; *JCP G.* 1984, II, 20255, note Dejean de La Bâtie.

⁴⁷⁹ Cass. civ. 2^e, 18 mai 2000 : *JCP G.* 2000, I, 280, note Viney.

⁴⁸⁰ Cass. civ. 27 mars 1928 : *D.P.* 1928, I, 145, note Ripert. La « *faute virtuelle* » permet de déduire de l'existence d'un dommage celle d'une faute. Celle-ci avait été créée à l'origine pour venir en aide aux passagers d'un transporteur bénévole victimes d'un accident, mais son domaine d'application a été étendue depuis. V° : Cass. Ch. mixte, 20 déc. 1968, *Zaroukian* : *Bull. ch. mixtes*, n° 78 ; *JCP G.* 1969, II, 15756, note Boré ; *RTD Civ.* 1969, 333, note Durré.

⁴⁸¹ Cass. Ch. réunies, 2 déc. 1941, *Franck* : *Bull. ch. réunies*, n° 33.

⁴⁸² Cass. civ. 27 févr. 1951, *Branly* : *Bull. civ.*, n° 28. V° égal : J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, I, 119.

dommages corporels ne résulteraient pas d'une faute.⁴⁸³ Le deuxième obstacle réside dans le fait que le Conseil constitutionnel érige la règle contenue dans l'article 1382 du Code civil en principe à valeur constitutionnelle.⁴⁸⁴

121. – Naissance et essor de la responsabilité causale – Il y a une dizaine d'années de cela, la jurisprudence, soucieuse de garantir au mieux l'indemnisation des victimes a considéré, dans un certain nombre de domaines, que le simple fait normal, prévisible et prudent, pouvait engager la responsabilité civile des individus, dès lors que celui-ci était générateur de dommage. Dans le domaine du fait des choses, il était de jurisprudence constante que la réparation du dommage était conditionnée par le rôle causal que la chose avait joué dans sa survenance. Si celle-ci était en mouvement et était entrée en contact avec le siège du dommage, son rôle causal était présumé. Si celle-ci était inerte, ou qu'elle n'était pas entrée en contact avec le siège du dommage, la présomption ne jouait plus, et il revenait à la victime de démontrer que son dommage trouvait bien sa cause dans le caractère anormal de la position ou du comportement de la chose qui en était à l'origine. Le problème est que si la victime n'arrivait pas à rapporter la preuve de l'anormalité de la position ou du comportement de la chose à l'origine de son dommage, cette dernière était abandonnée à son sort. Pour pallier cette difficulté, les magistrats sont allés jusqu'à considérer que l'intervention matérielle d'une chose dans la production du dommage permettait *ipso facto* de présumer son rôle causal.⁴⁸⁵ Dans le domaine de la responsabilité civile du fait d'autrui, bien que la Cour de cassation ait tiré de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil un principe général de responsabilité présumée du fait d'autrui, un obstacle à l'indemnisation des préjudices demeurait : l'exigence d'une faute du gardé. En effet, la responsabilité civile du gardien ne pouvait être engagée sans que celle du gardé puisse l'être également sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Dans deux hypothèses au moins - celle des majeurs incapables et celle des mineurs - cet obstacle avait déjà été anéanti, mais il demeurait dans les autres hypothèses. En 1995, la Cour de cassation l'a toutefois surmonté en affirmant que « *les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent sont responsables, au sens de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion* ». ⁴⁸⁶ Désormais, le fait non fautif du gardé permettait d'engager la responsabilité civile du

⁴⁸³ J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, op. cit., n°99.

⁴⁸⁴ Cons. Const. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999 : *JCP G.* 2000, I, 280, obs. Viney. V° égal. : G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », in « *Liber amicorum* ». *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, 213.

⁴⁸⁵ Cass. civ. 2^e, 15 juin 2000, *Liebrand* : *Bull. d'inf.*, n° 520 ; *JCP G.* 2000, I, 280, obs. Viney ; *RCA* 2000, comm. 292, note Groutel. – 18 sept. 2003, *Muzac* : *Bull. civ.*, II, n° 287 ; *RCA* 2003, comm. 286, note Groutel.

⁴⁸⁶ Cass. civ. 2^e, 22 mai 1995, *ibid.*

gardien. La brèche ainsi ouverte dans le domaine général de la responsabilité civile du fait d'autrui ne demandait qu'à être exploitée au sein des régimes spéciaux. Après avoir affirmé en 1997, que les père et mère de l'enfant mineur sont responsables de plein droit des dommages causés par ce dernier, la Cour de cassation a considéré que « *la responsabilité de plein droit encourue par les père et mère du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant* ». ⁴⁸⁷ Cette solution jurisprudentielle - confirmée par les arrêts *Minc* et *Pouillet* - a définitivement fait basculer la responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur du fait anormal au simple fait causal, ce qui permet à la victime de demander aux répondants de l'auteur de son dommage une réparation qu'elle ne pourrait obtenir en s'adressant à l'auteur lui-même. Une situation analogue peut être observée dans le domaine de la responsabilité des commettants du fait de leur préposé, la jurisprudence admettant que la responsabilité civile du commettant peut être engagée là où celle du préposé ne saurait l'être ⁴⁸⁸, ce qui est d'autant plus contestable que l'appréciation jurisprudentielle des éléments constitutifs de l'abus de fonction permet aujourd'hui au préposé d'excéder largement les limites de sa mission sans pour autant que son comportement exonère le commettant. ⁴⁸⁹ L'on peut donc dire que la responsabilité du commettant, en ne faisant plus le détour par la responsabilité du préposé, est devenue une responsabilité directe et personnelle dès lors que ce dernier répond des dommages causés par une personne sur laquelle il a autorité, son préposé. Reste que la responsabilité civile pour simple fait causal, parce qu'elle conduit à « *tuer le bon père de famille* » en menant « *l'idéologie de la réparation à son paroxysme* » ⁴⁹⁰ devait nécessairement être encadrée.

122. – Le confinement de la responsabilité causale – C'est en revenant sur le « *rôle actif virtuel* » ⁴⁹¹ de la chose que la Cour de cassation a restreint le champ d'application de la responsabilité pour simple fait causal, tenant compte ainsi de l'« *accueil frondeur* » ⁴⁹² que les juridictions du fond avaient réservé à cette solution, sans parler de certaines cours d'appel qui étaient entrées en résistance. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, prenant acte

⁴⁸⁷ Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001, *Levert* : *Bull. civ.*, II, n° 96 ; *JCP G.* 2001, II, 10613, note Mouly. – Cass. Ass. plén., 13 déc. 2002, *Minc* (*Bull. Ass. plén.*, n° 5) et *Pouillet* (*Bull. Ass. plén.*, n° 3) : *D.* 2003, 231, note Jourdain.

⁴⁸⁸ Cass. Ass. plén., 25 févr. 2000, *Costedoat* : *Bull. d'inf.* n° 512 ; *D.* 2000, II, 673, note Brun ; *JCP G.* 2000, II, 10295, note Billiau ; *RTD Civ.* 2000, 582, obs. Jourdain. – 14 déc. 2001, *Cousin* : *Bull. d'inf.*, n° 551 ; *JCP G.*, 2002, II, 10026, note Billiau. – Cass. civ. 2^e, 28 mai 2009 : *Bull. civ.*, II, n° 128 ; *JCP G.*, 2009, 95, note Mouly ; *LPA*, 3 nov. 2009, 6, note Joseph-Ratineau.

⁴⁸⁹ P. JOURDAIN, « Sur le rattachement de l'acte du préposé à ses fonctions », *RTD Civ.* 1990, 495.

⁴⁹⁰ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, opt. cit., n° 54.

⁴⁹¹ Ph. BRUN, *Droit de la responsabilité extracontractuelle*, Litec, 2005, n°458.

⁴⁹² J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, opt. cit., n°197.

de ces résistances, a opéré un revirement de jurisprudence⁴⁹³ que les trois arrêts rendus le 24 février 2005 devaient entériner.⁴⁹⁴ Désormais, la victime devait rapporter la preuve du rôle causal que la chose inerte a joué dans la réalisation de son dommage.⁴⁹⁵ Dans le même temps, l'on a assisté également à une rémanence du fait anormal dans le domaine de la responsabilité civile du fait d'autrui suite à un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans lequel celle-ci affirmait qu'il ne « *saurait être admis qu'un club sportif puisse être considéré comme automatiquement responsable du fait que son joueur a joué [...] Un telle solution abusivement fondée sur l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil serait en outre trop sévère, par son caractère automatique* ». ⁴⁹⁶ Cette solution fut reprise par la Cour de cassation qui devait conditionner à nouveau l'engagement de la responsabilité civile des associations sportives du fait de leurs joueurs à la démonstration d'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu.⁴⁹⁷

123. – L'instauration de régimes spéciaux dérogeant aux règles de la responsabilité civile : l'éviction de la faute. – Si les articles 1382 et suivants du Code civil répondaient à l'ensemble du droit de la responsabilité civile, tel ne semble plus être le cas aujourd'hui, « *le code [étant] dépassé par le droit* »⁴⁹⁸, le législateur ayant consacré au sein d'un certain nombre de textes de nouveaux régimes de responsabilité civile ou d'indemnisation permettant de favoriser l'indemnisation de certains dommages en dérogeant aux règles de la responsabilité civile. Assurément, le régime d'indemnisation applicable aux accidents de la circulation est de ceux là. Instauré pour pallier les insuffisances du régime du fait des choses, le régime d'indemnisation de plein droit⁴⁹⁹ issu de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985⁵⁰⁰ a pour finalité de faciliter l'indemnisation des préjudices résultant d'accident de la circulation impliquant des véhicules terrestres à moteur ainsi que leurs remorques et semi-remorques - à l'exception notable des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres - en évinçant totalement la condition de

⁴⁹³ Cass. civ. 2^e, 25 nov. 2004 : *Bull. civ. II*, n° 507 ; *JCP G.* 2005, I, 149, obs. Viney.

⁴⁹⁴ Cass. civ. 2^e, 24 févr. 2005 : *Bull. civ. II*, n° 51 ; *JCP G.* 2005, I, 149, obs. Viney ; *RCA* 2005, comm. n° 121, note Groutel ; *RTD Civ.* 2005, 407, obs. Jourdain.

⁴⁹⁵ Cass. civ. 2^e, 16 oct. 2008 : *Bull. civ., II*, n° 455 ; *RCA* 2008, comm. 353, note Groutel. – 29 mars 2012 : *SJ G.* 2012, 701, note Dumery.

⁴⁹⁶ CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2002 : *JCP G.* 2003, II, 10097, note Bloch.

⁴⁹⁷ Cass. civ. 2^e, 20 nov. 2003 : *Bull. civ., II*, n° 356 ; *JCP G.* 2004, II, 10017, note Mouly. – Cass. Ass. plén., 29 juin 2007 : *D.* 2007, II, 1957, note Gallmeister.

⁴⁹⁸ G. CORNU, « La lettre du code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, 157.

⁴⁹⁹ Not. : C. LARROUMET, « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. L'amalgame de la responsabilité et de l'indemnisation automatique », *D.* 1985, I, 237. – G. VINEY, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 1992. – F. CHABAS, *Les accidents de la circulation*, coll. connaissance du Droit, Dalloz, 1995.

⁵⁰⁰ tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *JORF* du 6 juill. 1985, 7584.

faute. En effet, les deux conditions primaires d'application de ce régime sont la survenance d'un accident de la circulation et l'implication d'un véhicule terrestre à moteur. Sur la notion d'accident, nous nous contenterons ici simplement de faire observer que celui-ci s'impose comme tout événement générateur de dommage ne résultant pas d'un comportement intentionnel. Concernant la notion de circulation, il est acquis que c'est la vocation du véhicule à « circuler » qui doit être prise en considération, peu importe que le véhicule soit intervenu seul dans l'accident⁵⁰¹, qu'il soit en mouvement ou non⁵⁰², sur une voie publique ou privée⁵⁰³, en stationnement ou simplement abandonné sur la voie publique. Dès que le dommage trouve sa cause dans un accident de la circulation, le conducteur dont le véhicule se trouve impliqué dans cet accident est *ipso facto* désigné comme responsable. Il n'est donc point question de faute ici, pas même de faute objective, comme cela est le cas dans le régime de responsabilité du fait des produits défectueux, ce qui pourrait induire que la responsabilité civile des conducteurs reposent exclusivement sur le lien de causalité, dont nous allons voir qu'il n'a pas été complètement refoulé des conditions de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 comme cela a pu être parfois affirmé.

2) *Les incertitudes de la causalité comme condition de la responsabilité civile*

124. – La causalité substituée à la faute comme fondement de la responsabilité civile ? –

Si la causalité s'impose comme une condition de la responsabilité civile⁵⁰⁴, celle-ci était demeurée jusqu'à présent au second plan, la condition primordiale de la responsabilité civile résidant dans l'existence d'une faute subjective. Mais, la jurisprudence ayant fait « disparaître l'idée de faute, l'idée de causalité est passée au premier plan ».⁵⁰⁵ La prééminence contemporaine de la causalité s'explique par le fait qu'à compter de l'instant où la responsabilité civile évince la faute morale, qui bornait l'étendue de la responsabilité civile subjective, il convenait nécessairement de lui substituer un outil juridique normatif permettant de délimiter l'étendue de la responsabilité civile objective. Si l'idée est séduisante en théorie, l'étude des décisions judiciaires montre une absence d'application uniforme des théories causalistes proposées par la doctrine⁵⁰⁶, ce qui fait dire à certains auteurs que la cour de cassation « n'a pas de doctrine arrêtée en matière de causalité ».⁵⁰⁷ Or, tout le problème est

⁵⁰¹ Not. : Cass. civ. 2^e, 14 juin 2012 : *Bull. civ.*, II, n° 105 ; *D.* 2012, 1674.

⁵⁰² Cass. civ. 2^e, 22 nov. 1995 : *Bull. civ.* n° 286 ; *D.* 1996, II, 163, note Jourdain.

⁵⁰³ Cass. civ. 2^e, 5 mars 1986 : *Bull. civ.* n° 28.

⁵⁰⁴ G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 1939, 685.

⁵⁰⁵ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n°115.

⁵⁰⁶ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Ph. BRUN, nouv. bibl. de thèses, vol. 99, 2010n°125.

⁵⁰⁷ G. VINEY, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001 : *Bull. civ.*, II, n° 1878 ; *JCP G.* 2002, I, 186.

là. La causalité étant un phénomène complexe en ce que « *les causes d'un dommage peuvent être nombreuses, [...] se combiner pour produire des causes directes de dommages, et [...] exercent des influences les unes sur les autres* »⁵⁰⁸, selon la théorie causaliste que le juge retient, celui-ci va pouvoir élargir ou restreindre l'étendue de la responsabilité juridique des personnes à l'infini, le phénomène se constatant tant au plan civil qu'au plan pénal. En l'absence d'une conception théorique de la causalité juridique qui soit satisfaisante, le juge s'est donc tracé une ligne de conduite mue par la volonté de ne laisser aucune victime sans indemnisation, ce qui le conduit à retenir une conception « *matérielle* » de la causalité⁵⁰⁹, voir de recourir à des « *ersazt* » de la causalité telles que la relativité *aquilienne*⁵¹⁰ ou la perte de chance.⁵¹¹

125. – L'admission des présomptions de causalité – L'admission des présomptions dans la preuve du lien de causalité en vue de permettre l'indemnisation des dommages dont la cause est incertaine est particulièrement prégnante dans le contentieux des transfusions sanguines ou encore dans celui des médicaments défectueux. Dans le premier, les juges ont admis, pour retenir la responsabilité des centres chargés des transfusions sanguines, que les victimes d'une contamination par le virus du VIH ou de l'hépatite C puissent prouver le lien de causalité entre la transfusion et l'apparition de symptômes par l'utilisation d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes permettant d'exclure toute autre origine à leur maladie.⁵¹² L'assouplissement du lien de causalité s'est encore accentué depuis 2001, puisqu'il suffit désormais à la victime d'établir que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, et qu'elle ne présente aucun autre mode de contamination qui lui soit propre. Concernant le contentieux des médicaments défectueux, la maladie engendrée par la prise d'un médicament ou une vaccination est pareillement réputée causée par cette dernière dès lors qu'il en résulte des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes.⁵¹³ De fait, sans que l'on puisse affirmer avec certitude que le vaccin ou le médicament est bien à l'origine de

⁵⁰⁸ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *ibid.*, n°293.

⁵⁰⁹ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *ibid.*, n°196.

⁵¹⁰ H. SLIM, « Le lien de causalité : approche comparative », in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, actes du colloque des 15, 16 décembre 2006, Faculté de droit et sc. pol. de Rennes, RLDC 2007, suppl. n° 2638.

⁵¹¹ I. VACCARIE, *La perte de chance*, RRJ 1987, 910.

⁵¹² Pour la contamination par le VIH : Cass. civ. 1^{re}, 20 juill. 1993 : *Bull. civ.*, I, n° 273. – Pour la contamination par l'hépatite C : Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 1996 : *Bull. civ.*, I, n° 306.

⁵¹³ Pour l'hépatite B : Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008 [trois arrêts] : *Bull. civ.* n° 149 ; *RTD civ.* 2008, 492, obs. Jourdain. V° not. : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative. Fondement et perspectives de la jurisprudence Distilbène », *D.* 2010, I, 1162. – G. VINEY, « La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affres de la preuve », *D.* 2010, I, 391.

la maladie, la Haute juridiction semble accepter de retenir la responsabilité du laboratoire en se fondant sur une présomption de causalité.⁵¹⁴

126. – Le dévoiement de la causalité en présence d'un dommage certain – La pratique judiciaire démontre que les magistrats, pour faciliter l'indemnisation des préjudices, refusent de s'enfermer dans les carcans des théories doctrinales, allant même jusqu'à détourner des concepts extra-causaux comme ceux de la perte de chance ou de la théorie de la relativité *aquillienne*. Concernant l'usage des théories causalistes, il peut être observé que la jurisprudence opte pour celle lui permettant de remonter la chaîne causale jusqu'à trouver un débiteur en capacité d'indemniser effectivement et promptement la victime, ce qui conduit parfois le juge à désigner comme civilement responsable un individu à l'égard duquel le dommage s'impose comme un « événement aléatoire ». ⁵¹⁵ Dans un arrêt bien connu, la Cour de cassation n'a pas hésité à utiliser la théorie de l'équivalence des conditions pour imputer à l'auteur d'un accident de la circulation le dommage résultant de la contamination par le VIH de la victime des suites d'une transfusion sanguine. ⁵¹⁶ Si la transfusion était bien en lien de causalité avec l'accident, la contamination résultait de la négligence des Établissements français du sang, et certainement pas du fait du conducteur. Pourtant, le juge a retenu la responsabilité civile de ce dernier aux côtés de celle des Établissements français du sang. Cette solution a d'ailleurs été confirmée lorsque la jurisprudence a admis, après l'avoir refusé dans un premier temps, l'action récursoire des Établissements français du sang contre le conducteur à l'origine de l'accident de la circulation, au motif que, « dès lors que les transfusions sanguines litigieuses ont été rendues nécessaires par l'accident imputable au défendeur, l'Établissement français du sang est en droit d'exercer contre ce conducteur une action récursoire en contribution à la dette de réparation mise à sa charge au titre des conséquences dommageables de la contamination ». ⁵¹⁷ Dans d'autres cas, le juge n'hésite pas à distordre le lien de causalité, non pour indemniser un dommage, mais les conséquences du dommage. Sur cette question, la jurisprudence *Perruche*

⁵¹⁴ Il convient toutefois de nuancer le propos dans la mesure où la jurisprudence a progressivement abandonné tout contrôle, autre que méthodologique, sur les juges du fond qui, dans leur immense majorité, ont écarté la possibilité de condamner les laboratoires. V° en ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2009 : *RTD civ.* 2010, 111, obs. Jourdain ; *RCA* 2009, chron. 15, Radé. – 25 nov. 2010 : *RTD civ.* 2011, 134, obs. Jourdain. – 29 mai 2013 : *D.* 2013, Actu, 1403, obs. Gallmeister. *Contra* : Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012 : *Bull. civ.*, I, n° 187 ; *D.* 2012, I, 2376, obs. Radé. Dans cet arrêt, la Cour a en effet souligné la contradiction qu'il y avait à rejeter les demandes d'indemnisation des victimes en se fondant sur des considérations générales, tout en relevant que la victime était, avant la première poussée, en excellente santé, qu'elle ne présentait pas d'antécédents familiaux et qu'un « lien temporel évident existait entre la vaccination et l'apparition de la maladie. Ces indices auraient certainement dû conduire la cour d'appel à caractériser l'existence de « présomptions graves, précises et concordantes » pour « établir le caractère défectueux des trois doses administrées à l'intéressé ».

⁵¹⁵ Sur cette notion, V° : L. WILLIATTE-PELLITTERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, op. cit., n°24.

⁵¹⁶ Cass. civ. 2^e, 4 déc. 2001 : *Bull. civ.*, II, n° 1878 ; *RCA* 2002, comm. 126, obs. Groutel ; *RTD Civ.* 2002, 308, obs. Jourdain.

⁵¹⁷ Cass. civ. 2^e, 20 octobre 2005 : *Bull. civ.*, II, n° 678

illustre parfaitement notre propos.⁵¹⁸ Dans cette affaire, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé que « *dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* ». Comme le fait remarquer M. Mazeaud, « *il n'y a pas une once de causalité, il n'y a pas un brin de causalité entre la faute du médecin et le handicap que répare la Cour de cassation* » dans la mesure où le handicap de l'enfant trouve sa seule cause dans la rubéole dont sa mère était atteinte. La faute du médecin réside dans l'absence de détection de la maladie au cours de la grossesse, et donc dans le fait, qu'effectivement, il n'a pas permis à la mère de pouvoir interrompre sa grossesse en temps utile, mais certainement pas dans la maladie elle-même qui était due à une tare génétique sur laquelle le médecin n'avait aucune prise. Concernant les « *ersatz* » de la causalité, la jurisprudence n'hésite pas détourner la perte de chance de sa fonction première qui, si elle constitue indéniablement un préjudice en ce qu'elle se reconnaît par « *l'existence d'un lien de causalité certain entre le fait du défendeur et la diminution des probabilités de survenance d'un événement favorable ou de évitement d'un événement défavorable, au préjudice du demandeur* »⁵¹⁹, en l'utilisant pour pallier les doutes et incertitudes affectant la causalité. Concernant l'usage, minoritaire il est vrai, de la relativité *aquillienne* par le juge, force est de constater qu'il a détourné cette théorie de sa finalité initiale dès lors que l'essence même de ce mécanisme était de limiter l'indemnisation des préjudices en ajoutant une condition à la responsabilité civile - condition que la loi française ne prévoit pas d'ailleurs - et qu'en pratique, les magistrats s'en sont servis pour instaurer des présomptions de causalité qui, loin de limiter l'indemnisation des préjudices, la facilitent. Fort heureusement, les cas dans lesquels le juge utilise la relativité *aquillienne* sont rares, et tendent même à se raréfier.⁵²⁰

127. – Le sort de la causalité dans le régime d'indemnisation des accidents de la circulation issu de la loi du 5 juillet 1985. – Si la faute a été totalement évincée du régime d'indemnisation des accidents de la circulation, il est également affirmé que tel aurait également été le sort du lien de causalité. Il a ainsi été écrit qu'« *alors que la causalité est au cœur du droit de la responsabilité dans le Code civil, le droit extérieur à celui-ci est traversé par un fort mouvement de refoulement de la causalité* ». ⁵²¹ Or, il semblerait plutôt que les régimes spéciaux retiennent une conception

⁵¹⁸ Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000 : *Bull. Ass. plén.*, n° 14.

⁵¹⁹ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 190.

⁵²⁰ En ce sens : G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 96.

⁵²¹ F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », *LPA*, 25 juin 2005, 3.

particulière de la causalité⁵²², celle-ci ayant « été assouplie, et, surtout, segmentée »⁵²³ dans le régime d'indemnisation des accidents de la circulation. En effet, tout en souhaitant favoriser l'indemnisation des victimes, il semble que le législateur n'ait totalement rompu avec l'idée de responsabilité, même si en l'occurrence, elle semble réduite à sa plus simple expression. Le lien causal est en principe indivisible entre le fait générateur et le dommage. Pourtant, avec le régime d'indemnisation des accidents de la circulation, celui-ci est « coupé » au niveau de l'accident. Comme le fait remarquer M. Quézel-Ambrunaz, « *apparemment, la responsabilité est acquise s'il peut être prouvé un lien entre le véhicule et l'accident, puis un rôle de l'accident dans la survenance du préjudice, peu important que le véhicule n'ait eu aucun rôle dans la survenance du préjudice* ». ⁵²⁴ Autrement dit, à suivre le raisonnement proposé, la causalité entre l'accident et le préjudice doit répondre à la définition classique du lien de causalité⁵²⁵, ce qui induit donc qu'il puisse être présumé, alors qu'une relation d'implication suffit entre le fait de circulation et l'accident. Sur ce point, il convient, à l'instar de M. Quézel-Ambrunaz, d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que la notion de causalité ne saurait être assimilée à celle d'implication qui n'est « *qu'une position - au sens abstrait - du véhicule par rapport à l'accident. En soi, le mot "impliqué" ne fait référence à aucune causalité, et suppose seulement que le véhicule terrestre à moteur a été, d'une manière quelconque, mêlé à l'accident* ». ⁵²⁶ Le lien de causalité existe donc bien dans le régime d'indemnisation des accidents de la circulation, il est même double : il se situe entre le fait de circulation et l'implication dans l'accident, d'une part, entre l'accident et le préjudice, d'autre part.

128. – Une responsabilité civile à géométrie variable. – La montée du lien de causalité comme élément primordial de la responsabilité civile ne répond pas aux promesses qui pouvaient être les siennes en termes de confinement des excès de la responsabilité de plein droit, et donc de limitation de l'étendue de la responsabilité individuelle. Loin de borner celle-ci, il en favorise au contraire l'extension, et permet à la responsabilité de plein droit de s'affranchir de ses fondements moraux. Les dérives résultant du déclin de la faute comme condition primordiale de la responsabilité aurait pu être contenues dans certaines limites si le lien de causalité n'avait pas également été utilisé par le juge comme un instrument au service d'une responsabilité civile à géométrie variable que celui-ci limite ou étend en fonction des circonstances ou des besoins de la

⁵²² En ce sens égal. : Ph. CONTE, « Le rôle de la causalité dans la loi du 5 juillet 1985 », in *Responsabilité civile et assurances, Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, 79. Pour cet auteur, il ne faudrait pas croire que « le divorce entre la loi du 5 juillet 1985 et la causalité » soit « consommée ».

⁵²³ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 571.

⁵²⁴ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, ibid

⁵²⁵ En ce sens : Ph. BRUN, « Observations sommaires sur la faute du conducteur victime dans la loi du 5 juillet 1985 », in *Responsabilité civile et assurances, Études offertes à Hubert Groutel*, op. cit., 64.

⁵²⁶ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, ibid

cause. En l'absence d'une conception théorique de la causalité juridique qui soit satisfaisante, les magistrats se sont rabattus sur une conception purement matérielle de la causalité⁵²⁷ qui présente l'avantage de moduler le lien de causalité en fonction des circonstances de l'espèce et du résultat auquel ils entendent parvenir. La causalité a de singulier qu'elle résulte d'un « *mélange de données matérielles (de nature scientifique) et subjectives (résultant d'un jugement de valeurs)* »⁵²⁸, de fait selon le résultat auquel le juge veut parvenir, il fait tantôt prévaloir les données matérielles - en calquant par exemple la causalité juridique sur la causalité scientifique ou en faisant intervenir des données philosophiques - tantôt prévaloir les données subjectives.⁵²⁹ Un tel usage de la causalité place les victimes comme les auteurs dans une insécurité juridique qui nous semble franchement contestable⁵³⁰, et démontre qu'elle ne constitue pas un rempart face à la désignation arbitraire d'un responsable dont le seul tort est d'apparaître comme un débiteur satisfaisant dans la chaîne causale. Cette situation place les individus dans une insécurité juridique certaine puisque les critères qui permettent de retenir leur responsabilité varient selon les situations, les besoins de l'espèce, ou les convictions personnelles du juge.⁵³¹

129. – En conclusion – Si l'indemnisation du dommage était conditionnée à l'imputation de la faute ou de l'imprudence dommageable, l'exigence sociale d'une réparation systématisée des dommages a conduit le juge à transfigurer les régimes de responsabilité civile en évinçant la condition d'imputation, d'une part, et en recourant à une causalité assouplie lui permettant de moduler l'étendue des responsabilités individuelles en fonction des circonstances et des besoins de l'espèce, d'autre part. Il peut être observé que le juge dans un premier temps, et le législateur dans son sillage, ont déplacé le centre de gravité du droit de la responsabilité civile de l'auteur vers la victime, déstructurant progressivement la cohérence du système institué en 1804, réduisant ainsi la responsabilité civile à un simple mécanisme d'indemnisation consistant à désigner un débiteur d'assurance qui ne recoupe plus nécessairement sur sa tête les attributs de la

⁵²⁷ Pour certains auteurs, la « *causalité matérielle* » correspondrait au « *constat de ce qu'un fait a concouru, parmi d'autres facteurs, à produire tel effet* » (en ce sens : Ph. BRUN, *Droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 276) alors que pour d'autres, elle serait « *l'origine purement matérielle du dommage* », ce qui l'opposerait nettement à « *la cause, au sens juridique du terme* » (en ce sens : P. SARGOS, « La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? La causalité en matière de responsabilité ou le « droit Schtroumpf » », *D.* 2008, I, 1935).

⁵²⁸ C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.* 2012, I, 112.

⁵²⁹ En ce sens : C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, préf. C. THIBIERGE, P. NOREAU, nouv. bibl. de thèses, vol. 110, Dalloz, 2011, n° 493.

⁵³⁰ G. CANSELIER, « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *RTD Civ.* 2010, 41. – L. GRYNBAUM, « La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire », *D.* 2008, I, 1928.

⁵³¹ En ce sens : C. RADÉ, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2 – Les voies de la réforme ; la promotion du droit à la sûreté », *ibid.*

culpabilité et de la responsabilité. Cette évolution, guidée par le souci de garantir l'indemnisation des préjudices, néglige le fait que, si la responsabilité civile dispose d'une remarquable fonction réparatrice, elle est également un mécanisme normatif par lequel l'auteur du dommage est invité à corriger son comportement social, contrairement à la responsabilité pénale.

B – LA MUTATION DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LA SANCTION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE RISQUE

130. – Du risque potentiel au risque avéré – Le dommage incertain étant celui à propos duquel la certitude de sa réalisation prochaine n'est pas rapportée, il est en principe admis que ce type de dommage demeure étranger aux règles de la responsabilité civile. Reste qu'en certains domaines, la jurisprudence accepte de le sanctionner en retenant une conception particulièrement extensive du principe de précaution, alors même que ce dernier ne fait pas partie, en principe, des normes juridiques applicables en responsabilité civile **(1)**. Cette évolution témoigne de ce que la philosophie du principe de précaution a fini par pénétrer le droit commun de la responsabilité civile en y introduisant un devoir de précaution au nom duquel le juge est invité à ne plus seulement sanctionner le risque potentiel, mais plus largement le risque avéré **(2)**.

1) La sanction du risque potentiel sur le fondement du principe de précaution

131. – Origine et consécration du principe de précaution en droit français – S'il peut être observé que, pour pallier la problématique environnementale, l'Allemagne a érigé, dès la fin des années 60, le principe de précaution - « *vorsorgeprinzip* » - en principe de gouvernance politique⁵³², ce sont les institutions européennes⁵³³ et le juge communautaire⁵³⁴ qui ont rendu opérationnel ce principe que les allemands avaient tenté d'exporter au plan international sans grand succès. L'introduction du principe de précaution résulte en France de la loi n° 95-101 du 2 février 1995⁵³⁵, laquelle a inscrit dans notre législation la volonté d'encadrer juridiquement le principe de précaution en vue d'y soumettre les autorités publiques nationales, mais également de plusieurs décisions du Conseil d'État qui entendait l'appliquer en matière sanitaire.⁵³⁶ Il faudra néanmoins

⁵³² F. EWALD, C. GOLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, 2^e éd., Coll. Que sais-je ?, PUF, 2009, 7.

⁵³³ Par ex. : Art. 130 R. du Traité de Maastricht ; Art. 1^{er} et 4 de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement.

⁵³⁴ P. ICARD, « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTD Eur.* 2002, 471.

⁵³⁵ relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JORF* du 3 févr. 1995, 1840.

⁵³⁶ CE, 21 avr. 1997, arrêt *Madame X.* : n°180274, inédit au *Recueil Lebon*.

attendre l'introduction de la Charte de l'environnement⁵³⁷ dans le préambule de la Constitution de 1958 pour que le principe de précaution soit doté d'une valeur constitutionnelle en France. Sur ce point, il sera observé que le Conseil Constitutionnel a eu l'occasion, à plusieurs reprises déjà, d'affirmer la pleine valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, en affirmant notamment que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». ⁵³⁸ Plus récemment, celui-ci a eu l'occasion d'affiner sa décision en retenant que, « *comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; [ils] s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; que dès lors, il incombe au Conseil Constitutionnel [...] de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* ». ⁵³⁹ Cette décision est d'autant plus importante que c'est la première fois, à notre connaissance, que le Conseil Constitutionnel définit les destinataires de l'article 5 de la Charte de l'environnement mais également le cadre du contrôle de conformité des lois à ce dernier.

132. – L'usage limité du principe de précaution – Consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement, le principe de précaution était dévolu *a priori* au seul domaine environnemental. Pourtant, dès son introduction en droit interne, il fut utilisé, sous couvert de protection de l'environnement, à d'autres fins, notamment la protection de la santé publique. Sur ce point, le raisonnement suivi par la défense dans les affaires ayant trait à la poursuite pénale des auteurs de destructions volontaires de plantations d'organismes génétiquement modifiés (OGM) constitue un bon exemple. Dans le cadre de l'instance pénale dans laquelle ils étaient poursuivis pour avoir fauché volontairement des parcelles de cultures OGM, ces derniers arguaient, pour légitimer leurs actes, que « *les droits et devoirs à valeur constitutionnelle, définis dans la Charte de l'environnement de 2004, constitutionnellement reconnus depuis le 28 février 2005 [...]* » justifiaient les infractions commises, au motif que les cultures OGM étaient susceptibles de contaminer d'autres cultures traditionnelles. ⁵⁴⁰ Si l'argument relatif à la protection de l'environnement est mis en avant par les faucheurs

⁵³⁷ L. constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* du 2 mars 2005, 3697. – J. ROCHFELD, « Droit à un environnement équilibré », *RTD Civ.* 2005, 470.

⁵³⁸ Cons. Const., déc. Hauchemaille Meyet du 24 mars 2005, *JORF* du 31 mars 2005, 5834 ; Cons. Const. n° 2005-514 DC du 28 avr. 2005, *JORF* du 4 mai 2005, 7702 ; Cons. Const. n° 2005-517 DC du 7 juill. 2005, *JORF* du 22 juill. 2005, 12233.

⁵³⁹ Cons. Const. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *JORF* du 26 juin 2008, 10228.

⁵⁴⁰ Trib. corr. Chartres, 5 juin 2008 : n°965/2008

volontaires de cultures OGM, il convient toutefois d'observer que cet argument en dissimule un autre : la protection de la santé des consommateurs. Le discours de la défense fondé sur la protection de l'environnement a rapidement cédé le pas, dans les médias dans un premier temps, à un discours très différent : celui du danger que représenterait la consommation de cultures OGM sur la santé des personnes. Il est vrai que les atteintes à l'environnement emportent dans tous les cas des conséquences dommageables sur la santé des personnes, et de ce point de vue, les faucheurs volontaires ont exploité une faille que le texte de l'article 5 de la Charte de l'environnement semble autoriser en prétextant que la destruction des parcelles de culture OGM répondait à un double objectif : la préservation de l'environnement qui sous-tend celle de la santé publique. En dépit d'un certain succès devant les juridictions répressives du premier degré⁵⁴¹, cet argument n'a pas été retenu par les cours d'appel⁵⁴² ni la Cour de cassation, qui considéra pour sa part que, « *la Charte de l'environnement ne saurait être invoquée, en l'espèce, pour fonder l'existence d'un état de nécessité* ». ⁵⁴³ C'est ainsi que dans une décision récente, la Chambre criminelle, approuvant la Cour d'appel de Versailles, a rejeté les pourvois formés par des faucheurs d'OGM, aux motifs que « *le principe de précaution implique précisément que le danger n'est ni actuel ni imminent, et par voie de conséquence, il ne saurait justifier la commission d'une infraction, [...], que la notion de précaution doit être intégrée dans une analyse globale d'opportunité qui relève de la seule autorité du pouvoir exécutif et ne saurait interférer avec la notion juridique d'état de nécessité sauf à introduire dans le droit pénal des variations au gré des intérêts divers et contradictoires et donc une insécurité juridique* ». ⁵⁴⁴ Cet arrêt présente un triple intérêt. Tout d'abord, la Cour de cassation rappelle que le principe de précaution ne saurait justifier la commission d'une infraction, réaffirmant la solution retenue en 2007, sans toutefois viser l'article 5 de la Charte de l'environnement. Ensuite, faisant une exacte application de ce texte - toujours sans le viser - elle rappelle opportunément que la mise en œuvre du principe de précaution relève des autorités publiques, et non de simples particuliers. Enfin, elle justifie la solution retenue par le législateur au motif que le principe de précaution ne saurait « couvrir » la commission d'infraction sans remettre en cause la sécurité juridique offerte par le droit pénal, ce qui serait nécessairement le cas si chacun définissait celle-ci en fonction de ses propres intérêts.

133. – La privatisation du principe de précaution – Comme les affaires relatives aux cultures OGM pouvaient le laisser craindre, l'impact des activités industrielles et agricoles sur l'environnement est clairement passé au second plan aujourd'hui dans la jurisprudence judiciaire

⁵⁴¹ Trib. Corr. Orléans, 9 déc. 2005 : n° 1423/2005 – Trib. corr. Chartres, 5 juin 2008, *préc.*

⁵⁴² CA Orléans, 27 juin 2006 : n° 2006/00090. – CA Orléans, 26 févr. 2008 : n°07/00472.

⁵⁴³ Cass. crim., 7 févr. 2007 : *Bull. crim.*, n° 32 ; *D.* 2007, II, 573, note Darsonville. – 4 avr. 2007 : n°06-80.512.

⁵⁴⁴ Cass. crim., 27 mars 2008 : n°07-83.009. – CA Versailles, 22 mars 2007 : n°06/01902.

comme administrative⁵⁴⁵ au profit des effets sanitaires d'activités et procédés technologiques utilisés massivement dans des domaines très variés, tels que l'alimentation ou la communication.⁵⁴⁶ Sans prétendre ici à l'exhaustivité, il doit être observé que le principe de précaution a été sollicité à propos des nanomatériaux⁵⁴⁷, des ondes électroniques⁵⁴⁸, des biotechnologies⁵⁴⁹, ou encore des perturbateurs endocriniens.⁵⁵⁰ Toutefois, comme le démontrent les solutions jurisprudentielles contradictoires rendues à propos du contentieux relatif aux antennes relais de téléphonie mobile, l'extension du champ d'application du principe de précaution par le juge judiciaire a généré une insécurité juridique certaine. En effet, alors que certaines juridictions du fond ont condamné les opérateurs de téléphonie mobile à démonter leur antennes-relais⁵⁵¹, d'autres, ont rejeté les demandes de démantèlement formulées par les particuliers.⁵⁵² Même si la Cour de cassation n'a pas eu encore l'opportunité de trancher la question relative aux antennes relais, elle s'est néanmoins prononcée sur l'application du principe de précaution par le juge judiciaire, dans le domaine spécifique des risques technologiques faisant l'objet d'incertitudes scientifiques⁵⁵³, celle-ci rappelant dans son arrêt du 3 mars 2010, au visa de l'article L. 110-1 alinéa 2 du Code de l'environnement, que le principe de précaution est celui « selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». L'arrêt du 3 mars 2010 rendu par la Cour de cassation revêt une importance particulière en ce qu'il consacre la privatisation du principe de précaution, la Haute juridiction admettant que les justiciables puissent l'invoquer

⁵⁴⁵ V° not. : J.-V. BOREL, D. DEL PRETE, « Antennes-relais de téléphonie mobile : indépendance des législations et principe de précaution », *Droit de l'envir.* 2005, 256. – M.-F. DELHOSTE, « Portables et antennes : une protection sanitaires des populations insuffisante », *RRJ* 2006, 1578.

⁵⁴⁶ A. GEST ; P. TOURTELIER, *Rapport d'information sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, La documentation française, juill. 2010, 98.

⁵⁴⁷ *Comité de la prévention et de la précaution, Nanotechnologies, nanoparticules : quels dangers, quels risques ?*, La documentation française, mai 2006, 5.

⁵⁴⁸ B. RAJOT, « Le principe de précaution peut-il être appliqué par le juge judiciaire, et qu'en est-il alors de la responsabilité prévention ? Illustration pour le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile et des risques autres que technologiques », *RCA* 2010, alerte 15.

⁵⁴⁹ Art. L.531-2-1 du Code de l'environnement issu de la loi n°2008-595 du 25 juin 2008 relative aux cultures OGM (*JORF* du 26 juin 2008, 10218).

⁵⁵⁰ G. BAPT, *Rapport tendant à suspendre la commercialisation de biberons produits à base de Bisphénol A*, Ass. Nat., juin 2010.

⁵⁵¹ CA Versailles, 4 févr. 2009 : *JCP E.*, 2009, 1336, note Borel. Dans le même sens : TGI Nanterre, 18 sept. 2008 : *JCP G.*, 2008, II, 10208, note Borel ; *D.* 2008, II, 2916, note Boutonnet. – TGI Créteil, réf., 11 août 2009 : n° 09/00658. – TGI Angers, 5 mars 2009 : n°08/00765. – TGI Carpentras, 16 févr. 2009 : n°08/00707. – CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : *D.* 2004, II, 2678, note Boutonnet ; *RTD civ.* 2005, 146, obs. Jourdain ; *Bull. Aix* 2005, 71, obs. Bloch.

⁵⁵² CA Chambéry, 4 févr. 2010 : n°09/007. – TGI Lyon, 15 sept. 2009 : n°09/07385. – TGI Bourgoin-Jallieu, 30 juin 2009 : n°07/00204. – TGI Pau, 10 juin 2009 : n°09/00169. – TGI Aix-en-Provence, 9 juin 2009 : n°09/00628. – TGI Grenoble, 19 févr. 2009 : n°07/00312. – CA Aix-en-Provence, 6 févr. 2007 : n° 05/09002.

⁵⁵³ Cass. civ. 3^e, 3 mars 2010 : *Bull. civ.*, III, n° 53 ; *SJ G.*, 2010, 568, note Tapinos.

devant le juge judiciaire à l'appui de leurs prétentions. Toutefois, la Cour de cassation, tout en étendant le domaine du principe de précaution au droit privé, en circonscrit néanmoins l'application au seul risque suspecté de dommage. En admettant la réception du principe de précaution en droit privé, tout en retenant une conception particulièrement concise de ce dernier, le lecteur peut avoir l'impression que la Cour de cassation tente à l'évidence de limiter la portée de ce principe en droit de la responsabilité civile. Mais ce n'est qu'une impression car, en exigeant, à l'instar des juges d'appel, que l'absence de risque suspecté soit démontrée pour écarter le principe de précaution, la Haute juridiction admet *a contrario* que le simple risque hypothétique, dût-il être scientifiquement expérimenté, suffit à engager l'application dudit principe.⁵⁵⁴ L'avancée du principe de précaution dans le droit de la responsabilité civile est ici consacrée, et n'a pas été remis en cause par le Tribunal des conflits dans les six arrêts en date du 14 mai 2012, même si ce dernier retire au juge judiciaire toute compétence pour connaître de l'action tendant à obtenir l'interruption de l'émission, l'interdiction, l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique autorisée, en cas de risque de brouillage ou d'atteinte à la santé.⁵⁵⁵ Comme le font observer certains auteurs, la décision du Tribunal des conflits emporte comme conséquence que *« les particuliers ne peuvent plus guère espérer faire supprimer ou déplacer les antennes, ni même obtenir des dommages-intérêts sans avoir préalablement contesté avec succès devant le juge administratif la légalité de l'implantation ou du fonctionnement de l'installation »*.⁵⁵⁶ La privatisation du principe de précaution présente un sérieux risque d'arbitraire judiciaire résultant du tri effectué discrétionnairement par le juge, en fonction de ses convictions personnelles, entre les différentes données scientifiques contradictoires qui sont portées à sa connaissance.⁵⁵⁷ Comme l'illustre le désordre jurisprudentiel relatif au contentieux des antennes relais, l'application du principe de précaution par le juge judiciaire place les individus comme les entreprises dans une situation kafkaïenne.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ D. TAPINOS, « L'inapplicabilité du principe de précaution en l'absence de tout risque de pollution », note ss. Cass. civ. 3^e, 3 mars 2010 : *SJ G.*, 2010, 568.

⁵⁵⁵ Trib. Confl., 14 mai 2012 [six arrêts] : *SJ G.* 2012, 820, note Bacache.

⁵⁵⁶ G. VINEY, « Le contentieux des antennes-relais », *D.* 2013, I, 1489.

⁵⁵⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges offerts à P. Bézard*, Montchrestien, 2002, 41.

⁵⁵⁸ En effet, dans le cas des antennes-relais, il peut être observé que les entreprises de téléphonie mobile se trouvent contraintes d'implanter de nouvelles antennes-relais pour satisfaire aux obligations auxquelles les soumet la concession de licence de GSM, mais paradoxalement, elles peuvent être ensuite sanctionnées par le juge au nom du principe de précaution, précisément pour avoir implanté une nouvelle antenne relais. En ce sens : B. PARANCE, « Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais », *SJ G.* 2010, 531.

2) *La sanction du risque avéré sur le fondement du principe de précaution*

134. – **La sanction du dommage dont la cause est incertaine** – Nous avons dit que le principe de précaution faisait actuellement l'objet d'une forme de privatisation en ce que la Cour de cassation admet que les justiciables puissent l'invoquer à l'appui de leurs prétentions. Nous avons vu également que le domaine d'application du principe de précaution, en principe limité à la seule matière environnementale, a été progressivement étendu à d'autres domaines, et notamment celui de la santé publique. Celui-ci est maintenant sollicité en vue de soutenir les prétentions des victimes de préjudices dont on ne peut établir avec certitude qu'ils trouvent leur cause dans le fait désigné par ces dernières comme étant générateur de leur dommage. De fait, le principe de précaution n'est plus seulement amené à venir sanctionner l'existence d'un dommage incertain, mais également par la volonté du juge et des plaideurs à pallier les incertitudes de la causalité. C'est bien évidemment dans le contentieux du fait des médicaments défectueux que le principe de précaution se trouve aujourd'hui fortement sollicité. De nombreuses affaires ont jeté le trouble ces dernières années sur la fiabilité d'un certain nombre de médicaments⁵⁵⁹, et ont donné lieu à des procès retentissant, dont certains ont abouti à la condamnation des laboratoires qui étaient à l'origine de la production et de la commercialisation de ces médicaments. Pourtant, comme le fait remarquer M. Sintez dans sa thèse, « *en l'état actuel de nos connaissances, il n'est pas scientifiquement établi que certains médicaments comme le distillène, l'hormone de croissance et l'isoméride, le cholchimax et le zyloric, ou certains vaccins comme l'engerix B, soient à l'origine de maladies graves comme le syndrome de Lyell, le cancer du vagin ou la sclérose en plaques* ». ⁵⁶⁰ Si les juridictions du fond se sont montrées immédiatement favorables la reconnaissance de la responsabilité civile des laboratoires, dès lors que pouvait être constaté un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes permettant de conclure que la molécule incriminée a eu un rôle précipitant ou déclenchant la maladie dont se trouve atteinte la victime, il n'en fut pas exactement de même pour la Cour de cassation. En effet, dans la fameuse affaire du vaccin contre l'hépatite B, la Haute juridiction a, dans un premier temps, considéré que la possibilité, non exclue scientifiquement, d'une association entre le vaccin et la maladie ne permettrait pas de retenir le lien de causalité entre le dommage et le produit, et par conséquent, le défaut de sécurité de ce dernier. Dans les affaires relatives à l'hormone de croissance et à l'isoméride, la Cour de cassation

⁵⁵⁹ La dernière affaire en date est celle du médiateur. 5 millions de personnes ont pris du médiateur, dont près de 3 millions durant plus de trois mois. Commercialisé pendant 30 ans, le produit a été retiré du marché le 30 novembre 2009 : J.-P. DOOR, *Rapport d'information de M. Jean Pierre Door déposé en conclusion d'une mission d'information sur le médiateur et la pharmacovigilance*, AN, n° 3552, www.assemblee-nationale.fr ; M.-T. HERMANGE, *Rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information sur le médiateur*, Sénat, n° 675, 28 juin 2011, www.senat.fr. V° égal. : A. LAUDE, « Dans la tourmente du Mediator : prescription hors AMM et responsabilités », *D.* 2011, I, 253.

⁵⁶⁰ C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n°70.

a même préféré porter son raisonnement sur la défectuosité du produit, en appliquant le régime restreint de l'article 6 de la directive de 1985 sur la responsabilité des produits défectueux, plutôt que de le porter sur le lien de causalité. Toutefois, la Haute juridiction a opéré un important revirement à l'occasion de trois arrêts rendus le 22 mai 2008, pour des faits similaires aux précédentes affaires, affirmant que la responsabilité civile du laboratoire pharmaceutique peut être retenue en présence de présomptions graves, précises et concordantes.⁵⁶¹ Il doit être rappelé toutefois que la jurisprudence a depuis progressivement abandonné tout contrôle, autre que méthodologique, sur les juges du fond qui, dans leur immense majorité, ont écarté la possibilité de condamner les laboratoires.

135. – Le dévoiement du principe de précaution en responsabilité civile – Le principe de précaution ne peut en principe sanctionner que des faits susceptibles de générer des dommages, mais certainement pas de sanctionner des faits générateurs de dommage. C'est pourtant bien à ce résultat que les juges parviennent en rattachant le dommage à une « *faute de précaution* »⁵⁶² qui a rendu possible la matérialisation du risque. Allant bien au-delà du devoir général de prévention qui résulte des dispositions de l'article 1383 du Code civil, la jurisprudence érige progressivement un devoir de précaution applicable à certaines activités génératrices de risques. En cas de manquement à ce devoir de précaution que l'existence d'un dommage viendrait mettre en exergue, la responsabilité civile du professionnel sera engagée. Cette extension du principe de précaution, qui tend ainsi à devenir une norme juridique applicable en responsabilité civile⁵⁶³, nous semble positive en ce qu'elle permet finalement de mieux répondre aux attentes légitimes des victimes, et évite que les professionnels ne se dissimulent derrière l'incertitude scientifique pour échapper à leurs responsabilités. *A contrario*, cette solution détourne le principe de précaution de sa finalité première - la sanction du risque potentiel - en l'appliquant au risque avéré. Cette extension du domaine d'intervention du principe de précaution ne serait pas contestable si le juge n'avait la tentation d'utiliser le principe de précaution pour pallier l'incertitude causale. De ce point de vue, l'infiltration du principe de précaution dans les normes juridiques applicables en responsabilité civile conduit à une extension du domaine d'intervention de cette dernière au cas du dommage dont la cause est incertaine. L'infiltration du principe de précaution dans les normes juridiques applicables en responsabilité civile conduit finalement à une déformation du premier comme de la seconde par une extension de leurs domaines

⁵⁶¹ Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008 [trois arrêts] : *ibid.* *Confirm.* : Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 2009 : *Bull. civ.* n° 176.

⁵⁶² C. RADÉ, « Le principe de précaution, nouvelle éthique de la responsabilité ? », *RJE* 2000, 75.

⁵⁶³ En ce sens : M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.* 2010, I, 2662. – D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *RCA* 2001, Chron. 14.

d'intervention respectifs. Certains auteurs ont pu émettre toutefois une opinion positive à ce bouleversement en ce que l'introduction du principe de précaution parmi les normes juridiques applicables en responsabilité civile conduirait à une reviviscence de la faute civile résultant de l'émergence d'une faute de précaution, laquelle peut être définie comme le fait de manquer à son obligation de vigilance en ne prenant pas les mesures nécessaires face aux doutes existants sur les effets d'un produit ou d'un matériel sur l'environnement ou la santé humaine.⁵⁶⁴ La consécration du principe de précaution en droit français conduirait finalement à un renouvellement du contenu de la faute dans le domaine de responsabilité civile, spécialement en matière environnementale ou de santé publique. Sur ce point, M. Martin a pu écrire que, « *devra être considéré comme fautif, non seulement celui qui n'aura pas pris les mesures de prévention du risque connu ou prévisible, mais également celui qui, en situation d'incertitude ou de doute n'aura pas adopté une démarche de précaution* ». ⁵⁶⁵ Ainsi, l'admission d'une faute de précaution « *contribuerait à densifier les devoirs imposés aux professionnels dont les activités ou les produits créent des risques de dommages graves et irréversibles dans le domaine environnemental* »⁵⁶⁶ ou de la santé humaine. De ce point de vue, il incomberait donc aux décideurs placés en situation d'incertitude, de prendre toutes les dispositions tendant à prévenir la réalisation des atteintes, potentiellement graves et irréversibles, susceptibles de se produire. Comme le fait remarquer Mme Boutonnet dans sa thèse, « *au sens des articles 1382 et 1383 du code civil, le devoir général de prudence de l'homme raisonnable devient alors plus rigoureux, puisqu'il consiste à attendre de lui qu'il adopte un comportement conforme aux données acquises de la science encore incertaines afin d'éviter des dommages graves* ». ⁵⁶⁷

136. – La prééminence de la causalité comme condition primordiale de la responsabilité civile pour risque avéré. – Nous ne pouvons que souscrire à la thèse de nombreux auteurs selon laquelle l'application du principe de précaution, dans le domaine de la responsabilité civile, conduit en quelque sorte à un retour de la faute comme fondement de cette dernière. Il est vrai qu'un tel constat peut sembler particulièrement prometteur, et éviterait une implication possible du principe de précaution en droit pénal.⁵⁶⁸ Reste que, si la faute de précaution s'impose bien comme le fondement de la responsabilité civile pour risque avéré, celle-ci se trouve toutefois supplantée par la causalité, comme le démontre les récentes solutions prises par la Cour de cassation dans le domaine du fait des médicaments défectueux. D'un côté, la Haute juridiction a

⁵⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 7 mars 2006 : *ibid.*

⁵⁶⁵ M. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, I, 299.

⁵⁶⁶ M.-C. DEMEESTER, L. NEYRET, *Environnement – Bien fondé de l'action en responsabilité civile pour atteintes à l'environnement*, *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2012

⁵⁶⁷ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. THIBIERGE, bibl. dr. privé, t. 444, LGDJ, 2005, n° 893.

⁵⁶⁸ D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, 251.

affirmé que la preuve de la causalité pouvait être rapportée par voie de présomptions graves, précises et concordantes, mais de l'autre, force est de constater qu'elle se refuse, pour le moment, à censurer les décisions par lesquelles les juges du fond se bornent à s'appuyer sur l'absence de consensus scientifique pour écarter la responsabilité des laboratoires, y compris lorsque des présomptions graves, précises et concordantes sont apportées.⁵⁶⁹ Autrement dit, de nombreuses juridictions du fond, en assimilant la causalité juridique à la causalité scientifique, se refusent à retenir la responsabilité civile des laboratoires en présence d'une incertitude scientifique, celle-ci induisant nécessairement une incertitude concernant la causalité juridique. Une récente décision montre que la difficulté de l'établissement du lien de causalité en présence d'incertitudes scientifiques se déplace maintenant sur le terrain des dommages que provoquerait la présence de lignes électriques à haute tension sur le bétail et la santé humaine.⁵⁷⁰ En l'espèce, un agriculteur exploitant un élevage sur des terrains et des bâtiments situés sous, ou à proximité, d'une ligne à très haute tension, attribuait les problèmes sanitaires rencontrés par les animaux aux champs magnétiques émis par cette ligne. Sollicitant de la SA Réseau Transport Electricité (anciennement EDF Transport), titulaire d'une servitude de surplomb, une indemnisation des préjudices matériels et économiques subis, ce dernier fut débouté de sa demande en appel, les magistrats estimant que la preuve d'un lien de causalité suffisamment caractérisé entre la présence de la ligne à très haute tension et les problèmes sanitaires affectant l'élevage n'était pas rapportée. Il forma alors un pourvoi en cassation au sein duquel il reprochait à la cour d'appel, d'une part, « *de n'avoir pas retenu en l'espèce une présomption de causalité en l'absence de consensus scientifique relevé par les juges, alors que les désordres sanitaires n'avaient pas d'autre cause avérée, exigeant ainsi une preuve scientifique parfaite* », d'autre part, il invoquait l'application du principe de précaution tel qu'il résulte de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement et de la Charte de l'environnement, ce que n'avait pas fait les magistrats de la cour d'appel. La Cour de cassation devait rejeter son pourvoi, au motif, d'une part, qu'elle approuvait la cour d'appel d'avoir « *énoncé à bon droit que la Charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes* », d'autre part, qu'elle observait que « *la cour d'appel, qui a relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans*

⁵⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2010 : *Bull. civ.*, I, n° 245 ; *RTD civ.* 2011, 134, obs. Jourdain.

⁵⁷⁰ Cass. civ. 3^e, 18 mai 2011 : *Bull. civ.*, III, n° 80 ; *D.* 2011, II, 2089, note Boutonnet.

inverser la charge de la preuve, que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée ». L'on voit bien ici que l'incertitude scientifique empêche de retenir la responsabilité civile de la société de distribution d'électricité, celle-ci entraînant *de facto* une incertitude quand au lien de causalité entre le dommage et le fait désigné comme générateur de ce dommage. C'est précisément pour enrayer ce type de difficultés que M. Quézel-Ambrunaz défend dans sa thèse une conception spécifiquement juridique de la causalité, et propose de rompre avec les sources d'inspiration extra-juridiques en provenance de la philosophie ou de la science.⁵⁷¹ Comme le fait remarquer M. Radé, « *si l'intérêt d'étudier les liens entre causalité juridique et causalité scientifique a montré finalement que le droit ne pouvait s'épanouir totalement en marge de la vérité scientifique, [...] ce constat empêche aujourd'hui les tribunaux d'indemniser la plupart des victimes qui supportent seules les risques d'incertitudes scientifiques* ». ⁵⁷² La résurgence supposée de la faute dans le domaine de la sanction du risque avéré est pour l'heure bien timide, la condition primordiale de la responsabilité civile étant ici la causalité, et non la faute. Ce n'est qu'en présence d'une causalité présumée, sur laquelle la Cour de cassation invite les juges du fond à se prononcer, que la responsabilité civile de l'auteur d'un risque avéré peut être engagée, indépendamment d'ailleurs de toute considération sur l'existence d'une faute de précaution qui semble de toute façon se déduire de l'existence d'un dommage trouvant sa cause dans un comportement générateur de risque. Ainsi, même si nous souscrivons à l'existence d'une faute de précaution, celle-ci doit être analysée en une faute objective en ce que l'existence d'une causalité présumée suffit à retenir la responsabilité civile de l'auteur du dommage. Ce n'est pas la faute qui révèle le responsable, mais la causalité.

137. – En conclusion – L'avènement d'une idéologie de la précaution a conduit le juge à étendre la fonction préventive de la norme de responsabilité civile à des situations pour lesquelles elle ne devrait pas en principe être sollicitée, ce qui est le cas de la réparation du dommage potentiel dès lors qu'il n'y a ni fait anormal ni dommage, mais simple présence d'une situation stressante pour les individus résultant de l'incertitude de l'utilisation d'un appareil, d'un produit, ou d'une substance sur leur environnement proche, et donc sur leur santé. La privatisation du principe de précaution conduit à une application à rebours de ce principe dès lors qu'il peut être invoqué en présence de dommages avérés, et plus généralement une application du devoir de précaution qui conduit à faire de la causalité un élément primordial de la responsabilité civile que le juge n'a pas hésité à manipuler pour faciliter l'indemnisation des victimes, notamment en instaurant des

⁵⁷¹ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 352.

⁵⁷² C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *ibid.*

présomptions de causalité permettant de considérer comme responsables des individus ou organismes dont on présume qu'ils peuvent être à l'origine de dommages dont la cause est pourtant incertaine. Si cette solution semble favorable aux victimes, il ne s'agit que d'une apparence dès lors que l'ambivalence de nombreuses solutions fait que l'on se trouve tantôt en présence de fautes sans responsables, tantôt en présence de responsables sans faute.

138. – Conclusion du paragraphe 1 – Alors que l'on pensait l'édifice instauré par le Code civil de 1804 capable d'épouser toutes les évolutions, il faut bien constater aujourd'hui que tel n'a pas été le cas, le « *divorce du couple responsabilité-culpabilité* »⁵⁷³ étant largement consommé en responsabilité civile. Le souci de garantir l'indemnisation des préjudices a conduit la jurisprudence, et le législateur à sa suite, à détacher la norme de responsabilité civile de ses fondements moraux afin de désigner plus efficacement des débiteurs d'assurance en mesure d'indemniser effectivement la victime, quand bien même ces derniers n'auraient joué qu'un rôle causal indirect, voir aucun rôle causal, dans la survenance du dommage. Que ce soit dans le domaine du fait générateur de dommage ou du fait générateur de risque, la responsabilité civile a progressivement abandonné sa fonction normative au profit de sa seule fonction indemnitaire, ce qui est logique dans la mesure où l'idéologie matérialiste réduit la notion de « réparation » à la seule attribution d'une indemnité pécuniaire prévalant sur la réparation morale et la responsabilisation des auteurs de dommage. Cette évolution explique la multiplication des présomptions de responsabilité dont l'efficacité redoutable a été renforcée par une application restrictive des causes exonératoires de responsabilité ou encore l'utilisation des présomptions de causalité permettant de garantir la réparation des dommages dont la cause est pourtant incertaine. Parce que les conditions de la responsabilité civile ont été l'objet de distorsions importantes sans perspective systémique, les fondations même de l'édifice ont menacé de céder, ce qui explique que la jurisprudence tente de maintenir *a minima* la fonction normative de la responsabilité civile en appliquant ici ou là certains correctifs. Si l'effort est louable, ces derniers ne nous semblent produire que des effets indésirables en ce que, d'une part, ils interdisent à la responsabilité civile de s'épanouir pleinement en tant que mécanisme de garantie d'indemnisation des préjudices, d'autre part, se montrent inaptes à lui restituer une fonction normative suffisante pour satisfaire les victimes, et les inciter à porter leurs demandes devant la justice civile plutôt que la justice pénale.

⁵⁷³ D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », in *Le droit privé à la fin du XX siècle, études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, 571.

§. 2 – LA VIGUEUR DE LA FONCTION NORMATIVE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

139. – Le maintien du caractère subjectif de la responsabilité pénale – Contrairement à ce qui a pu être observé dans le domaine de la responsabilité civile, la fonction normative de la responsabilité pénale s'est maintenue parce que les différentes distorsions dont elle a pu faire l'objet ces dernières années ont toujours été guidées par le souci, d'une part, de maintenir dans le champ de la répression des comportements moralement blâmables par l'indifférence coupables qu'ils manifestent à l'égard d'autrui, d'autre part, de frapper le véritable coupable de l'infraction, et non un éventuel responsable apparent. La poursuite de cette double finalité a imposé, d'une part, le maintien de l'imputation comme condition de la responsabilité pénale **(A)**, mais également l'utilisation de la causalité pour maintenir dans le champ de la répression des comportements qui auraient dû en sortir **(B)**.

A – LE MAINTIEN DE L'IMPUTATION COMME CONDITION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

140. – L'admission limitée des présomptions de responsabilité pénale – Contrairement à ce qui peut être observé dans le domaine de la responsabilité civile, la condition d'imputation a été maintenue en droit pénal. Cela ne signifie pas pour autant que, de manière ponctuelle, l'on ne puisse pas observer des avancées de la responsabilité de plein droit traduisant une tentation pour le législateur d'amoindrir le caractère subjectif de la responsabilité pénale en vue d'accroître l'efficacité du système répressif **(2)**. Néanmoins, les avancées de la responsabilité de plein droit en matière pénale ont été jusqu'à présent limitées **(1)**.

1) Le rejet de la responsabilité pénale de plein droit

141. – La remise en cause théorique de la « culpa » comme fondement de la responsabilité pénale – Pour les théologiens, le criminel est débiteur d'une peine parce que la liberté de choisir son comportement constitue le fondement de la responsabilité, ce qui emporte comme conséquence que tous ceux qui ne jouissent pas d'une telle liberté ne peuvent être regardés comme des êtres responsables.⁵⁷⁴ Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, les conceptions classiques et néo-classiques de la responsabilité - centrées sur la faute - vont progressivement être remises en cause par les positivistes pour qui l'homme n'est pas libre, mais déterminé par des relations de cause à effet dont l'existence peut être scientifiquement démontrée, de sorte qu'il n'est pas libre

⁵⁷⁴ M. PUECH, « Scolies sur la faute pénale », *RFTJ* 1987, 78.

de faire un choix entre le bien et le mal, mais prédéterminé à opter pour ce dernier, la faute ne saurait constituer un fondement satisfaisant de la responsabilité pénale.⁵⁷⁵ La thèse du déterminisme, qu'elle puise ses racines dans l'anthropologie comme chez Lombroso⁵⁷⁶ ou dans la sociologie comme chez Ferri⁵⁷⁷, conduit à déresponsabiliser les individus en intercalant entre l'énoncé de la loi et le dire de justice, « *une interminable exégèse psychologique* »⁵⁷⁸ qui présente très certainement l'avantage d'imposer au juge de comprendre les motivations et les intentions qui ont guidé l'auteur, mais également un effet pervers en ce qu'il conduit bien souvent à avoir à l'égard de ce dernier une « *indulgence sympathique, une généreuse connivence, et le chemin est court alors entre l'indulgence et l'excuse, entre l'excuse et la justification* ». ⁵⁷⁹ Le positivisme pénal conduit, par la reconstitution d'une chaîne indéfinie de causes antécédentes, à faire apparaître l'acte délictueux commis comme un événement quasi-inéluctable qui s'imposerait au délinquant⁵⁸⁰, de sorte que l'infraction n'apparaît plus comme la manifestation d'une volonté particulière, mais devient la conséquence logique d'un ensemble de facteurs ayant prédéterminé son auteur. Cette conception, particulièrement déshumanisante de l'auteur de l'infraction ne peut que le priver d'un « *sens éthique individuel conditionnant la possibilité institutionnelle pour le droit de qualifier des fautes et de prévoir des sanctions légitimes* »⁵⁸¹ lui permettant de comprendre la peine qui lui est appliquée, et de ne pas la ressentir comme une profonde injustice, ce qui voue alors tout travail de resocialisation à l'échec. La thèse du déterminisme social présente en outre le grand inconvénient de faire peser sur des groupes ou des catégories de personnes, en fonction de leur origines ethniques, de leur orientation sexuelle, de leur fonction sociale, ou encore des secteurs géographiques dans lesquels ces dernières résident, une détestable présomption de criminalité conduisant à une forme de discrimination sociale. Dès lors que le délinquant ne peut être envisagé comme un coupable, les positivistes ont naturellement proposé de baser la répression pénale, non sur la responsabilité morale de l'auteur de l'infraction, mais sur son état dangereux. Détachée de toute notion de *culpa*, la répression pénale peut ainsi s'affranchir de tous les obstacles qui empêchent son développement *ante delictum*. Eu égard aux dangers que le positivisme pénal fait courir aux libertés individuelles, le législateur s'est pour l'heure refusé à substituer l'état dangereux à la faute comme fondement de la responsabilité pénale. Néanmoins, l'introduction de mesures post-sentencielles permettant

⁵⁷⁵ J.-J. WUNENBERG, « Le procès de la responsabilité et les métamorphoses de la culpabilité », *RFTJ* 1987, 88.

⁵⁷⁶ C. LOMBROSO, *L'homme criminel. Étude anthropologique et médico-légale*, préf. D^r LETOURNEAU, traduit de la IV^e éd. Italienne par MM. Régnier et Bournet, Paris, F. ALCAN éd., 1887.

⁵⁷⁷ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, 2^e éd., traduit de l'italien par L. Terrien, Paris, F. ALCAN éd., 1914.

⁵⁷⁸ J.-J. WUNENBERG, *ibid.*, 91.

⁵⁷⁹ J.-J. WUNENBERG, *ibid.*

⁵⁸⁰ E. KANT, *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, 1963, 406.

⁵⁸¹ J.-J. WUNENBERG, *ibid.*, 89 ; 94.

L'exercice d'un contrôle social renforcé sur certaines catégories d'individus, fondées sur leur état dangereux, marque un renouveau des idées positivistes qui invite à la vigilance.

142. – Le subjectivité de la faute pénale contraventionnelle affirmée – Il est classiquement enseigné que, dans le domaine des contraventions, la seule violation d'une prescription légale ou réglementaire suffit, *a priori*, à engager la responsabilité pénale du contrevenant, dès lors que celui-ci a matériellement accompli les faits incriminés.⁵⁸² La faute contraventionnelle apparaît donc comme une faute purement matérielle, autrement dit un simple fait anormal, ce qui la rapproche alors de la faute civile objective. Est-ce à dire pour autant que la question de l'imputation ne se pose pas en matière contraventionnelle ?⁵⁸³ S'il est vrai que les textes sont particulièrement silencieux sur ce point, et que le dernier alinéa de l'article 121-3 du Code pénal dispose qu'« *il n'y a point de contravention en cas de force majeure* », est-ce à dire qu'il n'y aurait qu'en présence d'une cause extérieure que la personne pénalement poursuivie en matière contraventionnelle pourrait se dégager de sa responsabilité pénale, ce qui induirait que les causes d'irresponsabilité pénale prévues aux articles 122-1 à 122-8 du Code pénal seraient inopérantes ? La jurisprudence admet depuis longtemps que, pour être génératrice de responsabilité pénale, la faute contraventionnelle doit pouvoir être imputée à son auteur, puisqu'à compter de l'instant où l'auteur agit sous l'emprise de la contrainte ou qu'il n'était pas en mesure de jauger et comprendre la portée de ses actes, sa responsabilité pénale ne peut être engagée.⁵⁸⁴ En confirmant « *le principe selon lequel aucune infraction, si vénielle soit-elle, ne peut être sanctionnée si le préalable de l'imputabilité n'a pas été vérifié* »⁵⁸⁵, la Cour de cassation confirme le caractère subjectif de la faute pénale contraventionnelle. *Quid* alors des contraventions comportant une présomption de responsabilité ?⁵⁸⁶ Dès lors que la loi impose une présomption de responsabilité, il faut en déduire alors que la responsabilité pénale n'est plus subjective, mais objective.⁵⁸⁷

⁵⁸² F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, opt. cit., n°469. – T. GARÉ, C. GINESTET, *Droit pénal - procédure pénale*, 5^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2008, n° 272. *Égal.* : J. SALVAIRE, « Contraventions », *JCP G.* 1975, I, 2741. – F. CHABAS, « La notion de contravention », *RSC* 1969, 281.

⁵⁸³ J.-C. SCHIMDT, « L'élément intentionnel en matière de contravention », *RPDP* 1932, 387.

⁵⁸⁴ La Cour de cassation a ainsi refusé d'imputer à des jeunes enfants une faute contraventionnelle (Cass. crim., 7 juill. 1876 : *S.* 1876, 1, 96). Une solution similaire a été retenue à propos des personnes atteintes de troubles mentaux au moment des faits (Cass. crim., 1^{er} avr. 1848 : *S.* 1848, 1, 320).

⁵⁸⁵ J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *ibid.*

⁵⁸⁶ Il en est ainsi notamment des contraventions relatives au stationnement de véhicule, lesquelles sont présumées commises par le titulaire de la carte grise (V^o sur ce point : art. L. 121-2 du C. Route).

⁵⁸⁷ V^o infra n°...

143. – La subjectivité de la « faute pénale matérielle » en matière délictuelle confirmée -

En admettant, pour renforcer l'efficacité de la répression pénale dans des domaines techniques, de ne retenir qu'une faute contraventionnelle pour caractériser l'existence d'infractions de nature délictuelles, la jurisprudence a admis que la faute pénale délictuelle pouvait être consommée en présence d'un seul fait matériellement défectueux, indépendamment de l'intention de son auteur. Ainsi, dans le domaine de l'environnement, des transports, de l'urbanisme, du travail, les magistrats ont progressivement pris l'habitude de présumer l'élément intentionnel de certaines infractions en le déduisant de l'existence de l'élément matériel, comme en témoignent les jurisprudences *Ferrier* et *Widerkehr*.⁵⁸⁸ Si en procédant de la sorte, la jurisprudence ampute assurément les délits de leur élément intentionnel, elle ne supprime pas pour autant la condition d'imputation, le juge pénal procédant à une analyse des conditions de la responsabilité pénale comme il le fait en matière contraventionnelle. Seule la personne imputable pouvait se voir reconnaître pénalement responsable d'un « délit matériel ». Cette question a perdu de son intérêt du fait de l'introduction de l'article 121-3 dans le Code pénal, mais ni ce dernier ni les dispositions spécifiques de l'article 339 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992⁵⁸⁹ n'ont supprimé les présomptions légales, de fait ou de responsabilité, qui s'appliquent au lieu et place des délits matériels, de sorte que si la responsabilité de plein droit semble exclue du champ pénal, il est tout à fait possible d'en trouver des traces.

2) Les avancées de la responsabilité pénale de plein droit

144. – L'instauration de présomptions de responsabilité en matière pénale – Dans un certain nombre de cas, le législateur consacre de véritables présomptions légales de responsabilité qui sont principalement utilisées dans des domaines très particuliers tels que la circulation routière ou les infractions de presse par exemple.⁵⁹⁰ Ces présomptions légales de responsabilité soulèvent une double question. D'une part, l'on peut se demander si ce type de mécanisme est pleinement conforme aux droits fondamentaux consacrés tant par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que par la Constitution ? D'autre part, l'on est en droit de s'interroger sur le caractère subjectif d'une responsabilité pénale reposant sur une présomption de

⁵⁸⁸ Cass. crim., 28 avr. 1977 : *Bull. crim.*, n° 147 ; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, opt. cit., 525. – 28 févr. 1956 : *Bull. crim.*, n° 205 ; *JCP* 1956, II, 9304, note de Lestang.

⁵⁸⁹ L. n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF* du 23 déc. 1992, 17568.

⁵⁹⁰ P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, bibl. sc. crim., t. 9, LGDJ, 1970.

responsabilité ? Il semble que la Cour de cassation⁵⁹¹, comme le Conseil Constitutionnel d'ailleurs⁵⁹², ont reconnu que, dans le principe, ces présomptions légales de responsabilité pénale n'étaient nullement contraires aux droits fondamentaux édictées tant au plan européen que par la Constitution, dès lors qu'elles ne présentent pas un caractère irréfragable, que les droits de la défense sont respectés, et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputation. Cette position rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère qu'à compter de l'instant où les textes aménagent à l'intéressé la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve contraire, la présomption de responsabilité en matière pénale ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux énumérés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Nous demeurons franchement sceptique car, à suivre le raisonnement proposé, les présomptions de responsabilité en matière pénale sont admises dès lors qu'elles ne privent pas la personne poursuivie de possibilités raisonnables de faire échec à la présomption qui pèse sur elle. Or, tel n'est pas toujours le cas comme le démontre M. Bouloc, « *le directeur de publication ne peut pas, en matière de diffamation, échapper à sa responsabilité pénale, la jurisprudence n'admettant pas la délégation et considérant que le directeur de la publication est censé avoir lu l'écrit diffamatoire* ». ⁵⁹³ De fait, ces présomptions de responsabilité, outre qu'elles portent atteinte à la présomption d'innocence, conduisent à désigner un pénalement responsable prédéterminé sans que la moindre preuve que celui-ci ait participé, de près ou de loin, aux agissements délictueux n'ait besoin d'être rapportée, ce qui rappelle furieusement les solutions retenues dans le domaine de la responsabilité civile. Le caractère particulièrement choquant de cette solution qui conduit à consacrer une responsabilité de plein droit en matière pénale est toutefois tempérée par le fait que ces présomptions de responsabilité sont instaurées par le législateur dans des secteurs d'activité précis, ce qui permet de supposer que les intéressés sont dûment informés de l'existence des présomptions de responsabilité pénale pesant sur eux.

145. – L'instauration de présomptions de fait en matière pénale – Comme le rappellent MM. Desportes et Le Gunehec, « *la jurisprudence admet en certaines matières l'existence de présomptions de fait parfois extrêmement puissantes qui ne laissent que peu d'échappatoires à la personne qu'elles désignent comme responsable* ». ⁵⁹⁴ La pratique judiciaire tend à démontrer que de telles présomptions pèsent essentiellement sur les dirigeants et les professionnels, dès lors qu'elles s'imposent toutes les fois

⁵⁹¹ Cass. crim., 17 déc. 1991, *Bull. crim.* n° 481.

⁵⁹² *Not.* : Cons. Const., n° 99-411 DC du 16 juin 1999 : *JORF* du 19 juin 1999, 9018. Y. MAYAUD, « Circulation routière. Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », *D.* 1999, 589. – J. BUISSON, « Les présomptions de culpabilité », *Procédures* 1999, 3.

⁵⁹³ B. BOULOC, « La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence », *RSC* 1993, 88.

⁵⁹⁴ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°469-3.

que l'infraction consiste en la violation d'une réglementation ou d'une interdiction que le professionnel ou le dirigeant avait en charge de respecter ou faire respecter. Ces présomptions de fait jouent en réalité comme des présomptions de responsabilité auxquelles les professionnels ou les dirigeants ne peuvent échapper. Bien qu'elles se distinguent des présomptions de responsabilité en ce qu'elles ont été progressivement instaurées par la jurisprudence, et non par le législateur, elles empruntent en réalité la même forme que ces dernières et produisent les mêmes effets dès lors qu'elles instaurent une véritable responsabilité pénale de plein droit fondée sur l'existence d'un fait anormal automatiquement imputé à un responsable préalablement désigné. *De facto*, la responsabilité pénale se fonde sur la contrepartie d'un pouvoir dont l'intéressé dispose en vue de prévenir la survenance de dommages, et dont il n'a pas usé ou mal usé. En certains domaines, la technique de la présomption de fait permet une répression facilitée des professionnels, ce qui est le cas de la répression du délit de tromperie à propos duquel la jurisprudence déduit la mauvaise foi du prévenu de ce que ce dernier n'a pas effectué les vérifications qui lui incombait⁵⁹⁵, solution appliquée avec rigueur à l'importateur, les magistrats décidant que « *sa mauvaise foi peut être déduite du fait qu'il n'a pas, alors même qu'il en avait le devoir, vérifié la composition des produits qu'il avait indiqué en se fiant aux seules indications qui lui avaient été fournies par le fabricant* ». ⁵⁹⁶

146. – La responsabilité pénale présumée du chef d'entreprise – Dans certaines hypothèses, la puissance des présomptions de fait ou de responsabilité évoquées précédemment a pu semer le trouble quant au caractère personnel de la responsabilité pénale. Il en est ainsi à propos de la responsabilité pénale des dirigeants, du chef d'entreprise pour prendre un terme plus générique. Il pèse en effet sur le chef d'entreprise une présomption de responsabilité qui conduit le juge, en cas de dommages trouvant sa cause dans une infraction aux règles d'hygiène ou de sécurité, à retenir sa responsabilité pénale, bien qu'il n'ait pas réalisé lui-même l'infraction, puisque son existence est le résultat d'agissement imputables à ses salariés. En apparence, l'on pourrait dire qu'il ne s'agit pas ici d'une présomption de responsabilité, mais tout simplement d'un cas de responsabilité pénale du fait d'autrui⁵⁹⁷, mais il n'en est rien. La Cour de cassation a toujours affirmé que « *si, en principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un préposé ; il en est ainsi, notamment, dans les industries ou*

⁵⁹⁵ Cass. crim., 4 mars 1971 : *Bull. crim.* n° 76. – 20 sept. 2011 : *Bull. crim.*, n° 181. V° égal. : Ph. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *ibid.*

⁵⁹⁶ Cass. crim., 10 avr. 1997 : *Bull. crim.* n° 98 ; *JCP E.* 1997, II, 328, note Robert.

⁵⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur ? », *JCP* 1985, I, 3218. – C. LAZERGES, « Responsabilité pénale du fait d'autrui du chef d'entreprise », *RSC* 1992, 104.

commerces réglementés, où la responsabilité pénale remonte aux chefs d'entreprises, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie ou commerce». ⁵⁹⁸ Ainsi, en retenant la responsabilité pénale du chef d'entreprise pour les faits infractionnels matériellement commis par ses salariés, la jurisprudence n'instaure pas une responsabilité pénale du fait d'autrui, mais une responsabilité pénale présumée du dirigeant basée sur le pouvoir de direction et de contrôle qui lui appartient sur les actes de ses préposés. ⁵⁹⁹ Autrement dit, « *la personnalisation facteur de responsabilité pénale peut ne pas être le reflet de la matérialité des faits, et il convient de dépasser les apparences pour atteindre le réel* ». ⁶⁰⁰ Ce n'est donc pas les faits matériels commis par autrui qui engagent la responsabilité pénale du chef d'entreprise, mais son manquement dans l'exercice de son pouvoir de direction et de contrôle sur les actes de ses préposés ; le fait d'autrui n'est que l'expression de la faute du dirigeant. Reste qu'en pratique, le juge ne recherche pas l'existence d'un manquement de la part du chef d'entreprise, elle le déduit de la présence d'un dommage trouvant sa cause dans une violation des règles d'hygiène ou de sécurité. Une telle solution érige assurément une responsabilité pénale de plein droit qui s'attache à la seule qualité de chef d'entreprise. Outre le fait que dans de nombreuses situations le dommage est le seul fait de l'incompétence ou de la négligence du salarié, il convient de rappeler que le chef d'entreprise n'a pas toujours les moyens de répondre à des obligations qui dépassent souvent l'ordre du possible, notamment lorsque la taille de l'entreprise ne lui permet pas d'être présent en tous lieux pour s'assurer que les consignes d'hygiène et de sécurité sont respectées par tous. Ceci explique d'ailleurs que la jurisprudence ait admis que le dirigeant pouvait se dégager de cette présomption de responsabilité en recourant à la délégation de pouvoir. ⁶⁰¹ Il peut ainsi déléguer à un préposé - investi par lui, et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller à l'observation des dispositions en vigueur - une part de sa responsabilité pénale. Il doit être observé que l'article L. 4741-1 du Code du travail, modifiée par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 ⁶⁰² instaure d'ailleurs une présomption de responsabilité pesant « *sur le chef d'entreprise ou son délégataire* » en matière d'hygiène et de sécurité.

⁵⁹⁸ Cass. crim., 17 oct. 1967 : *Bull. crim.* n° 250. – 14 févr. 1973 : *Bull. crim.* n° 81.

⁵⁹⁹ Cass. crim., 2 févr. 1966, *Bull. crim.* n° 32.

⁶⁰⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°370.

⁶⁰¹ V° not. : M. GIACOPELLI, « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *RSC* 2000, 525. – J.-F. RENUCCI, « La délégation de pouvoirs : questions d'actualité », *RJDA* 1998, 679. Plus largement sur cette question : F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Bibl. dr. de l'entreprise, Litec, 2000, 295.

⁶⁰² de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* du 18 mai 2011, 8537.

147. – La responsabilité pénale présumée des personnes morales – Introduite à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992, les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales sont inscrites à l'article 121-2 du Code pénal, duquel il résulte que la responsabilité pénale d'une personne morale ne peut être engagée qu'autant qu'une infraction a été commise pour son compte par ses organes ou représentants, ce qui exclu l'imputation directe d'une infraction pénale à la personne morale au profit d'une responsabilité pénale par représentation qui exige nécessairement que les éléments matériels et moraux d'une infraction soient, en premier lieu, caractérisés au regard d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant pour, en second lieu, être imputés à la personne morale. C'est le principe consacré à l'article 121-2 du code pénal, et auquel le juge s'est conformé, retenant qu'« *il résulte de l'article 121-2 du code pénal que les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants, sans qu'il soit nécessaire, cependant, que l'organe ou le représentant ait été personnellement déclaré coupable des faits reprochés à la personne morale* ». ⁶⁰³ Toutefois, un courant jurisprudentiel s'est progressivement dégagé pour admettre que les personnes morales puissent être déclarées coupables d'une infraction non intentionnelle sans que les juges ne précisent l'identité ou la qualité de l'auteur personne physique des manquements constitutifs du délit. Ainsi, dans plusieurs arrêts, la chambre criminelle a retenu la responsabilité pénale de la personne morale en présence d'un délit non-intentionnel en se fondant sur une présomption de responsabilité résultant de ce que « *l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants* ». ⁶⁰⁴ Cette solution, qui été étendue aux infractions intentionnelles ⁶⁰⁵, a été vivement critiquée en doctrine en ce qu'elle instaurait finalement une responsabilité pénale directe de la personne morale. ⁶⁰⁶ Par deux arrêts récents ⁶⁰⁷, la Cour de cassation semble revenir à une lecture plus orthodoxe des conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales ⁶⁰⁸, exigeant des juges du fond qu'ils s'expliquent sur

⁶⁰³ Cass. crim. 2 déc. 1997 : *Bull. crim.* n° 408 ; *D.* 1999, 152, obs. Roujou de Boubée ; *RSC* 1998, 536, obs. Bouloc.

⁶⁰⁴ Cass. crim., 20 juin 2006 : *Bull. crim.* n° 188 ; *D.* 2007, II, 617, note Saint-Pau ; *RSC* 2006, 825, obs. Mayaud ; *JCP G.* 2006, II, 10199, note Dreyer. – 9 mars 2010, *D.* 2010, II, 2135, note Maréchal ; *RSC* 2010, 617, obs. Mayaud. – 22 févr. 2011 : *D.* 2011, 752, obs. Bombléd ; *ibid.*, II, 985, note Lasserre Capdeville ; *Gaz. Pal.* 2011, 8, note Saint-PauV° not. : J.-Y. MARÉCHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », *SJ G.* 2009, étude, 249.

⁶⁰⁵ Cass. crim. 25 juin 2008 : *Bull. crim.* n° 167 ; *D.* 2009, 1723, obs. Mascala.

⁶⁰⁶ J.-C. SAINT-PAU, « L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », in *Essai de philosophie pénale et criminologie*, vol. 10, Dalloz, 2012, 54. – P. MORVAN, « La personne morale maltraitée par le droit pénal », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, op. cit., 171.

⁶⁰⁷ Cass. crim., 11 oct. 2011 : *Bull. crim.*, n° 202 ; *D.* 2011, II, 2841, note Rias ; *RSC* 2011, 825, obs. Mayaud. – 11 avr. 2012 : *Bull. crim.*, n° 94 ; *D.* 2012, II, 1381, note Saint-Pau.

⁶⁰⁸ En ce sens : N. RIAS, « Mise en oeuvre de la responsabilité des personnes morales : vers un retour à l'orthodoxie ? », note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, *D.* 2011, II, 2841. *Égal.* : J.-H. Robert, « Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales », *SJ G.* 2011, 1385.

la qualité des personnes physiques ayant commis les infractions susceptibles d'être imputées à la personne morale. Ces arrêts, s'ils rappellent l'exclusion de la responsabilité pénale directe de la personne morale, ne mettent toutefois pas un terme à l'imputation présumée d'une infraction à la personne morale. Celle-ci est double. D'une part, il peut être observé qu'en certains domaines, la responsabilité pénale des auteurs personnes physique est présumée, ce qui est le cas du chef d'entreprise ou de son délégué en cas de manquement aux règles d'hygiène ou de sécurité. Or, l'un comme l'autre apparaissent comme un organe ou un représentant de la personne morale, si bien que si l'on admet l'imputation présumée de l'infraction au chef d'entreprise ou de son délégué, on admet par voie de conséquence l'imputation présumée de l'infraction à un organe ou un représentant de la personne morale, et *de facto* l'imputation présumée de l'infraction à la personne morale.⁶⁰⁹ D'autre part, la jurisprudence a instauré, dans le domaine intentionnel, de véritables présomptions d'imputation en déduisant de la nature même de l'infraction qu'elle ne pouvait être « *nécessairement commise par un organe ou un représentant* » de la personne morale, et « *pour le compte* » de cette dernière.⁶¹⁰

148. – En conclusion – Si la responsabilité pénale demeure fondée sur l'existence d'une « *culpa* », celle-ci connaît néanmoins des cas de responsabilité pénale de plein droit fondée sur de véritables présomptions de culpabilité qui la rapproche de la responsabilité civile. Mais contrairement à cette dernière, la responsabilité pénale de plein droit est utilisée pour renforcer la fonction première de la responsabilité pénale : la détermination du coupable. De fait, les présomptions de responsabilité sont utilisées ici pour renforcer la vigueur de la force normative de la norme pénale, et non pour l'amoindrir, en limitant son utilisation à des contentieux extrêmement techniques ou lorsque la responsabilité pénale d'une personne morale se trouve en jeu, de sorte que soit la preuve de la culpabilité de l'auteur pourrait être très difficile à rapporter, soit l'impossible identification de l'organe ou du représentant ayant accompli les faits délictueux ferait échec à toute condamnation pénale. Contrairement à ce qui a pu être observée dans le domaine de la responsabilité civile, la responsabilité de plein droit est utilisée en droit pénal pour favoriser la recherche et la sanction du véritable auteur de l'infraction, celui est réellement à l'origine de leur dommage, et non un simple débiteur d'assurance en capacité de l'indemniser.

⁶⁰⁹ L'imputation présumée d'une infraction à un organe ou un représentant d'une personne morale n'est pas censurée par l'arrêt rendu le 11 octobre 2011 comme il a pu être dit parfois, car la Cour de cassation « *n'a pas reproché aux juges du fond de poser une présomption d'imputation en contravention de l'article 121-2 du Code pénal, [...] mais a seulement cassé, une décision qualifiant de représentants des personnes qui, à l'évidence, n'étaient pas dotées d'un pouvoir de décision : il s'agissait de simples agents d'exécution* ». En ce sens : J.-C. SAINT-PAU, « Imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale », note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, *D.* 2012, II, 1381.

⁶¹⁰ Cass. crim., 21 mars 2000 : *Bull. crim.* n° 128. – 28 janv. 2009 : *Dr. pén.* 2009, comm. 76, obs. Robert. – 16 déc. 2009, *Gaz. Pal.* 2010, 20, obs. Détraz.

B – LA RÉPRESSION PÉNALE DE L'IMPRUDENCE FONDÉE SUR LA CAUSALITÉ

149. – Le déplacement du curseur de la responsabilité pénale – Il est au moins un domaine dans lequel la causalité est passée au premier plan des conditions de la responsabilité pénale, c'est celui de la répression des délits non-intentionnels. Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, ce n'est en effet plus réellement la faute qui constitue la condition primordiale de la responsabilité pénale, mais la causalité, du moins en ce qui concerne les auteurs personnes physiques, le caractère direct ou indirect du lien de causalité déterminant leur responsabilité pénale **(1)**. Si le législateur espérait ainsi faire sortir du champ pénal un certain nombre de comportements, c'était sans compter la détermination et l'habileté du juge à ne pas tenir compte des nouvelles définitions de la causalité, comme de la faute pénale d'ailleurs, pour précisément maintenir dans le champ pénal des comportements qui devraient en être exclus **(2)**.

1) La causalité, curseur de la responsabilité pénale dans le domaine de l'imprudence

150. – La montée de la causalité comme élément primordial de la responsabilité pénale – L'entrée en vigueur des dispositions de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 a profondément modifié les repères traditionnels bornant les conditions d'engagement de la responsabilité pénale.⁶¹¹ À l'origine, cette loi poursuivait un objectif de dépénalisation à l'égard des personnes physiques auteurs indirects de dommages résultant d'une imprudence, et c'est par une subtile articulation de la causalité et de la faute que le législateur entendait parvenir à ce résultat. Pour bien comprendre le mécanisme mis en place par le législateur, il convient d'observer la situation antérieure à l'entrée en vigueur de ce texte. Avant la loi du 10 juillet 2000, « *la faute non intentionnelle était toujours sanctionnée, quel que soit son impact sur le dommage, qu'elle ait contribué directement ou indirectement à en permettre la réalisation* ». ⁶¹² La sévérité de la répression pénale de l'imprudence s'expliquait, tout d'abord, par le souci de répondre favorablement au besoin de justice exprimé par le corps social imposant la condamnation pénale des individus ayant, par leur imprudence ou leur négligence, provoqué des dommages corporels graves allant parfois jusqu'au décès de leur victime, ensuite, du fait que l'application du principe de l'unité des fautes pénale et civile d'imprudence conduisait nécessairement le juge pénal à retenir dans les liens de la prévention les auteurs de dommages en vue de permettre l'indemnisation des victimes, même en présence de

⁶¹¹ Not. : Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », *D.* 2000, I, 604. – F. LE GUNEHÉC, « Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels », *JCP G.* 2000, I, 1587. – E. FORTIS, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », *RSC* 2001, 737. – A. D'HAUTEVILLE, « Les transformations de la faute pénale », in *Le nouveau code pénal dix ans après*, Pédone, 2005, 1.

⁶¹² A. BLANCHOT, « Délits non intentionnels : la responsabilité de l'auteur indirect », *D.* 2001, 560.

simples poussières de faute.⁶¹³ Plusieurs rapports émanant de sénateurs ou de conseillers d'État ont mis en exergue un « excès de responsabilité pénale » qui « ne pouvait que nuire au développement de certaines fonctions ou professions »⁶¹⁴, notamment dans le milieu politique, la menace de mises en examen résultant de la multiplication des constitutions de partie civile des victimes d'accidents collectifs étant ressentie très vivement par les élus et les décideurs publics ou privés, dès lors que leurs décisions ou absence de décisions se situaient très en amont dans la chaîne causale.⁶¹⁵ Avec la loi du 10 juillet 2000, et dans une perspective de dépénalisation de la faute simple en lien de causalité indirect avec le dommage commise par des auteurs personnes physiques, « la causalité [devient un] facteur de différence pour la faute elle-même, qui devient une source diversifiée de responsabilité selon que le dommage en est le produit direct ou indirect ».⁶¹⁶ Désormais, si une simple faute suffit lorsque le dommage est en lien de causalité direct avec le fait anormal, une faute délibérée ou caractérisée est exigée en cas de dommage en lien de causalité indirect avec le fait anormal dans lequel ce dernier trouve son origine. Comme le fait remarquer M. Mayaud, « cette dualité quant au régime revient à ne plus soumettre à répression ce qui participe d'une simple faute, lorsqu'elle ne se double pas d'une causalité significative, à l'opposé des fautes les plus graves, qui, au contraire, méritent d'être sanctionnées sur la foi d'une causalité moins tranchée, pour ce qu'elles représentent de délinquance en soi ».⁶¹⁷

151. – La causalité érigée en paramètre déterminant de la responsabilité pénale – Avec la réforme du 10 juillet 2000, la responsabilité pénale se trouve indéniablement rivée à l'appréciation du caractère certain ou incertain de la causalité. L'objectif du législateur est clair : dépénaliser partiellement la simple faute d'imprudence. Deux hypothèses devaient donc en principe être distinguées à propos de l'auteur personne physique. La première est celle de la causalité directe entre le comportement de l'auteur et le dommage. Dans ce cas, toutes les fautes pénales peuvent engager sa responsabilité, de la plus légère à la plus grave. La seconde est celle de la causalité indirecte - qui peut être définie comme la création ou la contribution à la création de la situation qui a permis la réalisation du dommage - entre le comportement de l'auteur et le dommage. Dans ce cas, la simple faute d'imprudence ne suffit pas à engager la responsabilité pénale de l'auteur, il faut établir l'existence d'une faute délibérée - définie comme la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement - ou

⁶¹³ H. MOUTOUH, « L'accident du Drac : une application de la nouvelle définition des délits non intentionnels », *D.* 2001, II, 556.

⁶¹⁴ Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non-intentionnelle en droit pénal... à propos de la loi du 10 juillet 2000 », *ibid.*

⁶¹⁵ A. D'HAUTEVILLE, « Les transformations de la faute pénale », *op. cit.*, 4-5.

⁶¹⁶ Y. MAYAUD, *ibid.*

⁶¹⁷ Y. MAYAUD, *ibid.*

caractérisée - définie comme le fait d'exposer autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer - pour que celui-ci se trouve retenu dans les liens de la prévention. De fait, les auteurs indirects ne devaient plus répondre de leurs imprudences ou négligences dans le prétoire pénal, sauf à pouvoir retenir contre eux l'une des deux fautes pénales qualifiées évoquées. La réforme du 10 juillet 2000 marque assurément un déclin de la faute comme condition primordiale de la responsabilité pénale, et à l'instar de ce qui a pu être observé dans la responsabilité civile, c'est la nature du lien de causalité qui détermine finalement l'étendue de la responsabilité pénale des auteurs personnes physiques. Reste que la réforme du 10 juillet 2000, telle que le législateur entendait qu'elle soit appliquée, aboutissait à une situation particulière injuste et guère souhaitable sur le plan moral, dès lors que les dispositions de la circulaire d'application du 10 octobre 2000 affirmaient que *« le législateur a ainsi entendu éviter que puissent être à l'avenir prononcées, pour des infractions involontaires, des condamnations paraissant injustifiées, ce qui, du fait de la législation alors applicable, a parfois été le cas dans le passé, spécialement lorsqu'elles concernaient des "décideurs publics", élus locaux ou fonctionnaires. Il a toutefois voulu éviter que, dans des domaines sensibles, comme en matière de droit du travail, de circulation routière, de santé publique ou de protection de l'environnement, les modifications apportées à notre droit aboutissent à un affaiblissement de la répression et de la prévention des dommages »*.⁶¹⁸ Les premières décisions rendues par la jurisprudence confirmaient effectivement l'avènement d'une justice pénale favorable aux décideurs publics, mais pas pour les décideurs privés, pour lesquels la faute qualifiée se trouve déduite de toute violation d'une prescription réglementaire concernant la sécurité.⁶¹⁹ Différencier le traitement judiciaire des justiciables en se fondant sur leur qualité nous semble franchement critiquable, et contraire au principe de l'égalité de tous devant la loi consacrée par l'article 6 de la DDHC de 1789. Reste qu'en érigeant la causalité en curseur de la responsabilité, le législateur offrait au juge un formidable instrument de (re)pénalisation des comportements qui auraient précisément dû sortir du champ pénal si les dispositions de la loi Fauchon avaient été appliquées strictement.

⁶¹⁸ Circ. CRIM 2000-09 F1/11-10-2000 - NOR : JUSD0030175C du 11 octobre 2000. Présentation des dispositions de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁶¹⁹ En ce sens : Ph. CONTE, « Le risque pénal dans l'entreprise, bilan de l'application aux accidents du travail des nouveaux principes gouvernant la faute d'imprudence et quelques réflexions sur l'État de droit », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ph. CONTE, C. GIRAUD VAN GAVER, J.-H. ROBERT, C. SAINT-PAU (dir.), Jurisclasseur, Coll. carré droit, Litec, 2003, 35.

2) *Le lien de causalité, un outil jurisprudentiel de pénalisation des comportements légalement dépenalisés*

152. – Le dévoiement de la causalité directe par le juge pénal : de la dépenalisation à la pénalisation – En faisant de la causalité la condition primordiale de la responsabilité pénale, le législateur entendait ainsi dépenaliser une grande partie des auteurs personnes physiques, en rendant les conditions d'engagement de leur responsabilité beaucoup plus difficile en présence d'un lien de causalité indirect entre le dommage et le fait imprudent ou négligent qui en est à l'origine. Globalement, la jurisprudence est demeurée dans les limites que la réforme du 10 juillet 2000 a posées concernant le contrôle de la causalité indirecte.⁶²⁰ En revanche, tel n'est pas le cas concernant la causalité directe, laquelle semble avoir exercé un véritable attrait sur les juges. Dans la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, l'objectif de dépenalisation passe par le fait que, seule la causalité directe permet de sanctionner la simple imprudence, la simple erreur de conduite, la simple défaillance. Ce n'est en effet que « *par référence à une faute délibérée ou caractérisée que le dommage devient source de responsabilité pénale lorsque la causalité est indirecte* ». ⁶²¹ Ainsi, tant que l'approche de la causalité ne se fait pas trop à l'avantage du lien direct, l'objectif de la réforme est respecté, et elle peut alors produire ses effets dépenalisant. *A contrario*, plus ce lien de causalité direct trouve à s'appliquer, moins la dépenalisation devient effective. Or, les magistrats se sont montrés rapidement hostiles à la finalité dépenalisante des dispositions de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, et c'est donc une application toujours plus étendue de la causalité directe que ces derniers ont retenu. Pour se faire, ils ont progressivement estompés les limites de séparation avec la causalité indirecte et ont consacré l'existence d'un critère nouveau tiré du paramètre déterminant. La notion de paramètre déterminant peut se définir comme « *la portée décisive de certaines circonstances, qui, malgré leur défaut apparent de proximité avec le dommage, sont considérées comme ayant un impact direct dans sa réalisation* ». ⁶²² Dans un arrêt bien connu, la Cour de cassation a ainsi pu affirmer l'existence d'un lien causal qualifié de direct entre l'excès de vitesse d'un automobiliste circulant à grande vitesse et le dommage subi par un autre conducteur heurté de front lors du croisement des deux voitures, sans que soit pris en considération le fait que le prévenu ait perdu le contrôle de son véhicule à la suite d'un premier heurt avec un sanglier traversant la chaussée. ⁶²³ Dans d'autres décisions ⁶²⁴, la jurisprudence a également retenu une causalité directe en usant du critère

⁶²⁰ Y. MAYAUD, « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application... », *AJ pénal* 2006, 146.

⁶²¹ Y. MAYAUD, *ibid.*, 148.

⁶²² Y. MAYAUD, « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application... », *ibid.*

⁶²³ Cass. crim., 25 sept. 2001 : *Bull. crim.* n° 188 ; RSC 2002, 100, obs. Mayaud.

⁶²⁴ Not. : Cass. crim., 29 oct. 2002 : *Bull. crim.* n° 196 ; RSC 2003, 330, obs. Mayaud.

du paramètre déterminant, ce dont il faut déduire « *que la cause directe ne se confond pas avec l'origine première de l'accident, ou l'événement physique qui l'a déclenché. Elle est compatible avec d'autres données, qui dépassent ou surpassent ce qui correspond au premier maillon d'une chaîne qui en compte plusieurs. Elle peut être le produit d'une relation moins flagrante, tout en participant d'un lien de proximité avec le dommage, ce qui ne la prive pas de cette nature immédiate, et n'en fait pas un simple élément de « contribution » à sa réalisation, au sens indirect du terme. Un événement d'apparence secondaire, par opposition à ce qui est premier, peut donc être directement causal, dès lors qu'il est un paramètre déterminant.*⁶²⁵ De fait, tout ce qui s'inscrit dans la logique d'un enchaînement causal ininterrompu a vocation à être direct, même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une cause chronologiquement première. En somme, nous ne nous situons pas très loin finalement des solutions antérieures à la loi du 10 juillet 2000 relatives à la causalité indirecte, et que cette dernière entendait faire sortir du champ pénal.⁶²⁶ Les applications extensive de la causalité directe, ont entraîné, notamment dans le contentieux des accidents médicaux, lorsque les choix décisionnels portent sur la réalisation d'un acte médical, l'apparition d'une jurisprudence fluctuante peu propice à la sécurité juridique. Ainsi, dans certains cas, le juge ne retient pas la causalité directe pour déclarer un médecin régulateur au centre de réception et de régulation des appels médicaux du SAMU coupable d'homicide involontaire, une cour d'appel énonce qu'en faisant le choix, après avoir procédé de manière rapide, superficielle et incomplète à l'interrogatoire téléphonique de l'épouse de la victime, d'envoyer sur place un médecin de quartier dépourvu des moyens d'intervention nécessaires plutôt que l'une des trois ambulances du service médical d'urgence alors disponibles⁶²⁷, alors que dans d'autres, il retient une causalité indirecte.⁶²⁸ Cette jurisprudence révèle que ceux qui reprochent à la loi de s'attaquer aux « *lampistes* » ont pleinement raison⁶²⁹, la pratique démontrant que c'est celui qui est « *en bout de chaîne* » qui serait, *a priori*, nécessairement plus coupable puisqu'une faute ordinaire suffit à engager sa responsabilité. Cette jurisprudence induit « *un risque évident d'arbitraire du juge dès lors qu'il a le redoutable pouvoir de faire le tri entre les causes décisives et incidentes du dommage. Comment discerner avec une parfaite objectivité qu'une faute a été ou non déterminante du dommage « tant la maîtrise d'une causalité passe par de subtiles nuances ?* ».⁶³⁰

⁶²⁵ Y. MAYAUD, « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application... », op. cit., 149.

⁶²⁶ J.-P. VIAL, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », *AJ pénal* 2012, 84.

⁶²⁷ Cass. Crim., 29 oct. 2002 : *ibid.* – 13 nov. 2002 : *Bull. crim.* n° 203.

⁶²⁸ Cass. crim. 2 déc., 2003 : *Bull. crim.* n° 226. – 12 sept. 2006 : *Bull. crim.* n° 219.

⁶²⁹ Ph. CONTE, « Le lampiste et la mort », *Dr. pén.* 2001, chron. 8

⁶³⁰ J.-P. VIAL, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », op. cit., 86.

153. – La dénaturation de la faute caractérisée par le juge – Au-delà du dévoiement de la causalité directe, les magistrats ont usé rapidement d'un autre levier que celui de la causalité en vue de contrer l'effet dépenalisant de la loi Fauchon : celui de la faute caractérisée. En exigeant l'existence d'une faute qualifiée pour engager la responsabilité pénale des personnes physiques en présence d'un lien de causalité indirecte, le législateur pensait très certainement garantir l'effet dépenalisant de la loi du 10 juillet 2000. Il est vrai que la faute délibérée, enserrée dans des conditions d'application relativement strictes - nécessité de démontrer l'existence « *d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » - semble avoir répondu positivement à cette attente, ce qui n'est certainement pas le cas de la faute caractérisée qui a su combler tous les espoirs des magistrats en leur permettant de faire revenir dans le champ pénal tous les comportements qui auraient dû normalement en sortir.⁶³¹ La largesse de la définition proposée par le loi de la faute caractérisée - qui est constitué dès lors que l'agent a « *exposé autrui à un risque d'une particulière gravité* » qu'il « *ne pouvait ignorer* »⁶³² - a permis aux magistrats de procéder à une « *résorption de la faute délibérée* » et une « *absorption de la faute ordinaire* ». ⁶³³ La largesse de cette définition a permis au juge, tout d'abord, de pouvoir retenir dans les liens de la prévention tous les comportements à l'encontre desquels il était impossible de caractériser l'existence d'une « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». En présence d'une faute revêtant une certaine gravité, et en l'absence d'une obligation préexistante de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, le juge ne pouvant entrer en répression sur le fondement d'une faute délibérée retient l'existence d'une faute caractérisée⁶³⁴, ce que certains auteurs ont appelé « *la vocation supplétive de la faute caractérisée* ». ⁶³⁵ Concernant l'absorption de la faute ordinaire, les magistrats ont élargi autant que faire se peut la définition de la faute caractérisée, acceptant de retenir l'existence d'une telle faute en présence d'une faute ordinaire d'une particulière gravité, mais également en présence d'une accumulation de négligences ou d'une série d'imprudences ou de négligences. De fait, la faute caractérisée

⁶³¹ P. MORVAN, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de culpabilité », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 443.

⁶³² En jurisprudence, il a été également question d'une « *faute dont les éléments sont bien marqués et d'une certaine gravité, ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une particulière évidence* » (TGI La Rochelle, 7 sept. 2000 : D. 2000, 250), d'une faute « *d'une particulière intensité* », devant « *correspondre à un comportement présentant un caractère blâmable, inadmissible* » (CA Poitiers, 2 févr. 2001 : JCP G. 2001, II, 10534, note Salvage) ou encore d'un « *manquement [...] à des obligations professionnelles essentielles* » ou « *l'accumulation d'imprudences ou de négligences successives témoignant d'une impéritie prolongée* » (CA Lyon, 28 juin 2001 : RSC 2001, 804, obs. Mayaud).

⁶³³ X. PIN, « La notion de faute pénale : 121-3 = 0 », in *Droit pénal : le temps des réformes* op. cit., 106-107. En ce sens : Y. JOSEPH-RATINEAU, « Tous les chemins mènent à la faute caractérisée », note sous Cass. crim., 18 nov. 2008, D. 2009, II, 1320.

⁶³⁴ TGI La Rochelle, 7 sept. 2000 : D. 2000, 250. V° égal. : A. PONSEILLE, « La faute caractérisée », RSC 2003, 89.

⁶³⁵ Y. MAYAUD, obs. sous Cass. crim., 15 oct. 2002 : RSC 2003, 96. V° égal. en ce sens : F. DESPORTES, « La responsabilité pénale en matière d'infractions non intentionnelles. La loi du 10 juillet 2000 devant la chambre criminelle », in *La responsabilité, Rapport de la Cour de cassation 2002*, La Documentation Française, 2003, 67.

dispose d'un « *double visage* »⁶³⁶ dès lors qu'elle peut être retenue en présence d'une faute unique d'une particulière gravité, ce qui tend à la rapprocher de la « *faute lourde* »⁶³⁷, ou d'une accumulation de fautes simples résultant d'une série d'imprudences ou de négligences. De ce point de vue, la faute caractérisée a effectivement eu un « *bel avenir* »⁶³⁸ en ce qu'elle a permis au juge de neutraliser l'effet dépenalisant de la réforme du 10 juillet 2000.⁶³⁹

154. – En conclusion – Si l'ascension de la causalité au premier rang des conditions de la responsabilité pénale dans le domaine de l'imprudence devait faire sortir du champ pénal un certain nombre de comportements moralement blâmables, l'application extensive des dispositions de la loi n°2000-677 du 10 juillet 2000 par le juge a eu pour effet de les y maintenir. En retenant en effet une interprétation particulièrement souple de la notion de causalité directe, en recourant notamment au concept de paramètre déterminant, d'une part, et une conception particulièrement large de la notion de faute caractérisée, de sorte que celle-ci se trouve constituée aussi bien en présence d'une faute lourde ne revêtant pas toutefois les caractères de la faute délibérée qu'en présence d'une accumulation de faute d'imprudence simples, d'autre part, la jurisprudence a indéniablement neutralisé l'effet dépenalisant de la réforme du 10 juillet 2000 et ainsi maintenu la vigueur de la fonction normative de la responsabilité pénale en maintenant dans le champ pénal des comportements qui auraient dû en sortir, de sorte que les victimes ne peuvent être qu'incitées à agir sur le terrain de la responsabilité plutôt que celui de la responsabilité civile dès lors qu'elles désirent obtenir du procès autre chose qu'une simple indemnisation.

155. – Conclusion du paragraphe 2 – Si la responsabilité pénale n'est pas demeurée insensible aux attraits de la responsabilité de plein droit, comme en témoigne l'existence des présomptions de responsabilité ou de fait, voire des présomptions d'imputation dans le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales, et bien que le curseur de la responsabilité se soit déplacée de la faute à la causalité dans le domaine de la répression pénale de l'imprudence, la vigueur de la fonction normative de la responsabilité pénale s'est incontestablement maintenue. Ce résultat doit être mis au compte du juge qui a su manipuler les différents outils conditionnant la responsabilité pénale de manière cohérente en vue d'éviter que les coupables ne se dissimulent derrière de simples répondants qui, bien qu'ayant parfois commis matériellement les faits, ne

⁶³⁶ Y. JOSEPH-RATINEAU, « Tous les chemins mènent à la faute caractérisée », op. cit., 1322.

⁶³⁷ X. PIN, « La notion de faute pénale : $121-3 = 0$ », op. cit., 108.

⁶³⁸ Y. MAYAUD, « Un bel avenir pour la faute caractérisée », *RSC* 2001, 381.

⁶³⁹ D. COMMARET, « La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 2002, 4. – F. ALT-MAES, « La grande illusion : la dépenalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin », in *Le Droit et les droits. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, op. cit., 1.

sauraient pour autant être considérés comme responsables dès lors qu'ils ne disposent pas de l'autorité ou de la compétence pour prévenir la réalisation du dommage. Cela explique les présomptions de responsabilité ou de fait instauré par la jurisprudence, et pesant notamment sur les dirigeants. C'est une logique différente qui légitime les présomptions d'imputation applicables aux personnes morales, puisqu'en l'occurrence, elles sont une manifestation de la volonté du juge d'atteindre l'auteur réel de l'infraction en rendant son éventuelle dissimulation derrière la personne morale moins efficace. En frappant la personne morale, la responsabilité pénale atteint *de facto* l'auteur personne physique à l'origine de l'infraction, ainsi que l'ensemble de ces associés qui ne pourront donc plus ignorer les agissements délictueux que l'un ou plusieurs d'entre eux ont commis en utilisant la personne morale. En manipulant ainsi les conditions de la responsabilité pénale, le juge a maintenu l'union du « couple responsabilité-culpabilité »⁶⁴⁰, et ainsi contribué à maintenir la vigueur de sa fonction normative.

156. – Conclusion de la section 1 – Alors que dans le domaine de la responsabilité civile, le « divorce du couple responsabilité-culpabilité » est aujourd'hui largement consommé, il conserve en revanche toute sa vigueur dans le domaine de la responsabilité pénale, les mêmes causes n'ayant pas produit les mêmes effets. Si dans les deux domaines il peut être observé que des présomptions de responsabilité ont été érigées et que la causalité s'est progressivement imposée comme une condition primordiale de la responsabilité civile comme pénale, ce fut pour dissocier les notions de culpabilité et de responsabilité en vue de garantir l'indemnisation des victimes dans le domaine de la responsabilité civile, alors qu'en droit pénal ces outils ont davantage été utilisés pour désigner, au plus juste des faits, l'auteur de la faute à l'origine du dommage. Comment s'étonner dans ce contexte que les victimes privilégient le recours à la voie pénale pour résoudre leurs litiges, ce d'autant que dans le même temps, leurs intérêts subjectifs ou collectifs se retrouvent au premier rang de l'ordre des valeurs pénalement protégées dans de nombreux textes d'incrimination ? Comment ne pas comprendre qu'elles aillent désormais chercher leurs coupables, non plus sur le terrain d'une responsabilité civile qui ne leur donnera que des débiteurs d'assurance prédéterminés, mais sur le terrain d'une responsabilité pénale, qui seule, dit la faute et en désigne l'auteur véritable ? Alors que le juge civil manipule les conditions de la responsabilité civile pour favoriser la réparation du dommage ou du risque de dommage par la désignation d'un simple débiteur en mesure d'indemniser la victime, le juge pénal utilise les conditions de la responsabilité pénale pour dire la faute et en désigner le véritable auteur.

⁶⁴⁰ D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », in *Le droit privé à la fin du XX siècle*, études offertes à P. Catala, op. cit., 571.

SECTION 2. LA SANCTION PÉNALE SOLLICITÉE POUR PUNIR LES ATTEINTES PORTEES AUX INTÉRÊTS PARTICULIERS

157. – Une sollicitation renforcée – La sanction pénale s'imposant comme l'ombre portée de la responsabilité pénale, il est logique de considérer que le recours accru à la responsabilité pénale emporte, par voie de conséquence, un recours accru à la sanction pénale. Pourtant, le recours à la responsabilité pénale est la plupart du temps motivé par le désir de voir le dommage rétribué par le prononcé d'une sanction pénale, de sorte que ce serait en réalité la volonté de voir le dommage sanctionner d'une peine qui motiverait les victimes à rechercher la condamnation de leur auteur sur le terrain de la responsabilité pénale plutôt que celui de la responsabilité civile. Le raisonnement est logique dans la mesure où la responsabilité civile s'est détachée de la faute morale pour garantir l'indemnisation des victimes, elle ne peut décemment plus poursuivre une finalité punitive sans heurter l'idéal de justice auquel nos sociétés contemporaines sont passionnément attachées (§.1). *A contrario*, le droit pénal s'impose comme le gardien de cet idéal de justice dès lors qu'en la matière, seul le coupable est considéré comme responsable, et que seul ce coupable est sanctionné (§.2).

§.1 L'AFFAIBLISSEMENT DE LA FONCTION PUNITIVE DE LA SANCTION CIVILE

158. – Le refoulement de la fonction punitive de la responsabilité civile. – Si certaines sanctions civiles sont susceptibles d'apparaître comme de véritables peines, il ne s'agit que de sanctions prononcées à la marge⁶⁴¹, de sorte que la principale sanction juridique utilisée par la responsabilité civile, c'est l'allocation d'une indemnité que le répondant devra verser à la victime en réparation de son dommage. À compter de l'instant où l'on admet que le répondant soit préalablement déterminé par le jeu de présomptions de faute ou de responsabilité auxquelles il est bien difficile d'échapper, il est exclu d'imputer sur le patrimoine personnel de ce répondant la charge d'une dette de réparation puisque l'on ne saurait lui imputer la faute qui en est à l'origine. Ceci explique que le débiteur puisse transférer, volontairement ou incidemment, l'obligation de recouvrer cette dette de réparation à un « tiers-payeur » qui peut être, soit un assureur **(A)**, soit un fond de garantie ou d'indemnisation public **(B)**.

⁶⁴¹ Sur cette question : « Le prononcé des amendes civiles par la Cour de cassation 2000-2011 », en ligne sur le site interne de la Cour de cassation (www.courdecassation.fr).

A – LE TRANSFERT DE LA DETTE DE RÉPARATION A L'ASSUREUR

159. – Le transfert de la dette de réparation encadré – Parce que l'objectivation des régimes de responsabilité civile conduit le juge à désigner un répondant qui devra réparer les conséquences dommageables d'un fait non fautif s'imposant à lui bien souvent comme un événement aléatoire, le transfert de la dette de réparation à un assureur paraît éminemment nécessaire pour que ce système, « *d'une rigueur ayant parfois odeur d'injustice* »⁶⁴², puisse être accepté par le justiciable **(1)**. Toutefois, la viabilité économique du système assurantiel commande de ne transférer à l'assureur que les dettes que celui-ci s'est engagé à honorer au lieu et place du répondant et qui résultent d'un aléa, de sorte que le système assurantiel participe au maintien de la fonction normative de la responsabilité civile *a minima* **(2)**.

1) *Le transfert de la dette de réparation à l'assureur nécessaire*

160. – Le rôle de l'assurance dans l'objectivation des régimes de responsabilité civile – Jamais la responsabilité de plein droit n'aurait connu l'essor qui fut le sien sans que, corrélativement, des circuits de dérivation soient mis en place en vue de protéger les patrimoines de ceux qui se voyaient ainsi condamnés à réparer les conséquences dommageables d'un fait non fautif. Comme l'exprimait Mme Viney, « *comment [...] imaginer que l'incidence des dommages [...] ait pu arbitrairement être placée à la charge des patrimoines individuels de ceux qui [...] en avaient été l'occasion alors qu'aucun reproche ne pouvait leur être adressé pour justifier cette charge ? Un tel renversement des coups du sort eût été aussi peu satisfaisant en équité qu'illusoire en pratique. Si l'accablement de la victime émeut, reporter ce désastre sur un auteur innocent ne satisfait pas davantage la justice* ». ⁶⁴³ La dissociation progressive de la responsabilité et de la culpabilité ne pouvait se concevoir qu'à la condition que la charge de la dette de réparation résultant de la condamnation du répondant prédéterminé n'obère pas son patrimoine, et avec l'assurance, « *il devenait alors très raisonnable de réparer les conséquences des dommages dont la cause était inconnue ou dont l'origine incombait à une activité non fautive, dès lors que l'incidence de cette réparation pesait sur une collectivité [...]* ». ⁶⁴⁴ Du côté du répondant, elle permet de mesurer l'effort économique qui lui ait demandé en lui évitant le risque de faillite, tandis que du côté des victimes elle permet de rendre le système plus efficace en garantissant la solvabilité de son débiteur. En d'autres termes, « *être responsable aujourd'hui, c'est dans une large mesure, avoir l'obligation de contracter une*

⁶⁴² P. ESMEIN, note ss. Cass. civ. 2^e, 13 mars 1957 : JCP 1957, II, 10084.

⁶⁴³ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, opt. cit., n° 250. Déjà : R. SAVATIER, « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels », D.H 1931, Chron., 9.

⁶⁴⁴ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, ibid.

assurance »⁶⁴⁵ parce que « législateur et jurisprudence consacrent désormais largement le principe de la prédétermination du répondant du dommage d'après l'obligation qui lui est faite d'en garantir les conséquences ». ⁶⁴⁶ Ceci explique notamment que le législateur ait multiplié les obligations à l'assurance⁶⁴⁷, car même si la menace que fait planer sur les patrimoines individuels l'absence d'assurance peut paraître suffisamment dissuasive pour inciter les répondants potentiels à s'assurer, elle ne l'est en réalité qu'à l'égard de ceux qui possèdent un patrimoine.

161. – Les bénéfiques de l'obligation légale à l'assurance – En forçant la solidarité, celle-ci permet de repousser les limites du champ d'intervention de l'assurance, de garantir la solvabilité des répondants potentiels, et de limiter ainsi les recours à la solidarité nationale directe. Par ailleurs, elle permet également de protéger les auteurs de dommages contre le risque qu'une dette de responsabilité vienne obérer leur patrimoine, l'expansion de l'assurance de responsabilité, *via* l'obligation de s'assurer, ayant fait naître un droit subjectif nouveau dans notre pays : le droit à l'assurance.⁶⁴⁸ En vue de parfaire l'efficacité de l'assurance obligatoire, le législateur n'a pas hésité à assortir cette obligation de sanctions pénales, comme celle prévue à l'article L. 324-2 du Code de la route qui réprime d'une amende de 3.750 €, et de multiples peines complémentaires, le fait de mettre ou de maintenir en circulation un véhicule sans être couvert par une assurance garantissant sa responsabilité civile. L'intérêt de l'assurance obligatoire, comme de sa pénalisation, a été récemment remis en cause par Mme Graré, celle-ci considérant qu'« *il n'est pas besoin d'une loi qui édicte expressément une obligation d'assurance, [du fait que] la responsabilité sans faute contient en elle-même l'obligation d'assurance car son absence emporte sanction* ». ⁶⁴⁹ Cette affirmation nous semble discutable dès lors que nombre d'individus n'hésitent pas à faire le choix de la non-assurance. Les raisons sont très simples. Dans nos sociétés contemporaines, le bien-être et le plaisir guident la plupart des décisions de nos concitoyens et la crise financière étrangle les budgets déjà limités des ménages, de sorte que dans un tel contexte l'assurance apparaît comme une contrainte financière dont une minorité grandissante d'individus se dispensent d'ores et déjà. Dès lors que l'individualisme est devenu la valeur sociale dominante, il est devenu indispensable de forcer la solidarité par le

⁶⁴⁵ *Rapport sur l'assurance privée et le progrès social*, journées de droit civil, association Henri Capitant, Lille, 8-10 juin 1939, 8, cité in C. GRARÉ, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, op. cit., n°51.

⁶⁴⁶ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., n°254.

⁶⁴⁷ A. FAVRE-ROCHEX, G. COURTIEU, *Le droit des assurances obligatoires*, préf. G. DURRY, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2000. – A. FAVRE-ROCHEX, « Un siècle qui n'aura pas manqué d'assurance », *Gaz. Pal.* 2000, 63.

⁶⁴⁸ G. DURRY, « La solidarité et le Bureau Central de Tarification », *Colloque AIDA, Assurance et solidarité*, RGDA 2002, 846.

⁶⁴⁹ C. GRARÉ, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, op. cit., n° 52.

maintien de l'assurance obligatoire, et ce, aussi bien dans l'intérêt des responsables présumés, qui n'ont pas toujours conscience de l'étendue de leurs devoirs, que des victimes, dont l'indemnisation intégrale des préjudices doit être garantie.

162. – L'assurance facteur de déresponsabilisation – Pothier était farouchement opposé à l'idée qu'un individu puisse transférer à un tiers les conséquences de ses propres fautes, car, pour ce dernier, le contrat d'assurance n'était rien de moins qu'une invitation *ad delinquendum*.⁶⁵⁰ L'assurance peut effectivement sembler contraire à l'éthique de la responsabilité civile en ce qu'elle constitue un moyen offert aux individus de s'affranchir de leurs obligations, moyennant le paiement d'une prime, mais certains auteurs s'opposent à une telle vision du système assurantiel⁶⁵¹, l'effet déresponsabilisant de l'assurance de responsabilité au plan civil étant largement compensé selon eux par l'extension du champ d'intervention traditionnel du droit pénal.⁶⁵² Un tel raisonnement nous semble contestable dans la mesure où, contrairement au fait générateur de responsabilité civile, le fait générateur de responsabilité pénale recouvre nécessairement un champ d'action plus restreint du fait de la soumission de la matière au principe de légalité des délits et des peines, de sorte que le droit pénal ne peut compenser efficacement l'effet déresponsabilisant que produirait l'assurance. Même si le développement de l'assurance a annihilé la considération morale en vertu de laquelle chaque responsable doit payer pour ses fautes, où celles commises par les personnes ou les choses dont il doit répondre, force est d'admettre qu'au regard à l'évolution des conditions de la responsabilité civile, on ne peut que s'en féliciter. La règle selon laquelle chaque responsable doit payer pour ses fautes ne peut être appliquée que dans l'hypothèse où c'est un « coupable » qui est désigné comme « responsable », et condamné à ce titre. De notre point de vue, l'effet déresponsabilisant de l'assurance constitue un faux-débat, car ce n'est pas l'assurance qui est source de déresponsabilisation en premier lieu, mais le fait que la responsabilité civile ait détaché la responsabilité de la culpabilité. L'on peine en effet à voir où se situerait l'effet responsabilisant d'un système dans lequel il serait demandé à un simple répondant de payer pour des fautes qu'il n'a pas commises ?

⁶⁵⁰ R.-J. POTHIER, *Traité des contrats de dépôt, de mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu*. Œuvres de Pothier, t. 6, impr. J.-L. Chanson, 1821, 309. En ce sens égal. : R. SAVATIER, « Les assurances illimitées de responsabilité », *RGAT* 1934, 491. – P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, 669.

⁶⁵¹ G. STÉFANI, *De l'assurance des fautes*, Paris, PUF, 1923, cité in S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, Paris, PUF, 2001, 316.

⁶⁵² P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », *ibid.*

2) *Le transfert de la dette de réparation à l'assureur limité*

163. – L'inassurabilité de la faute intentionnelle – L'assurance ne garantit normalement que les dettes de réparation résultant de la matérialisation d'un dommage se présentant comme un évènement aléatoire à l'égard de l'assuré. En d'autres termes, le champ traditionnel d'intervention de l'assurance, c'est l'accident. De fait, la faute intentionnelle est traditionnellement présentée comme une faute inassurable⁶⁵³, conformément aux dispositions de l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances.⁶⁵⁴ Toutefois, il peut être observé que l'article L.121-1 du Code des assurances dispose que « *l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes* ». En retenant que la garantie offerte par le contrat d'assurance joue quelle que soit la nature ou la gravité de la faute à l'origine du dommage dont il est demandé réparation, le législateur contraint l'assureur à garantir la faute intentionnelle commise par une personne dont l'assuré est civilement responsable. Or, en dégagant un principe général de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre à l'occasion de l'arrêt *Blieck*, la Cour de cassation a indubitablement donné à ce texte une portée que ces auteurs n'avaient peut-être pas envisagée. À l'origine, cette disposition était protégée par deux remparts : l'exigence d'une faute du gardien pour engager sa responsabilité civile et l'exigence d'une faute du gardé susceptible d'engager sa responsabilité personnelle. Comme nous avons pu le constater, ces deux conditions ont été malmenées par la jurisprudence qui a consacré un principe général de responsabilité présumée du fait d'autrui quasiment étendu à tous les régimes spéciaux prévus par l'article 1384 du Code civil, d'une part, et admis que la responsabilité du gardien puisse être engagée même lorsque celle du gardé ne pouvait l'être, d'autre part. De fait, l'objectivation des régimes de responsabilité civile du fait d'autrui conduit à appeler, dans une forte proportion, les assureurs aux procès en responsabilité civile. Fort des dispositions de l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances, certains assureurs ont tenté de limiter la portée que la jurisprudence donnait désormais à l'article L. 121-1 dudit Code en refusant de couvrir les dommages résultant de la commission d'une faute intentionnelle du gardé. Si le juge a considéré que la garantie légale due par l'assureur au titre des fautes intentionnelles commises par des personnes dont l'assuré est civilement responsable ne pouvait faire l'objet d'une quelconque restriction conventionnelle, du fait du caractère impératif de l'article L.121-2 du Code des assurances, tel ne semble plus vraiment être le cas depuis un arrêt

⁶⁵³ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droits des assurances*, 12^e éd., Précis droit privé, Dalloz, 2005, n°383. Égal. : H. GROUDEL, « L'appréciation de l'aléa et de la faute intentionnelle dans le contrat d'assurance, (à propos de Civ. 1^{ère}, 20 juin et 4 juill. 2000) », *RCA* 2000, chron. 24.

⁶⁵⁴ Selon ce texte, « *l'assureur, ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ».

en date du 6 octobre 2011⁶⁵⁵, de sorte que, si jusqu'à présent les tentatives des assureurs de limiter leur garantie en présence d'une faute intentionnelle commise par un personne dont l'assuré a la garde s'était soldée par des échecs⁶⁵⁶, cet arrêt traduit manifestement la « *volonté de la Cour de cassation de restaurer l'effet responsabilisant de la responsabilité civile en laissant le civilement responsable supporter sur son patrimoine personnel la charge de la réparation du dommage résultant de la faute intentionnelle commise par une personne dont il doit répondre, dès lors que celle-ci a été commise à l'encontre d'un proche* ». ⁶⁵⁷

L'exclusion de garantie est fondée sur la liberté contractuelle des parties au contrat d'assurance et sur la qualité des bénéficiaires dudit contrat. Seules les victimes qualifiées de tiers peuvent bénéficier de la garantie, à l'exclusion de celles ayant la qualité d'assuré. Dans la droite ligne de cet arrêt, une proposition de loi tend à exclure de la garantie résultant du contrat d'assurance la couverture des fautes intentionnelles commises par les mineurs dont l'assuré a la garde.⁶⁵⁸ De fait, si le principe d'inassurabilité de la faute intentionnelle a subi des limites, le souci de responsabilisation des auteurs et la conservation de la viabilité économique du système assurantiel conduisent le juge et le législateur à vouloir faire preuve de plus de réserve dans le recours à l'assurance dans le domaine de la faute intentionnelle ou dolosive.

164. – L'indemnisation des dommages causés par une infraction d'imprudence – Bien que le principe d'identité des fautes civile et pénale d'imprudence ait été considérablement affaibli⁶⁵⁹, principalement par la réforme opérée par loi Fauchon n°2000-647 du 10 juillet 2000, la position divergente des différentes chambres de la Cour de cassation concernant l'étendue de la garantie offerte par l'assureur, dans l'hypothèse d'une condamnation pénale, creuse les inégalités entre les victimes. Alors que la première et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation tirent toutes les conséquences de ce que la faute pénale volontaire a un domaine d'application théoriquement

⁶⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 6 oct. 2011 : *SJ G.* 2012, 73, note Joseph-Ratineau. En l'espèce, des agressions sexuelles avaient été commises par un jeune garçon sur ses deux frères mineurs. Le tribunal pour enfants ayant condamné ce dernier *in solidum* avec ses parents à verser à un administrateur *ad hoc* des dommages-intérêts, ceux-ci se sont tournés vers leur assureur qui leur a dénié sa garantie, arguant que le contrat d'assurance ne concernait que les dommages causés à un tiers par les personnes définies comme assurées, c'est-à-dire eux-mêmes et leurs enfants. Ces derniers ont alors assigné la compagnie d'assurance sur le fondement de l'article L.121-2 du Code des assurances. La Cour d'appel de Lyon a accueilli favorablement la demande des parents au motif que « *l'article L.121-2 [du Code des assurances] ne distingue pas selon la qualité du tiers lésé et qu'il n'applique aucune exclusion en cas de dommage causé par l'enfant d'un assuré à l'égard d'un autre enfant du même assuré* ». Naturellement, l'assureur a formé un pourvoi en cassation au moyen que le contrat d'assurance ne garantissait pas les dommages causés aux personnes définies comme assurées. Pour la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation, « *ce texte ne porte pas atteinte à la liberté des parties de convenir du champ d'application du contrat et de déterminer la nature et l'étendue de la garantie* ».

⁶⁵⁶ V° not. : H. GROUDEL, « La garantie du fait d'autrui par l'assureur de responsabilité », *RCA* 2004, Chron. 8

⁶⁵⁷ Y. JOSEPH-RATINEAU, « L'exclusion indirecte de la garantie de l'assureur face à une faute intentionnelle », note sous Cass. civ. 2^e, 6 oct. 2011, *ibid.*

⁶⁵⁸ Proposition de loi n° 2743 relative à l'absence de prise en charge assurantielle des fautes intentionnelles commises par un enfant mineur, AN, 27 juill. 2010.

⁶⁵⁹ F. ROUSSEAU, « L'unité des fautes civile et pénale », in *Droit pénal : le temps des réformes*, op. cit., 119.

plus large que celui de la faute civile intentionnelle, la chambre criminelle se borne à déduire de l'existence d'une faute pénale volontaire celle d'une faute civile intentionnelle. Ce faisant, dès lors que l'on se trouve dans le champ de la responsabilité du fait personnel ou du fait des choses, les victimes se trouvent privées de la garantie due par l'assureur de l'auteur de leur dommage. Cette situation est d'autant plus choquante que, dans le même temps, les chambres civiles facilitent le recours à l'assurance, en retenant une définition stricte de la notion de faute civile intentionnelle, celles-ci considérant qu'il n'y a faute civile intentionnelle qu'à compter de l'instant où le juge constate que le dommage causé à la victime s'est réalisé tel qu'il était exactement envisagé par l'auteur, si tel n'est pas le cas, la garantie due par l'assureur demeure.⁶⁶⁰ Cette solution est bien évidemment très favorable aux victimes et offre une meilleure garantie en termes d'indemnisation que celle retenue par la Chambre criminelle qui leur est assurément préjudiciable. En effet, quoi de pire que de faire dépendre l'indemnisation des préjudices du patrimoine personnel de l'auteur ? La plupart du temps, soit il dispose d'un patrimoine, mais celui-ci est insuffisant pour envisager une indemnisation intégrale des préjudices, soit il est tout simplement insolvable. La solution retenue par la chambre criminelle ne peut que laisser les victimes dans un grand désarroi en ce que, bien qu'elles subissent les conséquences d'une faute, elles se trouvent moins bien protégées que celle d'une simple maladresse. Néanmoins, la solution proposée par la chambre criminelle présente l'avantage de maintenir dans le système assurantiel une forme de responsabilité morale interdisant à l'auteur d'une faute pénale volontaire de transférer à l'assureur les conséquences dommageables de son indifférence coupable. De ce point de vue, la chambre criminelle est plus respectueuse de l'esprit de l'article L. 121-1 du Code des assurances que les chambres civiles car, si le comportement maladroit relève de l'imprudence inconsciente, l'imprudence volontaire se rapproche d'ailleurs de la faute intentionnelle parce qu'elle traduit une indifférence à autrui, une indifférence à la norme de comportement que pose la loi.

165. – En conclusion – Si la réparation civile s'impose à l'origine comme la véritable sanction d'une faute morale s'imputant sur le patrimoine personnel du coupable, la mutation des conditions de la responsabilité civile interdit désormais d'obérer le patrimoine d'un simple répondant prédéterminé, de sorte que le transfert de la dette de réparation à un assureur s'avère indispensable. Si ce mécanisme s'impose effectivement en présence de simples responsables, il ne se justifie plus en présence de coupables, ce qui explique l'inassurabilité de la faute intentionnelle ou encore le fait que la jurisprudence de la chambre criminelle déduit de l'existence d'une faute pénale volontaire celle d'une faute civile intentionnelle, et l'on peut voir dans ces solutions la

⁶⁶⁰ Cass. civ. 2^e, 18 févr. 2010 : *RCA* 2010, comm. n° 137.

volonté de maintenir *a minima* la fonction normative de la responsabilité civile, et par voie de conséquence, la fonction punitive de la mesure de réparation civile. Malgré tout, ces solutions peuvent également au désavantage des victimes dont l'indemnisation, en présence d'une faute civile intentionnelle, dépend alors d'un patrimoine privé qui n'est pas, le plus souvent, en mesure de la désintéresser. C'est notamment pour pallier ces difficultés que le législateur a instauré des fonds de garantie ou d'indemnisation publics susceptibles de se substituer au débiteur originel dans l'indemnisation effective de la victime.

B – LE TRANSFERT DE LA DETTE DE RÉPARATION A LA SOLIDARITÉ NATIONALE

166. – L'effectivité de l'indemnisation garantie par la solidarité nationale – Bien que les obligations à l'assurance prolifèrent, nombre d'individus refusent de s'assurer, de sorte qu'en cas de dommage, si ces derniers sont insolvable ou que leur patrimoine personnel est insuffisant à couvrir l'intégralité de la dette de réparation, la victime se retrouvera sans indemnisation ou avec une indemnisation partielle. Par ailleurs, dans un certain nombre d'hypothèses, la police d'assurance ne peut être actionnée par la victime, soit parce que le comportement de l'auteur est intentionnel, soit parce que le contrat d'assurance ne couvre pas ce type de dommage. C'est donc en vue de garantir l'indemnisation des victimes que le législateur a créé des fonds publics d'indemnisation ou de garantie⁶⁶¹ dont la vocation est de se substituer au civilement responsable dans le paiement de la dette de réparation.⁶⁶² S'ils constituent assurément une solution heureuse pour les victimes **(1)**, leur mode de financement ne leur permet toutefois pas de répondre à toutes leurs attentes **(2)**.

1) L'indemnisation des préjudices garantie par des fonds publics

167. – L'indemnisation du dommage abandonnée à la solidarité nationale – Quand bien même la victime disposerait d'un auteur identifié, il n'est pas sur que son indemnisation soit pour acquise, celui-ci pouvant être insolvable ou non assuré. C'est donc pour pallier ce type de difficultés que le législateur a pris le parti de confier la réparation de certains dommages à des fonds de garantie ou d'indemnisation⁶⁶³ qui présentent l'avantage d'une indemnisation rapide

⁶⁶¹ Le fond d'indemnisation vise à pallier l'absence de responsable juridique, ou l'impossibilité d'agir contre lui. Le fond de garantie offre un ultime recours en cas d'échec des voies de droit commun dans le recouvrement de la créance de réparation par la victime.

⁶⁶² Ph. CASSON, *Les fonds de garantie*, Coll. droit des affaires, LGDJ, 1999.

⁶⁶³ L'on peut citer à titre d'exemple le fonds de garantie automobile (FGA), créé par la loi n°51-1508 du 31 décembre 1951 (*JORF* du 1^{er} janv. 1952, 48) devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)

dans des délais prévus par le législateur ainsi qu'une indemnisation par des procédures peu coûteuses. Reste que ces fonds publics de garantie ou d'indemnisation renforce la « *déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation* », de sorte que « *la responsabilité est alors remplacée par la solidarité* ». ⁶⁶⁴ Comme toutes les victimes, celles dont le dommage trouve naissance dans une infraction pénale doivent faire face aux nombreuses hypothèses dans lesquelles l'indemnisation de leur préjudices s'avère impossible, soit parce que leur auteur n'est pas identifié, soit parce que, bien qu'identifié, celui-ci est insolvable - et la plupart du temps, son insolvabilité fait qu'il n'est pas assuré - ou encore parce qu'il est des hypothèses dans lesquelles c'est l'assureur qui se montre défaillant, celui-ci pouvant opposer à son assuré, ou à la victime dans l'hypothèse où celle-ci exerce l'action directe ⁶⁶⁵, les exceptions de garantie tirées du contrat d'assurance, faisant ainsi échec à l'indemnisation de cette dernière. Ceci explique que le législateur ait décidé que « *toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non et présentant le caractère matériel d'une infraction peut obtenir de l'État une indemnité* ». ⁶⁶⁶ En permettant à certaines victimes d'infractions pénales de demander l'indemnisation de leurs préjudices à l'État, la loi n°77-5 du 3 janvier 1977 jetait les fondements d'un système d'indemnisation publique reposant sur la solidarité nationale. Bien évidemment, celui-ci n'était pas accessible à toutes les victimes, et le texte posait toute une série de conditions particulièrement restrictives en vue de cantonner l'intervention de la solidarité nationale aux cas les plus difficiles. Mais, de manière progressive, le mécanisme a été étendu pour garantir l'indemnisation du plus grand nombre de victimes possibles. C'est d'abord une extension

depuis la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 (*JORF* du 2 août 2003, 13220) ; le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI), instauré par la loi n°90-589 du 6 juillet 1990 (*JORF* du 11 juill. 1990, 8175), et issu de la fusion du régime d'indemnisation des victimes de dommages corporels graves résultant d'une infraction (L. n°77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction, *JORF* du 4 janv. 1977, 77) et du fonds de garantie chargés de l'indemnisation des victimes de dommages corporels consécutifs à des actes de terrorisme (institué par la loi n°86-1019 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, *JORF* du 10 sept. 1986, 10954) ; le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH) créé par la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social (*JORF* du 4 janv. 1992, 178) ; le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), créé par la loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 (*JORF* du 24 déc. 2000, 20558) ; L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) créé par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*JORF* du 5 mars 2002, 4118). Plus récemment, le législateur vient d'instituer un nouveau fonds d'indemnisation pour les victimes du « médiateur », ou plus précisément de la molécule du benfluorex. V° sur ce point : D. n°2011-932 du 1^{er} août 2011 relatif à l'indemnisation des victimes du benfluorex, *JORF* du 4 août 2011, 13338.

⁶⁶⁴ « *La réparation du dommage : bilan de l'activité des fonds d'indemnisation - comparaison des fonds d'indemnisation* », ERPC, Montpellier I, A. D'HAUTEVILLE (dir.), Mission de Recherche Justice et Droit - GIP, 2009, 6.

⁶⁶⁵ L'action directe permet à la victime de se retourner directement contre l'assureur de l'auteur de son dommage, ce qui évite, contrairement à l'action oblique dont elle dispose déjà contre ce dernier sur le fondement de l'article 1166 du Code civil, que sa créance ne tombe dans le patrimoine de l'assuré sur lequel la victime subit le concours de l'ensemble des créanciers. Sur ce point, V° : Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, opt. cit., n°684.

⁶⁶⁶ L. n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction. V° not. : J. MAESTRE, « Un nouveau cas de responsabilité publique, l'indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction », *D.* 1977, I, 145.

en direction des victimes d'atteintes aux biens qui fut opéré par la loi n°81-82 du 2 février 1981⁶⁶⁷ en introduisant dans le Code de procédure pénale un article 706-14 disposant que « *toute personne qui, victime d'un vol, d'une escroquerie ou d'un abus de confiance, ne peut obtenir à un titre quelconque une réparation ou une indemnisation effective et suffisante de son préjudice, et se trouve de ce fait dans une situation matérielle grave, peut également obtenir de l'État une indemnité [...]* ». Cette extension trouvait toutefois ses limites, la loi ayant inséré un article 706-15 prévoyant que « *ne pourront bénéficier des dispositions prévues par les articles 706-3 et 706-14 que les personnes qui sont de nationalité française ou celles qui sont de nationalité étrangère et justifient ; soit qu'elles sont ressortissantes d'un État ayant conclu avec la France un accord de réciprocité pour l'application desdites dispositions, et qu'elles remplissent les conditions fixées par cet accord ; soit qu'elles sont titulaires de la carte dite Carte de résident privilégié* ». D'autres élargissements viendront avec les lois n°83-608 du 8 juillet 1983⁶⁶⁸ et n°85-1407 du 30 décembre 1985⁶⁶⁹, mais l'avancée la plus importante résultera des dispositions de la loi n°90-589 du 6 juillet 1990⁶⁷⁰ qui a profondément modifié le régime d'indemnisation publique instauré par la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 pour lui donner son visage actuel. Cette loi unifie le régime d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme - qui bénéficiait depuis 1986 d'un régime plus favorable - et celui des victimes d'infractions pénales autres en instituant le fond de garantie des actes de terrorisme et autres infractions (FGTI), et garantit le principe de réparation intégrale des préjudices résultant de dommages corporels graves, notamment, en supprimant le principe d'une indemnisation plafonnée institué par la loi n°77-5 du 3 janvier 1977. Complétant ce dispositif, la loi n°92-665 du 16 juillet 1992⁶⁷¹ a instauré le double degré de juridiction dans la procédure d'indemnisation en autorisant les victimes à interjeter appel des décisions rendues par les commissions d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI) tandis que la loi n°2000-615 du 15 juin 2000⁶⁷² est venue étendre le régime d'indemnisation aux extorsions de fonds, destructions, et dégradations ou détériorations d'un bien, dans l'hypothèse où la victime se trouve « *dans une situation matérielle ou psychologique grave* ». Il convient également de citer l'apport opéré par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 qui, en introduisant un article 706-5-1 dans le Code de procédure

⁶⁶⁷ renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* du 3 févr. 1981, 415.

⁶⁶⁸ renforçant la protection des victimes d'infractions, *JORF* du 9 juill. 1983, 2122. V° : A. D'HAUTEVILLE, « Le nouveau droit des victimes », *RICPTS* 1984, 437. – J. PRADEL, « Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions », *ibid.*

⁶⁶⁹ portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal, *JORF* du 31 déc. 1985, 15505.

⁶⁷⁰ modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions, *JORF* du 11 juill. 1990, 8175. V° : A. D'HAUTEVILLE, « L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions », *RSC* 1991, 149. – *Ibid.*, « L'indemnisation des victimes d'infractions pénales », *RGAT* 1991, 291. – H. GROUDEL, « Faute intentionnelle, assurance de responsabilité et réglementation sur les victimes d'infraction », *RCA* 1995, chron. 15.

⁶⁷¹ portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit, *JORF* du 17 juill. 1992, 9576.

⁶⁷² H. GROUDEL, « Victimes d'infraction : morceaux choisis », *RCA* 2000, chron. 19.

pénale, promeut un règlement transactionnel de la procédure d'indemnisation publique en imposant au FTGI de faire une offre d'indemnisation à la victime dans les deux mois suivants le dépôt de sa requête devant la CIVI. Enfin, la loi n°2008-644 du 1^{er} juillet 2008⁶⁷³ permet l'indemnisation des incendies de véhicule terrestre à moteur en instaurant toutefois un plafonnement des indemnités exigibles, et instaure une aide au recouvrement des dommages-intérêts, et des sommes allouées en application des articles 375 ou 475-1 du Code de procédure pénale, prononcés par décision de justice devenue définitive, y compris, « *lorsque l'auteur de l'infraction fait l'objet d'une obligation d'indemnisation de la victime dans le cadre d'une peine de sanction-réparation, d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'une décision d'aménagement de peine ou de libération conditionnelle* ». Si les sommes dont la victime demande le recouvrement sont d'un montant inférieur ou égal à 1.000 €, le paiement est intégral, au-delà, le paiement effectué par le FTGI, au titre de l'aide au recouvrement, est plafonné à 30 % du montant des sommes allouées, dans une limite de 3.000 €. Tous ces mécanismes publics tendent à garantir l'indemnisation effective des victimes en se substituant au civilement responsable au stade du paiement de l'indemnité compensatrice, soit que celui-ci n'a pu être identifié, soit qu'il n'est pas assuré, soit qu'il est insolvable. L'intervention de ces dispositifs en cas d'insolvabilité peut donner le sentiment aux victimes que leur auteur demeure finalement impuni, puisque c'est la solidarité nationale qui prend en finalement en charge leur indemnisation. Du côté de l'auteur, même si les fonds disposent d'un recours subrogatoire, la pratique démontre qu'il y a peu de procédures judiciaires qui donnent lieu à un recouvrement des sommes versées à la victime par l'auteur, et que les fonds engagent peu de procédures au regard de leur coût comme de leur longueur, de sorte que la condamnation civile demeurera totalement indolore, et risque même, à l'instar des condamnations pénales non exécutées, d'engendrer un sentiment d'impunité.

2) Les limitations inhérentes au système de l'indemnisation publique

168. – Une limitation inhérente aux modes de financement des fonds d'indemnisation et de garantie – À l'instar de l'assurance, la charge de l'indemnisation des victimes ne doit être transférée à la solidarité nationale que dans l'hypothèse où aucune autre voie de droit n'est susceptible de les désintéresser. Cette solution se justifie pleinement au regard du mode de financement de ces mécanismes d'indemnisation publics. Contrairement à l'assurance qui impose aux victimes de financer leur propre indemnisation en s'acquittant périodiquement d'une prime calculée en fonction des risques que leur mode de vie génère, les fonds d'indemnisation et de

⁶⁷³ créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines, *JORF* du 2 juill. 2008, 10610.

garantie sont financés par des prélèvements obligatoires. Ainsi, le FGTI est alimenté par une contribution forfaitaire de 3,30 € prélevée sur chaque contrat d'assurance de biens souscrit auprès d'une compagnie opérant sur le territoire nationale, de sorte que les victimes ne financent pas ici leur propre indemnisation puisqu'il n'y a pas de lien contractuel, ni de rapport entre le financement et la prestation servie en cas de dommage. En outre, les fonds d'indemnisation et de garantie sont subrogés dans les droits des victimes qu'ils indemnisent, et peuvent donc engager des poursuites judiciaires à l'encontre des débiteurs auxquels ils se sont substitués en vue de recouvrer les sommes avancées. Mais, dans cette configuration, le fonds se retrouve dans la même situation que la victime : soit le débiteur est inconnu, le fonds indemnise alors au lieu et place de celui-ci sans pouvoir exercer à son encontre une quelconque action récursoire, soit le débiteur est insolvable, et dans ce cas le fonds essaiera, à force de procédures souvent coûteuses, de récupérer les sommes avancées.⁶⁷⁴ De fait, le financement des fonds d'indemnisation et de garantie est nettement insuffisant pour couvrir leurs besoins, comme l'illustre les déficits importants enregistrés par le FGTI sur l'exercice des années 2011 et 2012.

169. – Les limitations rationae personae et rationae materiae persistentes – De façon générale, il peut être observé que l'accès aux fonds d'indemnisation et de garantie est restreint par des conditions ayant trait directement à des critères subjectifs tenant à la personne du demandeur. Ainsi, la nationalité constitue souvent un obstacle majeur à l'indemnisation des préjudices causés à des victimes étrangères, même si des tempéraments législatifs viennent atténuer la rigueur de cette règle ici ou là. Les ressources financières de la victime constituent également un critère pouvant constituer un obstacle sérieux à l'accès à certains fonds d'indemnisation ou de garantie. Mais l'obstacle majeur à l'indemnisation des préjudices demeure la nature et l'étendue du dommage. Devant le FGTI par exemple, il faut remarquer que les préjudices résultant d'un dommage corporel grave sont intégralement indemnisés, ce qui n'est pas le cas de ceux résultant d'un dommage corporel léger ou d'une atteinte aux biens, lesquels font l'objet d'une indemnisation plafonnée. En outre, il peut être observé que la nature du dommage conduit parfois la jurisprudence à exclure de la compétence du FGTI toutes les atteintes corporelles liées à l'amiante, aux accidents de la circulation et aux accidents du travail, au motif que ces dommages sont susceptibles d'être réparés par d'autres fonds d'indemnisation ou de garantie. Concernant l'indemnisation des accidents du travail résultant d'une infraction pénale commise par un copréposé ou l'employeur, ou d'une faute inexcusable de ce dernier, il peut être observé que la

⁶⁷⁴ En ce sens : M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA*, 7 janvier 2005, 3.

position de la Cour de cassation a évolué ces dernières années. Selon la jurisprudence la plus récente, si le recours au droit commun pour l'indemnisation des préjudices résultant d'un accident du travail est interdit à la victime par l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale, ce n'est que dans l'hypothèse où ceux-ci trouvent leur cause dans une faute non-intentionnelle. En présence d'une faute intentionnelle, les voies de droit offertes par le droit commun sont de nouveau accessibles à la victime, tel qu'il résulte d'un arrêt rendu le 7 mai 2009.⁶⁷⁵ Il n'est pas sur que diriger les victimes d'accidents du travail, dont le dommage résulte d'une faute intentionnelle de l'employeur ou d'un copréposé, vers le FGTI soit une solution très opportune.

170. – En conclusion – Si les fonds publics d'indemnisation ou de garantie mis en place par le législateur tendent à garantir l'effectivité de la réparation du dommage causé aux victimes, ce qui répond pleinement aux orientations contemporaines de la responsabilité civile, encore faut-il observer que, simultanément, le transfert de la dette de réparation à la solidarité nationale participe à l'affaiblissement de la fonction normative de la responsabilité civile, ce d'autant que les recours subrogatoires de ces fonds publics ne sont pas systématiques, et ne peuvent l'être de toute façon, de sorte que nombre d'auteurs d'infractions pénales n'auront jamais à assumer les conséquences financières de leurs actes infractionnels. La création des fonds publics de garantie comme d'indemnisation confirme la « *déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation* » observée dans la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile, ce qui ne peut que conduire, au stade de la réparation effective des dommages, à remplacer « *la responsabilité [...] par la solidarité* ». ⁶⁷⁶ Si ces fonds publics répondent aux attentes indemnitaires des victimes, ils ne peuvent satisfaire en revanche les attentes de responsabilisation des auteurs de comportements antisociaux que la collectivité, mais également bon nombre de victimes, attendent de la condamnation judiciaire, ce qui ne peut qu'accroître l'intérêt pour la voie pénale dans la résolution des litiges privés.

171. – Conclusion du paragraphe 1 – En permettant au civilement responsable de transférer la dette de réparation à la collectivité, soit par le biais du système assurantiel, soit par le biais des fonds publics de garantie ou d'indemnisation instaurés pour certains types de dommages et certaines catégories de victimes, le législateur ne fait que répondre à la nécessité d'adapter les modalités entourant l'indemnisation effective de la victime aux mutations affectant les conditions de la responsabilité civile. De ce point de vue, la « *déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de*

⁶⁷⁵ Cass. civ. 2^e, 7 mai 2009 : RCA 2009, étude 8, obs. Groutel.

⁶⁷⁶ *La réparation du dommage : bilan de l'activité des fonds d'indemnisation - comparaison des fonds d'indemnisation*, ibid.

l'indemnisation » apparaît comme la conséquence logique et naturelle du « *divorce du couple responsabilité-culpabilité* ». ⁶⁷⁷ Le déclin de la fonction punitive de la sanction civile qu'est la mesure de réparation du dommage n'est finalement que le prolongement logique de la dégradation de la force normative de la norme de responsabilité civile, de sorte que si les victimes ne souhaitent obtenir que l'indemnisation de leurs préjudices, elles trouveront sans nul doute dans le droit de la responsabilité civile matière à satisfaire leurs attentes ; mais, si elles souhaitent, au-delà de la stricte indemnisation de leurs préjudices, voir leur besoin de justice satisfait, nul doute qu'elles opteront pour la voie pénale.

§.2 LA VIGUEUR DE LA FONCTION PUNITIVE DE LA SANCTION PÉNALE

172. – Le maintien de la fonction punitive de la sanction pénale – La diversification des finalités dévolues à la peine du fait de l'influence sur notre législation pénale des nombreuses écoles de pensée qui se sont succédées dès la fin du XVIII^e siècle ⁶⁷⁸ a pu jeter un doute quant à l'actualité de la fonction punitive de la sanction pénale, dès lors qu'elles ont surtout eu pour effet de déplacer le centre de gravité du droit de la peine de la protection de la société à la réhabilitation du délinquant. Malgré ces évolutions, il peut être observé que la vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale se manifeste surtout au stade du prononcé de la peine **(A)**, car au stade de son exécution, plusieurs facteurs, dont celui tiré de la prééminence de l'objectif de réinsertion sociale l'atténue indéniablement **(B)**.

A – LA VIGUEUR DE LA FONCTION PUNITIVE DE LA SANCTION PÉNALE AU STADE DE SON PRONONCÉ

173. – « *malum passionis propter malum actionis* » ⁶⁷⁹ – Parce que « *la peine est la rançon de l'acte antisocial commis, imposée dans un but à la fois moral et utilitaire* » ⁶⁸⁰, celle-ci poursuit à l'évidence une finalité rétributive indissociable de sa fonction punitive dès lors qu'elle a pour objet de soumettre le délinquant qui cause un dommage à la société en enfreignant l'interdit pénal à un mal dont le

⁶⁷⁷ D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », *ibid.*

⁶⁷⁸ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, coll. Que sais-je ?, PUF, 1998. – R. GASSIN, « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Pédone, 1975, 3. – G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *RSC* 1991, 9.

⁶⁷⁹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, 1724 (1^{re} éd., 1625), fac-similé P.U. Caen, 2011, Liv. II. Ch. XX. §. I. 2., cité in G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel » *RSC* 2013, 51.

⁶⁸⁰ « La nécessité des peines », Etude par les étudiants du master 2 recherche droit pénal de Bordeaux, *Dr. pén.* 2011, étude 17.

degré de contrainte, voir de souffrance, doit être proportionné à la gravité de la faute commise. Si l'actualité de la fonction punitive de la sanction pénale a pu être mise en doute lors de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992 (1), les récentes modifications législatives en la matière ne l'autorisent plus (2).

1) *L'atténuation de la vigueur punitive de la sanction pénale*

174. – L'absence de référence à la fonction punitive de la sanction pénale – Le Code pénal de 1992 confirme indéniablement la mutation de l'idéologie pénale intervenue aux XIX^e et XX^e siècles, notamment sous l'impulsion des idées humanistes du mouvement de défense sociale nouvelle, en retenant au sein de l'article 132-24 que « *dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction* ». L'exclusion de toute référence à la fonction punitive de la peine parmi les éléments devant guider le juge dans la personnalisation de la peine confirme, implicitement, le déplacement du centre gravité du droit de la peine de la protection de la société à la réhabilitation du délinquant. Pourtant, « *si la justice est représentée par une balance, le juge est un peseur dont le but est d'établir un équilibre et d'infliger une peine proportionnée à la faute. Il faut que les deux pôles de la balance - l'expiation et la culpabilité - soient identiques. La peine doit compenser la faute. (...) Elle doit rétablir l'ordre de justice rompu par le crime* ». ⁶⁸¹ En ne faisant nullement référence à la fonction punitive de la peine dans les critères guidant le juge au stade de la personnalisation de la peine qu'il prononce, le législateur entendait à l'évidence mettre en avant la finalité réadaptatrice de la sanction pénale envisagée seulement, à en croire la lettre de l'article 132-24 du Code pénal, comme un outil de réinsertion sociale. L'exclusion des peines plancher du Code pénal de 1992 confirme, nous semble-t-il, cette analyse.

175. – L'exclusion des peines plancher du Code pénal de 1992. – Le Code pénal de 1810 qui avait adopté un système de la « *fourchette* » ⁶⁸² en instaurant une répression pénale avec un maximum (plafond) et un minimum (plancher) au-delà et en-dessous desquels le juge ne pouvait aller protégeait tout autant le délinquant que la société des affres d'un arbitraire judiciaire attentatoire à leurs intérêts. Mais, progressivement, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis que les juridictions du fond, au nom de leur pouvoir de l'individualisation de la peine,

⁶⁸¹ J. LÉAUTÉ, *Cours de droit pénal et sociologie criminelle*, Paris, Les cours du droit, 1980-1981, 52.

⁶⁸² J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit. n° 705.

pouvaient, en présence de circonstances atténuantes relevant de leur pouvoir d'appréciation souverain, descendre en dessous du *minima* prévu par les textes, et sans avoir à motiver leur décision à cet égard.⁶⁸³ Cette solution, outre qu'elle étendait considérablement le pouvoir des juges en violation du principe de légalité des délits et des peines marquait la mutation idéologique du droit pénal contemporain en axant davantage le centre de gravité du droit de la peine sur les intérêts du délinquant, et très rapidement, les juridictions répressives « *se mirent à prononcer des peines très faibles, voire symboliques, même à l'égard de récidivistes* ». ⁶⁸⁴ Le législateur tenta d'enrayer le phénomène une première fois, à l'occasion de la loi n° 81-82 du 2 février 1981⁶⁸⁵, en créant une peine minimale de quatre mois en cas de récidive d'infraction de violences, laquelle passa même avec succès le filtre du Conseil Constitutionnel⁶⁸⁶, celui-ci considérant que « *si aux termes de l'article 8 [...] de la Déclaration de 1789 la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, cette disposition n'implique pas que la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins qu'à cette fin le juge doive être revêtu d'un pouvoir arbitraire que, précisément, l'article 8 de la Déclaration de 1789 a entendu proscrire et qui lui permettrait, à son gré, de faire échapper à la loi pénale, hors des cas d'irresponsabilité établis par celle-ci, des personnes convaincues de crimes ou de délits. Considérant, d'autre part, que, si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu'ainsi, à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions* ». Cette peine plancher devait toutefois être supprimée par l'article premier de la loi n° 83-466 du 10 juin 1983.⁶⁸⁷ Par suite, le Code pénal issu de la réforme de 1992 ne devait plus prévoir que des plafonds⁶⁸⁸, à l'exception notable des dispositions de l'article 132-18 du Code pénal.

⁶⁸³ V° not. : Cass. crim., 23 déc. 1955 : *Bull. crim.* n° 599. – 24 oct. 1973 : *Bull. crim.* n° 379.

⁶⁸⁴ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *ibid.*

⁶⁸⁵ renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* du 3 févr. 1981, 415.

⁶⁸⁶ Cons. Const. n° 81-127 DC du 20 janv. 1981, *JORF* du 22 janv. 1981, 308.

⁶⁸⁷ portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n°81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale, *JORF* du 11 juin 1983, 1755.

⁶⁸⁸ J.-H. ROBERT « La détermination de la peine par le législateur et le juge », in *Droit pénal : le temps des réformes*, *op. cit.*, 241.

2) *La réaffirmation de la vigueur punitive de la sanction pénale*

176. – La réintroduction de la finalité punitive de la sanction pénale. – La réforme opérée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 a consacré la fonction punitive de la sanction pénale en critère de personnalisation de la peine à l'article 132-24 du Code pénal qui dispose en son alinéa 2 que « *la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Ce texte présente plusieurs intérêts. Tout d'abord, il met un terme, au stade du prononcé de la peine du moins, à la dérive consistant à voir dans le principe de l'individualisation de la peine un outil au service des intérêts des délinquants, ce texte visant explicitement « *la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime* ». Il y aurait beaucoup à dire sur cette formule, mais au regard de ce qui nous intéresse ici, force est d'admettre qu'elle rétablit la fonction primaire de la sanction pénale - la punition du coupable par la compensation de la faute commise - tout en l'étendant à la personne de la victime, ce qui nous semble légitime au regard de la privatisation des qualifications pénales. L'introduction du second alinéa de l'article 132-24 s'analyse de ce point de vue comme une double révolution. D'une part, le législateur, sans en abandonner les idées généreuses, limite « *l'impérialisme de la défense sociale nouvelle* »⁶⁸⁹ en freinant le déplacement du centre de gravité du droit de la peine de la protection de la société à la réhabilitation du délinquant. D'autre part, il encadre plus strictement le pouvoir d'individualisation de la peine reconnu aux magistrats du siège en rétablissant une échelle de valeur permettant de dissocier la fonction de la peine (réparation du dommage pénal par la punition du délinquant) de sa finalité principale (réinsertion sociale des auteurs d'infraction pénale).

177. – La genèse du retour des peines plancher – Le Code pénal de 1994 ne prévoyant, sauf quelques exceptions en matière criminelle notamment, que des plafonds, il n'y avait désormais plus le moindre garde-fou pour encadrer le principe d'individualisation des peines, ce qui pouvait aboutir parfois à des solutions particulièrement choquantes au regard de la bienveillance du juge à l'égard des délinquants dont elles témoignaient. De fait, le principe d'individualisation des peines n'était plus réellement encadré, si ce n'est par une limitation de la sévérité du juge, mais non de sa clémence, de sorte que cette situation instaurait un arbitraire judiciaire trop souvent justifié dans le discours doctrinal par le fait que le juge serait finalement l'acteur le mieux placé pour moduler la nature et le quantum des peines encourues au plus juste de la gravité des faits et de la

⁶⁸⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., n° 31.

personnalité de l'auteur. C'est peut-être oublier un peu vite que le juge n'est qu'un homme ayant sa propre personnalité, ses propres convictions, et que celles-ci s'expriment nécessairement au travers des décisions qu'il est appelé à prendre. Or, c'est bien pour éviter que les éléments inhérents à la personne même du juge ne transparaissent trop dans sa décision que le principe de légalité des délits et des peines se trouve consacré par les plus hautes normes juridiques, au plan national, européenne et international. Par ailleurs, il peut être observé que les auteurs défendant une vision « absolutiste » du principe d'individualisation des peines défendent dans le temps le principe du plafond. L'on peine à comprendre le raisonnement qui consiste à dire que les peines plancher constituent une atteinte au pouvoir d'individualisation de la peine par le juge, mais qui voit dans le plafond posé par la loi une garantie contre l'arbitraire judiciaire ? Le plancher comme le plafond traduisent nous semble-t-il une saine méfiance à l'égard du juge, et une protection de l'ensemble des justiciables contre le risque d'arbitraire judiciaire.

178. – Le rétablissement des peines minimales pour les récidivistes – Le retour des peines minimales en droit positif paraissait inévitable au regard des exigences sociales relatives à la lutte contre la récidive, et des dispositions de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 qui avaient déjà ouvert la voie en limitant le recours au sursis avec mise à l'épreuve en cas de récidive.⁶⁹⁰ Avec la loi n°2007-1198 du 10 août 2007⁶⁹¹, le législateur instaure des peines minimales en matière correctionnelle et criminelle qui invitent le juge à ne pas descendre en dessous des *minima* fixés par le législateur, sauf motivation spéciale dérogatoire.⁶⁹² Le dispositif introduit par cette loi n'est pas simple à appréhender dans la mesure où il faut distinguer entre première récidive et deuxième récidive (dite récidive aggravée ou double récidive), mais également entre individus mineurs et majeurs.⁶⁹³ Sans entrer trop en avant dans le détail, ce dispositif - qui a été validé en totalité par le Conseil Constitutionnel⁶⁹⁴ - prévoit, d'une part, que l'article 132-18-1 du Code pénal, pour la matière criminelle, dispose que « *pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention ne peut être inférieure aux seuils suivants : 1° Cinq ans, si le crime est puni de quinze ans de réclusion ou de détention ; 2° Sept ans, si le crime est puni de vingt ans de réclusion ou de détention ; 3°*

⁶⁹⁰ Pour une illustration, V° : Cass. crim., 16 déc. 2008 : *AJP* 2008, 127, obs. Herzog-Evans.

⁶⁹¹ renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF* du 11 août 2007, 13466.

⁶⁹² J.-H. ROBERT, « Le plancher et le thérapeute », *Dr. pén.* 2007, Étude 20. – J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *D.* 2007, I, 2247. – M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJP* 2007, 357. – E. BONIS-GARÇON, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal », *JCP G.* 2007, 196.

⁶⁹³ V° not. : Ph. BONFILS, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août », *AJP* 2007, 363. – C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RJC* 2012, 274.

⁶⁹⁴ Cons. Const. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, *JORF* du 11 août 2007, 13478.

Dix ans, si le crime est puni de trente ans de réclusion ou de détention ; 4° Quinze ans, si le crime est puni de la réclusion ou de la détention à perpétuité. Toutefois, la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. Lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion», d'autre part, que l'article 132-19-1 du Code pénal, pour la matière correctionnelle, dispose que « *Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants : 1° Un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ; 2° Deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ; 3° Trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ; 4° Quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement. Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. La juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement lorsque est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits suivants : 1° Violences volontaires ; 2° Délit commis avec la circonstance aggravante de violences ; 3° Agression ou atteinte sexuelle ; 4° Délit puni de dix ans d'emprisonnement. Par décision spécialement motivée, la juridiction peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure aux seuils prévus par le présent article si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. Les dispositions du présent article ne sont pas exclusives d'une peine d'amende et d'une ou plusieurs peines complémentaires* ».

179. – L'extension des peines plancher aux primo-délinquants – Si les peines planchers étaient réservées aux seuls cas de récidive légale, simple ou double, il est à remarquer que le législateur a introduit un article 132-19-2 nouveau dans le Code pénal⁶⁹⁵ en vertu duquel « *pour les délits prévus aux articles 222-9, 222-12 et 222-13, 3° de l'article 222-14, 4° de l'article 222-14-1 et à l'article 222-15-1 la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants : 18 mois si le délit est puni de 7 ans d'emprisonnement ; 2 ans si le délit est puni de 10 ans d'emprisonnement* ». Selon la nature de l'infraction, les primo-délinquants majeurs sont désormais susceptibles de tomber sous le coup de peines plancher.⁶⁹⁶ Comme cela avait été le cas pour les récidivistes, le Conseil Constitutionnel a validé le dispositif pour les primo-délinquants majeurs, celui-ci ayant, à juste titre nous semble-t-il, exclu les mineurs de ce dispositif.⁶⁹⁷ Cette extension est-elle critiquable ? À notre sens, une

⁶⁹⁵ L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JORF du 14 mars 2011, 4582.

⁶⁹⁶ M. GIACOPELLI, « L'extension des peines minimales aux primo délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pén.* 2011, étude 9. – F. DESPREZ, « Violences volontaires : des peines minimales pour les primo-délinquants, à propos de l'article 37 de la loi LOPPSI II », *Gaz. Pal.* 2011, 5.

⁶⁹⁷ Cons. const. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, JORF du 15 mars 2011, 4630.

réponse nuancée s'impose. Si elle ne saurait être critiquée dès lors qu'« à partir du moment où le législateur a réintroduit dans le sens de la peine, la finalité de prévention de la récidive, la reprise en main de la légalité par le retour des peines minimales apparaissait légitime »⁶⁹⁸, elle peut l'être sans aucun doute en ce qu'elle est limitée à des atteintes aux personnes par références à la présence de circonstances aggravantes. La technique n'est pas nouvelle, la loi n° 2005-1459 du 12 décembre 2005 ayant déjà utilisée la circonstance aggravante de violences pour définir de nouvelles infractions assimilées permettant de constituer l'état de récidive légale. L'on sait que la prolifération des circonstances aggravantes dans le droit pénal contemporain brouille assurément la lisibilité du système, qui peut laisser craindre une extension toujours plus grande des peines minimales à l'égard des primo-délinquants qui ne bénéficient pas de l'information délivrée aux récidivistes par le juge sur les conséquences d'une deuxième condamnation pénale. *Quid* de l'argument relatif à l'atteinte au principe d'individualisation des peines consacré à l'article 132-24 du Code pénal ? Comme nous l'avons déjà dit, si l'on ne voit pas d'atteinte au principe d'individualisation des peines par l'instauration d'un plafond, l'on ne doit pas en voir davantage en présence d'un plancher. Si le premier a vocation à effectivement garantir le droit fondamental de nécessité et de proportionnalité des peines consacré au profit des individus, le second a vocation à protéger l'intérêt général et les intérêts des victimes, de sorte que le mécanisme de la « fourchette » nous semble nettement plus respectueux du principe fondamental régissant la matière pénale : la recherche d'un nécessairement équilibre entre le droit à la sûreté et le droit à la sécurité.⁶⁹⁹

180. – La suppression des peines plancher annoncée – Dans la droite ligne des préconisations de la conférence de consensus⁷⁰⁰, Mme Taubira, Ministre de la Justice, garde des Sceaux, avait fait, dès le 8 janvier 2013, à l'occasion de sa visite à la prison des Baumettes à Marseille, formulées plusieurs annonces concernant la politique pénitentiaire qu'elle entendait engager, parmi lesquelles figurait la suppression des peines-plancher.⁷⁰¹ Le 30 août 2013, Mme la Ministre de la Justice, garde des Sceaux, a présenté les principaux axes de la future réforme pénale, profitant de l'occasion pour confirmer son intention de supprimer les peines plancher de notre arsenal répressif. À ce jour, aucun projet de loi n'a encore été déposé devant le Parlement,

⁶⁹⁸ M. GIACOPELLI, « L'extension des peines minimales aux primo délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *ibid.*

⁶⁹⁹ Ce qu'exprime d'ailleurs le Conseil Constitutionnel au sein de sa décision du 9 août 2007, en indiquant que « le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions ; qu'il n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction ». Cons. 13 : Cons. Const. n°2007-54 DC du 9 août 2007, *ibid.*

⁷⁰⁰ E. GARÇON-BONIS, « Vers un droit pénal raisonné ? - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *SJ G.* 2013, 285.

⁷⁰¹ E. ALLAIN, « Réformes à venir en 2013 », *AJ pénal* 2012, 34.

toutefois, et au regard de ce qui a été dit précédemment, la suppression des peines plancher n'est pas une solution que nous approuvons dans la mesure où, si le mécanisme ne semble pas avoir permis de réduire le taux de récidive, il protège en tout cas les justiciables, et le corps social, d'un arbitraire judiciaire qu'il conviendrait de savoir préserver.

181. – En conclusion – La vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale ne fait aucun doute au stade de son prononcé. Elle résulte, d'une part, de sa réaffirmation au sein des éléments devant guider le juge dans la personnalisation de cette dernière au moment de son prononcé, mais également par la réintroduction des peines plancher qui ont pour effet de renforcer la sévérité de la punition en introduisant un *minima* en-dessous duquel le juge ne pourra en principe descendre, sauf à motiver un tel choix. Pour ce qui nous intéresse, il doit être observé qu'en visant « *les intérêts des victimes* », et non « *les droits des victimes* »⁷⁰², dans les principes directeurs de la personnalisation de la peine, le législateur prend acte de ce que la sanction pénale a vocation à compenser, outre le dommage social, le dommage privé causé à la victime particulière, ce qui est parfaitement logique au regard du phénomène de privatisation des qualifications pénales observé précédemment, et de la décision du Conseil Constitutionnel n°2007-54 DC du 9 août 2007, lequel a affirmé, sur le fondement de l'article 8 de la DDHC de 1789 que « *le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, [...] n'implique pas que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction* ».

B – LA VIGUEUR DE LA FONCTION PUNITIVE DE LA SANCTION PÉNALE AU STADE DE SON ÉXÉCUTION

182. – La double problématique de l'exécution des peines – Pour que la sanction pénale soit efficace, encore faut-il qu'elle soit rapidement et dûment exécutée après son prononcé, ce qui explique notamment que l'exécution des condamnations pénales était jadis réalisée en public. Or, nous sommes actuellement confrontés à un double problème concernant l'exécution des peines. Le premier tient au nombre significatif de condamnations pénales qui ne seront jamais mises à exécution, ce qui revient à ne pas sanctionner l'infraction **(1)** ; le second, au fait que la peine prononcée diffère nécessairement de la peine exécutée dès lors qu'elle a vocation à être aménagée durant son exécution, de sorte que le condamné ne subit réellement la punition qui lui a été infligée par la juridiction de jugement **(2)**.

⁷⁰² Alors que les droits des victimes sont déterminés par la loi, les intérêts de ces dernières ne le sont pas, de sorte que peuvent entrer dans cette catégorie le besoin de justice ou encore la réparation symbolique de leur souffrance. Sur ce point, V° infra n°...

1) *Les difficultés nées de la mise à exécution des sanctions pénales*

183. – Toute peine prononcée doit être exécutée – Tel est le principe consacré à l'article 707, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale en vertu duquel, « *sur décision ou sous le contrôle des autorités judiciaires, les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais* ». La mise à exécution des peines prononcées par les juridictions répressives est une nécessité au regard, d'une part, de la crédibilité de l'institution judiciaire comme du système répressif dont elle est une manifestation, d'autre part, des finalités poursuivies par la peine. Concernant le premier point, « *la certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité* ». ⁷⁰³ De fait, les conséquences d'une condamnation pénale inexécutée sont plus redoutables que celles susceptibles de naître du fait de l'absence de poursuites judiciaires, précisément parce qu'elle démontre l'inefficacité de l'institution judiciaire et l'incapacité du système pénal à assurer la défense des valeurs sociales essentielles à la vie collective. Du côté des délinquants, l'on sait pertinemment que ce type de raisonnement conduit à faire naître un sentiment d'impunité qui contrevient à l'effet dissuasif de la norme pénale, tandis que du côté de la société comme des victimes, elle ne peut qu'encourager les discours prônant l'existence d'un droit à l'auto-défense, autrement dit, l'existence d'un « *ordre privé* » se substituant à l'ordre public défaillant. ⁷⁰⁴ Concernant le second point, la fonction comme les finalités de la peine ne peuvent produire leurs effets qu'à compter de l'instant où cette dernière est réellement appliquée à l'individu reconnu coupable. Le législateur le rappelle d'ailleurs au sein d'un alinéa 2 introduit à l'article 707 par la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009⁷⁰⁵ selon lequel « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* ». Tous ces objectifs ne peuvent être atteints qu'en présence d'une peine effectivement exécutée.

184. – Toutes les peines prononcées ne sont pas exécutées – Depuis plusieurs années maintenant, les rapports établis par des groupes ou des commissions parlementaires se succèdent pour alerter le législateur comme l'Exécutif sur les défaillances du système pénal au stade de la mise à exécution des condamnations prononcées par les juridictions répressives⁷⁰⁶, témoignant de

⁷⁰³ M. PORRET, *Beccaria. Le droit de punir*, coll. le bien commun, Michalon, 2003, 83.

⁷⁰⁴ J. BRODEUR, « *Ordre public et ordre privé* », *ibid.*

⁷⁰⁵ *JORF* du 25 nov. 2009, 20192.

⁷⁰⁶ E. CIOTTI, *Rapport pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines*, juin 2011 ; J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2005 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Juin 2005, spéc. 42..

l'aggravation d'une situation bien connue des professionnels comme des associations d'aide aux victimes. Ces défaillances tiennent assurément au manque de moyens humains et matériels alloués aux différents acteurs de la chaîne pénale au stade de l'exécution des peines, surtout l'Administration pénitentiaire, le taux d'inexécution des peines d'emprisonnement s'expliquant en premier lieu par le fait que de nombreux établissements pénitentiaires, souvent vétustes, ont atteint ou dépassé leur capacité carcérale⁷⁰⁷, ce qui engendrent des situations particulièrement difficiles et dramatiques tant pour les populations incarcérées que pour les personnels pénitentiaires chargés de leur surveillance.⁷⁰⁸ L'insuffisance de la capacité carcérale des établissements pénitentiaires français explique qu'en pratique de nombreuses peines tardent à être mises à exécution, et lorsqu'elles le peuvent, leur mise à exécution n'est tout simplement plus souhaitable au regard du délai important s'étant écoulé entre le prononcé de la peine et la date de sa possible mise à exécution.⁷⁰⁹ En vue de remédier à cette situation, le législateur est donc intervenu pour garantir au mieux l'exécution effective des condamnations pénales prononcées par les juridictions répressives. Chronologiquement, ce fut la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 qui la première a érigé la célérité en principe directeur de la phase de mise à exécution des peines en inscrivant en tête de l'article 707 du Code de procédure pénale la nécessité, « *sauf circonstances insurmontables* », de mettre les peines à « *exécution de façon effective et dans les meilleurs délais* ». Elle a par ailleurs modifié le contenu de l'article 723-1 du Code de procédure pénale en vertu duquel, « *le juge de l'application des peines peut prévoir que la peine s'exécutera sous le régime de la semi-liberté, soit lorsqu'il reste à subir par le condamné une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas un an, soit lorsque le condamné a été admis au bénéfice de la libération conditionnelle, sous la condition d'avoir été soumis à titre probatoire au régime de la semi-liberté* »⁷¹⁰ tandis qu'un décret n°2004-1364 du 13 décembre 2004⁷¹¹ a instauré les bureaux de l'exécution des peines (BEX)⁷¹² en vue de délivrer plus

⁷⁰⁷ Actuellement, on évalue à 67 147 personnes le nombre d'individus incarcérés pour 57 540 places disponibles.

⁷⁰⁸ V° sur ce point, « Avis du 22 mai 2012 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif au nombre de personnes détenues », *Dalloz-Actualité*, 25 juin 2012, obs. Allain. Égal. : E. SENNA, « Le contrôle général des lieux de privation de liberté : immersion dans l'ombre de la République », *AJ pénal* 2012, 272.

⁷⁰⁹ Pendant ce laps de temps en effet les individus concernés ont pu de leur propre chef se réinsérer socialement en trouvant un emploi, en construisant une situation affective ou familiale stable, décider de suivre des études ou une formation professionnelle. La mise à exécution de la peine doit être abandonnée dans ce cas, en ce qu'elle viendrait finalement briser un travail de réinsertion sociale déjà avancé, ce qui serait parfaitement contre-productif. Dans d'autres hypothèses, la peine ne peut tout simplement pas être mise à exécution parce que l'individu a déménagé, changé de région, voir de pays, et il est rigoureusement impossible, au regard de la faiblesse des moyens humains et matériels accordés aux services du parquet chargés de la mise à exécution des peines de procéder à des investigations tendant à la recherche de ces individus.

⁷¹⁰ Les seuils de l'article 723-1 sont passés à deux ans pour les primo condamnés, un an pour les récidivistes, depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 nov. 2009.

⁷¹¹ modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines, *JORF* du 15 déc. 2004, 21247.

⁷¹² V° not. : G. CLÉMENT, J. Ph. VINCENTITI, « Les bureaux de l'exécution des peines », *RSC* 2009, 139.

rapidement au condamné comme à la victime, à l'issue des audiences, des informations relatives à la mise à exécution des sentences pénales. Plus récemment, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines⁷¹³ se propose de poursuivre trois objectifs : garantir la célérité et l'effectivité de l'exécution des peines prononcées, renforcer les mécanismes de prévention de la récidive et améliorer la prise en charge des mineurs délinquants. Pour ce qui nous intéresse ici, il convient de remarquer que l'effectivité de l'exécution des peines passe par une extension du parc carcéral qui devrait être en capacité d'accueillir, à l'horizon de 2017, les 80.000 personnes qui devraient être incarcérées à ce moment là, et notamment la construction de structures en mesure d'accueillir les courtes peines d'emprisonnement, eu égard à la mutation prévisible de la population carcérale compte tenu de la politique d'incitation aux aménagement des courtes peines privatives de liberté induit par la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Par ailleurs, en vue de garantir l'effectivité de l'exécution de la condamnation pénale, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 renforce les dispositions de celle n° 2010-768 du 9 juillet 2010⁷¹⁴ relative à la peine complémentaire de confiscation en instaurant une confiscation en valeur.⁷¹⁵ Pour ce qui intéresse la célérité dans la mise à exécution des peines, ce texte poursuit fort logiquement l'objectif de dématérialisation des procédures pénales avec la constitution d'un dossier unique sous forme dématérialisée qui devrait améliorer la circulation de l'information tout au long de la chaîne pénale, notamment en assurant l'interconnexion des différents systèmes d'information. Outre une augmentation significative des services de l'application des peines, notamment des SPIP dont les missions, bien que recentrées, continuent d'être relativement étendues, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 entend renforcer la généralisation des BEX, favorise une prise en charge rapide du mineur condamné par les services de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), mais également renforce la présence des Bureaux d'aides aux victimes (BAV), dont la généralisation vient d'être consacrée par un décret en date du 7 mai 2012.⁷¹⁶

⁷¹³ *JORF* du 28 mars 2012, 5592. V° : Cons. Const. n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, *JORF* du 28 mars 2012. Pour une présentation des dispositions de cette loi, V° : E. GARÇON, V. PELTIER, « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Dr. pén.* 2012, étude 11.

⁷¹⁴ visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale : *JORF* du 10 juill. 2010, 12753.

⁷¹⁵ V° : E. GARÇON, V. PELTIER, « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *ibid.*

⁷¹⁶ D. n°2012-681 du 7 mai 2012 relatif aux bureaux d'aide aux victimes : *JORF* du 8 mai 2012, 8264.

2) *Les difficultés nées de l'aménagement de la sanction pénale au cours de son exécution*

185. – Peine encourue, peine prononcée, peine exécutée – L'humanisation du droit pénal impose que la peine s'adapte à l'évolution du condamné au cours de son exécution afin de lui permettre de réintégrer la société dès lors que sa réinsertion sociale paraît acquise, peu important que la peine qu'il exécute ne soit pas arrivée à son terme.⁷¹⁷ De fait, la peine subit une double individualisation : une première fois au stade de son prononcé par la juridiction de jugement qui adapte la nature et le *quantum* de la sanction pénale théoriquement encourue par le texte d'incrimination selon les critères posés à l'article 132-24 du Code pénal ; une seconde fois au stade de son exécution par les juridictions de l'application des peines qui aménagent la peine en cours d'exécution en fonction de la personnalité du condamné, de son comportement quotidien avec les autres détenus et le personnel pénitentiaire, de ses projets professionnels ou familiaux, ainsi que des efforts de réinsertion qu'il a mis en œuvre durant sa détention. Les juridictions de l'application des peines disposent de plusieurs outils leur permettant d'aménager plus ou moins durablement la peine, d'assouplir plus ou moins fortement les conditions d'exécution de cette dernière selon les données propres à chaque individu. Cette deuxième individualisation se produit généralement au cours de l'exécution de la peine, mais il peut arriver qu'elle se produise *ab initio*. Outre le fait que le procureur de la République peut, en certaines circonstances, procéder lui-même à des aménagements de peine *ab initio* temporaires, tels que le fractionnement ou la suspension de peine, le juge de l'application des peines (JAP) dispose, outre la faculté que lui offre l'article 723-15 du Code de procédure pénale⁷¹⁸, de « prévoir que la peine s'exécutera sous le régime de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur soit en cas de condamnation à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ans, soit lorsqu'il reste à subir par le condamné une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ans. Les durées de deux ans prévues par le présent alinéa sont réduites à un an si le condamné est en état de récidive légale » sur le fondement de l'article 723-1 du même Code. Par ailleurs, l'article 474 du Code de procédure pénale prévoit également que lorsqu'une personne est condamnée à une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve, à une peine d'emprisonnement avec sursis assortie de l'obligation d'accomplir un

⁷¹⁷ R. OTTENHOF, *L'individualisation de la peine, de Saleilles à aujourd'hui*, coll. criminologie et sciences de l'homme, ÉRÈS, 2001.

⁷¹⁸ en vertu duquel « les personnes non incarcérées, condamnées à une peine inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, ou pour lesquelles, en cas de cumul de condamnations, le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à deux ans bénéficient, dans la mesure du possible et si leur personnalité et leur situation le permettent, suivant la procédure prévue au présent paragraphe, d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peines, d'une libération conditionnelle ou de la conversion prévue à l'article 132-57 du code pénal. Préalablement à la mise à exécution de la ou des condamnations, le ministère public informe le juge de l'application des peines de cette ou de ces décisions en lui adressant toutes les pièces utiles, parmi lesquelles une copie de la ou des décisions et le bulletin n° 1 du casier judiciaire de l'intéressé ».

travail d'intérêt général ou bien à une peine de travail d'intérêt général, ou encore, « *en cas de condamnation d'une personne non incarcérée à une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans ou pour laquelle la durée de détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans* », il lui est remis un avis de convocation à comparaître, dans un délai qui ne saurait excéder trente jours, devant le JAP en vue de déterminer les modalités d'exécution de la peine.⁷¹⁹ Le JAP dispose encore de la faculté de procéder à une novation de la peine qui lui permet de transformer une mesure d'aménagement de peine ou une peine en une autre. Ainsi, peut-il transformer une semi-liberté en placement à l'extérieur, un placement à l'extérieur en placement sous surveillance électronique mobile (PSEM), ou encore transformer une peine de travail d'intérêt général (Tig) en jours-amende, ou un sursis-Tig en jours-amende.

186. – Les critiques relatives à l'application du principe d'individualisation de la peine –

Si le fondement philosophique du principe d'individualisation des peines est honorable, et mérite assurément la place prégnante que notre droit répressif lui consacre, il est souvent mal compris par l'opinion publique et les victimes qui n'y voient rien de plus qu'une mesure de faveur à l'égard des délinquants marquant la faiblesse, la complaisance, voir la naïveté de l'institution judiciaire. L'attitude consistant à ignorer les critiques émises par l'opinion publique ou les victimes quant à l'application du principe d'individualisation des peines en les qualifiant de « *populistes* »⁷²⁰ n'est pas satisfaisante selon nous au regard de l'évolution de ce principe. S'il est éminemment juste de ne pas maintenir un individu entre les murs d'une prison, alors même que celui-ci présente des gages sérieux de réinsertion sociale, au seul motif qu'il aurait accompli il y a X années de cela telle ou telle infraction, il en va tout autrement lorsque le principe d'individualisation des peines est détourné de sa finalité et utilisé comme un simple outil de gestion des flux en milieu carcéral. À l'origine, l'objectif était de permettre aux juridictions de l'application des peines de pouvoir aménager la peine des individus fournissant des efforts sérieux de réinsertion sociale, de sorte que le principe était celui de l'exécution de la peine telle qu'elle avait été prononcée par la juridiction de jugement, l'aménagement de la peine n'intervenant qu'en cas d'efforts de réinsertion sociale manifestés par le condamné. Or, si l'on prend l'exemple des crédits de réduction de peine, force est d'admettre que l'on se trouve très loin aujourd'hui de la philosophie originale guidant l'application du principe d'individualisation, puisque chaque condamné, dès que la peine d'emprisonnement qu'il doit purger est mise à exécution, bénéficie d'un crédit de réduction de peine qui va automatiquement réduire la peine à effectuer au fur et à mesure que l'exécution de

⁷¹⁹ NB : Les durées de deux ans prévues par les articles 723-15 et 474 sont réduites à un an si le condamné est en état de récidive légale.

⁷²⁰ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005.

cette dernière avance. Ce crédit est actuellement de 3 mois pour la première année et de 2 mois pour les années suivantes (7 jours par mois pour les peines inférieures à 1 an). Si le condamné était en état de récidive, les réductions sont moins importantes (2 mois puis 1 mois). Pour les condamnés à des peines importantes, ce crédit de peine peut réduire la durée d'emprisonnement de façon non négligeable, sans qu'aucun effort sérieux de réadaptation sociale n'ait été mis en œuvre par celui-ci. Ce type de mesures n'est pas souhaitable, et n'est pas compris par l'opinion publique ou les victimes qui s'inquiètent, à juste titre, de voir des individus bénéficier de crédits de réduction de peine sans avoir à justifier d'un quelconque souhait de se réinsérer, et sur ce point, il doit être observé également que les récentes réformes tendant à promouvoir une politique d'aménagement de peine renforcée cristallise inévitablement les critiques portées contre le principe d'individualisation. Par ailleurs, il est regrettable de constater que le détournement de mesures favorables au condamné finit toujours par entraîner, dans un mouvement de balancier, l'introduction de mesures tendant à rétablir un équilibre, supposé ou réellement, mis en danger. De ce point de vue, l'instauration de mesures de sûreté à forte coloration pénale, telles que la rétention de sûreté ou la surveillance de sûreté, sont à mettre en relation avec un développement des aménagements de peine souvent mal compris du fait de l'opacité entourant leur prononcé, d'une part, et l'hyper-médiatisation d'affaires particulièrement sordides relatant des faits commis par des individus bénéficiaires d'une mesure d'aménagement de peine.

187. – La vigueur de la fonction punitive de la peine assurée par le renforcement du contrôle social post-sentenciel – La systématisation des aménagements de peine à toutes les catégories de condamnés, dont certains sont totalement dissociées de l'évolution de la personnalité du condamné, ne peut qu'affaiblir la vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale, dès lors que dans l'esprit de l'opinion publique comme des victimes, le condamné échappe à une partie de sa punition en bénéficiant de mesures d'aménagement de peine lui permettant de voir sa condamnation modifiée dans sa substance (cas de la novation) ou dans les modalités naturelle de son exécution (cas des aménagements *ab initio* notamment). Dans ce dernier cas, il est particulièrement choquant pour nombre de nos concitoyens qu'un individu soit condamné à une peine d'emprisonnement qu'il ne va jamais exécuter matériellement parce que le JAP aura, par exemple, user de la novation prévue à l'article 132-57 du Code pénal. C'est, en outre, particulièrement contre-productif pour le condamné au regard de la nécessaire pédagogie de la peine qui se trouve ici bien malmenée. Il ressort de la politique de promotion des aménagements de peine, qui, nous l'avons bien compris, tend principalement aujourd'hui à réguler les flux en milieu carcéral, que l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée n'a

jamais été aussi grand dans toute l'histoire du droit pénal. Malheureusement, comme à chaque fois que le droit pénal pèche par ces excès, dans un sens ou dans un autre, la correction n'est jamais bien loin, et celle qui est venue en l'occurrence nous semble particulièrement regrettable au regard de la menace qu'elle fait peser sur les libertés individuelles. En réaction au sentiment que la phase d'exécution des peines se trouvait entièrement tournée vers les intérêts du condamné, et ne prenait pas assez en considération ceux de la société et des victimes, le législateur a considérablement renforcé le contrôle social sur les détenus à l'issue de leur peine en instaurant des mesures de sûreté particulièrement drastiques, dont certaines d'entre elles peuvent conduire à un enfermement indéfini de la personne, en d'autres termes à une « peine après la peine ». Cette évolution est fortement regrettable et contestable au regard de leur aspect déshumanisant, comme du critère à partir duquel ces mesures sont prononcées : la dangerosité. Ces mesures de sûreté, en prolongeant dans le temps les effets de la peine qu'une mesure d'aménagement auraient anéantis apparaissent aux yeux de l'opinion publique comme une nécessité, un remède aux excès du principe d'individualisation, ce qu'elles ne sont certainement pas.

188. – En conclusion – La vigueur de la fonction punitive des sanctions pénales se trouve quelque peu atténuée au stade exécutoire compte tenu du taux significatif de condamnations pénales inexécutées et du détournement du principe d'individualisation des peines par le législateur en vue de gérer les flux en milieu carcéral. Les effets de l'inexécution des peines prononcées par les juridictions répressives sont particulièrement néfastes, tant au regard du sentiment d'impunité qu'elle procure au condamné dont les agissements infractionnels demeurent sans la moindre contrepartie, qu'au regard de la société et des victimes dont le dommage n'est pas véritablement rétribué. La transformation du principe d'individualisation de la peine au cours de son exécution en outil de gestion des flux en milieu carcéral affaiblit également la vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale dès lors que l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée n'est pas toujours compris, ni par le corps social, ni par les victimes, ni même par les condamnés eux-mêmes le plus souvent.

189. – Conclusion du paragraphe 2 – Si la vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale a pu être mise en doute au regard de la prééminence de sa finalité réadaptatrice, la réaffirmation de sa fonction punitive au sein de l'article 132-24 du Code pénal, ainsi que la réintroduction des peines plancher dans l'arsenal répressif contemporain, démontre qu'au stade de son prononcé, celle-ci s'impose avec force. Mais, l'on a pu observer qu'au stade de son exécution, la fonction punitive de la sanction pénale s'efface quelque peu afin de permettre à sa finalité réadaptatrice de

s'épanouir pleinement, comme en témoigne la possibilité reconnue aux juridictions de l'application des peines, parfois même à la juridiction de jugement, d'aménager les modalités d'exécution de la peine. La fonction punitive de la sanction pénale ne revêt donc pas la même intensité selon que l'on se trouve au stade de son prononcé ou au stade de son exécution. Comment expliquer alors l'aura de la sanction pénale ? D'une part, parce que même si la peine prononcée n'est pas celle qui sera nécessairement exécutée, l'auteur de l'infraction se trouve sanctionné, et il doit assumer personnellement cette sanction sans possibilité de transfert. D'autre part, les victimes n'intervenant pas directement dans la phase exécutoire du procès pénal, elles ignorent bien souvent à quel point la peine prononcée peut différer de celle qui sera exécutée, de sorte que, présentes au seul stade de son prononcé, celles-ci se satisfont de ce que l'auteur de l'infraction est puni.

190. – Conclusion de la section 2 – Toute action en justice ayant pour finalité de faire sanctionner un acte dommageable porte en son sein des attentes dépassant la seule compensation des préjudices subis, pour viser plus largement la punition de l'auteur en vue de sa responsabilisation. En effet, comme en témoigne les intervenants des associations d'aide aux victimes et de nombreux avocats, l'action en justice de la victime ne poursuit pas seulement une finalité « répressive » ou « vindicative », elle revêt également une dimension « préventive » en ce qu'elle espère que la sanction de l'auteur l'empêchera, pour l'avenir, de réitérer son comportement dommageable, et faire donc d'autres victimes. Parce que la responsabilité civile n'est plus en mesure de satisfaire cette attente, que la pénalisation, excessive parfois, des différentes branches du droit privé tend à augmenter la possibilité de faire tomber sous le coup d'une qualification pénale un nombre croissant de comportements antisociaux, et que la procédure pénale offre aux victimes d'infractions pénales la possibilité de déclencher le procès pénal et d'y participer en tant que « partie civile », celles-ci n'hésitent plus à solliciter la responsabilité pénale, et la sanction pénale qui l'accompagne, pour faire sanctionner les dommages qu'elles subissent toutes les fois que l'acte qui en est à l'origine est susceptible de revêtir une qualification pénale. Alors que dans le domaine civil, le répondant dispose de la faculté de transférer la charge de sa dette de réparation à un assureur, voir de la faire prendre en charge par un fonds public d'indemnisation ou de garantie, et que les quelques sanctions civiles disposant d'une finalité réellement punitive semblent avoir été mises en sommeil par le juge⁷²¹, dans le domaine pénal la vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale est demeurée

⁷²¹ *Le prononcé des amendes civiles par la Cour de cassation 2000-2011*, en ligne sur le site interne de la Cour de cassation (www.courdecassation.fr).

intacte. Non seulement, elle a été réaffirmée au sein de l'article 132-24 du Code pénal, mais encore le législateur a réintroduit dans l'arsenal répressif des peines plancher ayant pour effet d'aggraver la sévérité des peines à l'encontre de certaines catégories de délinquants ou de certains types d'actes délictueux. Partant, si au plan civil le répondant peut fort logiquement se décharger d'une dette de réparation résultant, non de son comportement fautif, mais de l'application d'une présomption de responsabilité ou de causalité qui permet d'inscrire cette dernière dans son patrimoine, il est en revanche impossible pour le coupable, au plan pénal, de se décharger de l'exécution d'une peine qui a vocation à rétribuer le dommage qu'il a occasionné à la société et à la victime particulière lorsque l'intérêt lésé par l'acte infractionnel est un intérêt privé. Ces éléments ne peuvent donc en toute logique qu'inciter les victimes à privilégier la voie pénale plutôt que la voie civile pour faire sanctionner concrètement le dommage qu'elles subissent en cas de lésion de leurs intérêts pénalement protégés.

CONCLUSION DU CHAPITRE DEUXIEME

191. – L’attrait des règles du droit pénal dans la résolution des litiges entre particuliers confirmé – Si les codes napoléoniens confiaient la résolution des litiges privés aux règles du droit civil en réservant celles du droit pénal à la défense des intérêts de la société, force est de constater que ce schéma se trouve largement dépassé aujourd’hui. Il l’est *de facto* puisque la norme pénale ne protège plus seulement l’intérêt général, mais tend à placer au premier rang de l’ordre de ses priorités celle des intérêts particuliers, qu’ils soient individuels ou collectifs. Il l’est surtout au regard de la redistribution des rôles qui peut être aujourd’hui observée entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. En grossissant quelque peu le trait, il peut être observé que, globalement, la responsabilité civile s’oriente, malgré quelques soubresauts ponctuels, vers un mécanisme de garantie de l’indemnisation des préjudices tandis que la responsabilité pénale s’impose en gardienne d’une responsabilité morale que la responsabilité civile n’assume plus. De fait, les règles du droit répressif deviennent nettement plus attrayantes que celles du droit civil pour les particuliers dans la sanction des atteintes portées à leurs intérêts, dès lors que, seule la responsabilité pénale nomme la faute, en désigne son auteur véritable, et lui inflige une sanction qu’il devra personnellement subir, sans moyen pour lui de la transférer à des tiers.

192. – La sollicitation du droit pénal dans la résolution des conflits entre particuliers. – La privatisation des qualifications pénales ayant pris ces dernières décennies une ampleur certaine, comme en témoigne notamment le développements des dispositions pénales dans l’ensemble des différentes branches du droit privé, le droit pénal est devenu la nouvelle grille d’intelligibilité des rapports sociaux, de sorte qu’en cas de conflit, c’est vers les règles de ce dernier que les particuliers se tournent, presque dans une forme d’automatisme finalement, pour faire sanctionner concrètement les atteintes dont ils sont victimes. La valeur normative de la loi pénale ne résidant pas seulement dans sa fonction déclarative, mais également dans les règles de fond, et dans une certaine mesure de forme, tendant à en assurer la mise en œuvre, le recours accru des particuliers à la responsabilité pénale, ainsi qu’à la sanction pénale qui l’accompagne, s’impose comme une facette du phénomène de privatisation de la fonction normative du droit pénal, et non une simple conséquence de la privatisation des qualifications pénales, même si les deux mouvements sont intrinsèquement liés. Le droit pénal se trouve donc aujourd’hui « *appelé à la rescousse pour préserver le sens de la norme sociale [...] et suppléer à la détérioration morale des citoyens* ». ⁷²²

⁷²² C. LABRUSSE-RIOU, « Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit », in *La responsabilité. La condition de notre humanité*, coll. Morales, Autrement, 2002, 110.

CONCLUSION DU TITRE I

193. – La privatisation de la *ratio legis* de la loi pénale – Dès lors qu'il peut être parfaitement observé que la *ratio legis* d'un grand nombre d'incrimination ne place plus au premier rang la défense de l'intérêt général, mais celle des intérêts privés appartenant à des titulaires individuels ou collectifs, il faut en déduire que celui-ci se trouve nécessairement concurrencé, voir supplanté, dans la hiérarchie de l'ordre des valeurs pénalement protégées par ceux-ci. La liberté de décision ainsi que les droits patrimoniaux réels ou personnels des particuliers, qu'ils soient envisagés individuellement ou en tant qu'entité collective, se trouvent aujourd'hui placés au premier rang de l'ordre des priorités de la protection pénale d'un certain nombre de textes d'incrimination intéressant directement l'intérêt général ou soutenant des dispositions impératives structurant des ordres publics spécialisés (ordre public économique ; ordre public de protection ; ordre public social, ordre public matrimonial, *etc.*). Par des dispositions de procédure pénale particulières, contenues au sein du Code de procédure pénale ou hors de ce dernier, le législateur étend la *ratio legis* de nombreuses incriminations à la défense d'intérêts collectifs appartenant à des groupes sociaux structurés en associations ou en syndicats, se situant dans le but commun que ces derniers poursuivent dans la défense de valeurs s'analysant en réalité comme des sous-produits de l'intérêt général. Qu'ils soient individuels ou collectifs, ces intérêts sont, par nature, privés, et ne se confondent donc pas avec l'intérêt général, qu'ils concurrencent, voir supplantent dans certains cas. La privatisation de la *ratio legis* de la loi pénale dans un nombre croissant de situations ne s'explique pas seulement par l'attrait du caractère dissuasif attaché à sa fonction symbolique, elle se justifie surtout par l'attrait du caractère coercitif attaché à sa fonction sanctionnatrice.

194. – La privatisation de la fonction sanctionnatrice de la loi pénale – Si le droit pénal n'a pas le monopole de la sanction, il est toutefois celui qui dispose de l'arsenal répressif le plus coercitif et le plus infâmant, dès lors que la condamnation pénale, contrairement à la condamnation civile, continue d'être assimilée, dans l'inconscient collectif, à une condamnation morale, ce qui est logique dans la mesure où, si la culpabilité constitue le fondement de la responsabilité pénale, elle ne constitue plus celui de la responsabilité civile. De ce point de vue, il n'est d'ailleurs pas douteux de penser d'ailleurs que l'abandon progressif de sa fonction normative par la responsabilité civile au profit de sa fonction indemnitaire, et par voie de conséquence le refoulement de sa fonction punitive, a grandement contribué à affaiblir la force normative de la loi civile. Nonobstant donc les avantages réels ou fantasmés que la procédure pénale peut leur offrir, l'attrait croissant des victimes d'infractions pour la voie pénale s'explique aussi, et se justifie

pleinement, par l'efficacité des règles substantielles dans la sanction des actes portant atteinte à leurs intérêts pénalement protégés. En se constituant partie civile devant la juridiction répressive, les victimes peuvent obtenir ce qu'elles obtiendraient du juge civil - à savoir l'indemnisation de leurs préjudices - mais également ce qu'elles n'obtiendront que de manière très exceptionnelle de ce dernier : la sanction de l'auteur réel de leur dommage. Même si nous avons pu observer que la responsabilité de plein droit a connu quelques avancées en droit pénal, et qu'à l'instar de ce qui a pu être constaté dans le domaine de la responsabilité civile, la causalité s'impose parfois comme condition primordiale de la responsabilité pénale, ces évolutions ont été utilisées par le juge répressif pour parvenir à un résultat totalement opposé à celui recherché en responsabilité civile. Dans le domaine civil, la responsabilité de plein droit ou l'ascension de la causalité au premier rang des conditions de la responsabilité ont été utilisées par le juge civil pour évacuer la culpabilité des conditions de la responsabilité civile, de sorte que ce n'est plus l'auteur d'un comportement fautif qui se trouve désigné comme civilement responsable, mais un simple débiteur d'assurance, entendu comme un responsable prédéterminé sur lequel pèse une obligation d'assurance ; dans le domaine pénal, la responsabilité de plein droit ou l'ascension de la causalité au premier rang des conditions de la responsabilité pénale ont été utilisées par le juge pénal pour maintenir la culpabilité comme fondement de cette dernière, et ainsi neutraliser tant des dispositions légales poursuivant une finalité dépénalisante à l'égard de certaines catégories d'auteurs que des mécanismes juridiques susceptibles de permettre aux délinquants de se dissimuler derrière de simples répondants. Parce que les règles régissant les conditions de la responsabilité pénale, et de la sanction pénale qui l'accompagne, participent à la vigueur de la force normative de la loi pénale dont elles assurent la sanction, leur utilisation pour résoudre des litiges opposant au premier plan des particuliers témoigne de la privatisation de la fonction sanctionnatrice de la loi pénale.

TITRE 2

LA PRIVATISATION DE LA FONCTION RÉPARATRICE DU DROIT PÉNAL

195. – La privatisation de la fonction réparatrice du droit pénal – La réparation est classiquement identifiée comme une fonction du droit civil, plus précisément de la responsabilité civile, et très rarement comme une fonction du droit pénal. Pourtant, celle-ci est évoquée au moins dans un domaine : celui de la peine. En effet, c'est en général pour rappeler que la peine publique participe à la réparation du dommage causé à la collectivité en rétribuant l'acte infractionnel que les pénalistes sont amenés la plupart du temps à évoquer la fonction réparatrice du droit pénal. Si la doctrine reconnaît bien volontiers une fonction cathartique au procès pénal, abordant très souvent la question de la réparation processuelle des victimes *via* la constitution de partie civile⁷²³, elle n'aborde que peu la question relative à la réparation pénale qu'est susceptible d'offrir aujourd'hui le droit substantiel aux victimes. La question revêt pourtant une importance cruciale dans la mesure où, d'une part, la responsabilité civile, en retenant une conception restrictive de la notion de réparation qu'elle assimile avec celle d'indemnisation, ignore la satisfaction du besoin de justice exprimé par ces dernières, et que le droit répressif est en mesure de leur offrir, d'autre part, la privatisation de la fonction normative de la loi pénale ne peut qu'emporter, par voie de conséquence, celle de sa fonction réparatrice. Or, l'analyse clairement met en exergue que la fonction réparatrice de la loi pénale intègre aujourd'hui, non seulement la réparation symbolique du dommage privé résultant de l'infraction, mais encore la réparation patrimoniale de ce dernier dès lors que la sanction pénale absorbe la réparation civile parmi ses éléments, ce qui ne paraît guère judicieux, tant au regard des évolutions de la responsabilité civile en ce domaine que des perturbations engendrées sur les fondements de la répression pénale.

196. – L'intégrale réparation du dommage privé assumé par le droit pénal. – Si le droit de la responsabilité civile est gouverné par le principe de réparation intégrale du dommage, l'on peut se demander si ce principe ne gouverne également, dans une certaine mesure, le droit pénal, dès lors que la privatisation de sa fonction réparatrice le conduit à réparer, non seulement symboliquement le dommage de la victime particulière de l'infraction (**chapitre 1**), ce qui nous semble légitime au regard de la privatisation de sa fonction protectrice, mais également à garantir l'indemnisation effective des préjudices de la victime en lui offrant une réparation patrimoniale (**chapitre 2**).

⁷²³ N. PIGNOUX, *La réparation des victimes d'infractions pénales*, op. cit., n°364.

CHAPITRE 1. LA RÉPARATION SYMBOLIQUE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LE DROIT PÉNAL

197. – Indemniser n'est pas réparer⁷²⁴ – Le droit français assimile en général les notions de réparation et d'indemnisation. Qu'il s'agisse de l'article 1382 du Code civil ou de l'article 2 du Code de procédure pénale, le droit positif affirme que le dommage donne naissance à un droit, classiquement qualifié de droit à réparation. Sous cette qualification, c'est en réalité la seule indemnisation des différents préjudices causés par l'infraction qui est visée, parfois la réparation en nature lorsque celle-ci est possible. Si l'indemnisation effective des préjudices tend à être aujourd'hui garantie, celle-ci ne peut toutefois que compenser des préjudices d'ordre patrimonial ; or la réparation de l'atteinte causée au droit subjectif appelle davantage, voire autre chose, que le paiement d'une simple indemnité compensatoire, elle appelle la satisfaction d'un besoin de justice qui résulte de la reconnaissance de la qualité de victime, du choix d'une qualification pénale qui matérialise au plus juste des faits la nature des actes dont la victime a souffert, de la désignation de l'auteur de ces actes, et de sa sanction. L'infraction génère en effet chez les victimes un dommage qui ne diffère en rien de celui éprouvé par le corps social - ce qui implique qu'il relève à ce titre de l'ordre des émotions - mais qui est vécu avec une intensité nettement supérieure chez la victime particulière qui subit directement la matérialité de l'acte délictueux. Ce dommage de nature morale appelle, au-delà de la réparation processuelle offerte par la participation de la victime au procès pénal, une réparation symbolique qui n'est rien d'autre que le sentiment de justice à partir duquel la victime va pouvoir se reconstruire dans la certitude de la reconnaissance judiciaire de sa souffrance et de la sanction de son auteur. Si le droit pénal substantiel tend à permettre cette réparation symbolique, c'est parce que le législateur et le juge ont progressivement étendue la fonction cathartique⁷²⁵ de l'interdit pénal (**section 1**), ainsi que celle de la sanction pénale qui l'accompagne (**section 2**), du corps social à la victime particulière de l'infraction.

⁷²⁴ C. LAZERGES, « L'indemnisation n'est pas la réparation », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, op. cit., 228.

⁷²⁵ Pour Aristote, la catharsis est l'effet de purgation des émotions produites chez le spectateur par une représentation dramatique (V° : Aristote, *Poétique*, éd. Le livre de poche, 1995). L'attribution d'une fonction cathartique au droit pénal résulte de l'idée que, par la qualification pénale des faits et la sévérité de la peine prononcée, ce dernier serait en mesure de purger les émotions du corps social, ainsi que celles des victimes, en nommant la faute, en désignant son auteur, et prononçant une sanction ayant pour effet de lui infliger un mal équivalent à celui qu'il a causé.

SECTION 1. L'EXTENSION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE L'INTERDIT PÉNAL

198. – L'effet réparateur du dire de justice – En donnant une juste qualification pénale aux faits dont il se trouve saisi, le juge donne à sa décision une assise juridique et morale qui participe à la diffusion d'un sentiment de justice dans le corps social qui lui permet d'évacuer la tension issue de la commission de l'infraction. Dès lors qu'elle constitue « *la description d'une certaine conduite humaine, que le législateur interdit ou impose aux individus, parce qu'il estime que la prohibition ou l'obligation d'agir établie par lui est le seul moyen d'assurer la protection de certaines valeurs sociales ou de certains biens juridiques* »⁷²⁶, l'incrimination porte indéniablement⁷²⁷ en elle le germe d'une catharsis se manifestant par la verbalisation des affects qu'elle permet.⁷²⁷ Compte tenu du renversement de l'ordre des valeurs pénalement protégées, qui s'est manifesté par un « *remodelage du contenu de nos infractions au profit des victimes* »⁷²⁸, nul doute que l'effet réparateur du dire de justice se trouve *de facto* étendu à ces dernières, de sorte qu'une juste qualification pénale des faits ne participe plus seulement à la diffusion d'un sentiment de justice dans le corps social lui permettant d'évacuer la tension issue de la commission de l'infraction, mais prioritairement à la diffusion d'un sentiment de justice dans l'esprit de la victime qui a souffert de l'infraction en lui permettant d'évacuer la tension résultant de la commission de cette dernière. Il peut donc être observé, d'une part, qu'il est non seulement tenu compte de la fonction cathartique de l'interdit pénal au stade de l'élaboration des incriminations par le législateur (§.1), d'autre part, que la fonction cathartique de l'interdit pénal est prise en compte par le juge au stade de leur application (§.2).

§.1 - LA FONCTION CATHARTIQUE DE L'INTERDIT PÉNAL PRISE EN COMPTE PAR LE LÉGISLATEUR

199. – La prise en compte de la dimension réparatrice des incriminations pénales – L'affinage du contenu des incriminations pénales en vue de traduire au plus juste des faits les dimensions matérielle et morale du comportement délictueux se justifiait jusqu'à présent par le respect du principe de légalité des délits et des peines. Mais, cette volonté de traduire au plus juste des faits les dimensions matérielle et morale du comportement délictueux se justifie également aujourd'hui par le souci d'explicitier, d'illustrer, d'identifier les origines du mal que la victime subit afin que sa souffrance puisse être verbalisée au stade de la qualification pénale des faits par le

⁷²⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n°181.

⁷²⁷ En ce sens : E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, thèse, Aix-en-Provence, 2011.

⁷²⁸ J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime. I – Définitions et statut*, op. cit., 299.

juge. Nous en voulons pour preuve que la prise en compte de la fonction cathartique de l'interdit pénal dans les textes d'incrimination s'observe tant dans le domaine des infractions d'imprudence (A) que dans celui des infractions intentionnelles (B).

A - L'INCLUSION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE L'INTERDIT PÉNAL DANS LES INFRACTIONS D'IMPRUDENCE

200. – La gradation de l'échelle de culpabilité pénale – Lors de la réforme du Code pénal en 1992, il est rapidement apparu que les victimes ne pouvaient obtenir la réparation morale à laquelle elles avaient droit dès lors que les qualifications pénales proposées par la loi n'identifiaient pas de manière suffisamment précise l'aspect particulièrement dommageable du comportement réprimé, autrement dit, la nature réelle de la faute morale commise (1). Prenant en compte le fait que ces dernières exigeaient des qualifications pénales plus précises, le législateur a affiné l'échelle de culpabilité pénale prévue à l'article 121-3 du Code pénal en distinguant l'imprudence inconsciente de l'imprudence consciente (2).

1) *La répression unitaire de l'imprudence sous l'empire du Code pénal de 1810*

201. – Distinction théorique des fautes pénales d'imprévoyance et d'inobservation – Deux textes dans l'ancien Code pénal réprimaient le dommage corporel résultant d'un comportement imprudent. Ainsi, l'article 319 prévoyait « *quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 1.000 F à 30.000 F* », tandis que l'article 320 prévoyait que « *s'il est résulté du défaut d'adresse ou de précaution des blessures, coups ou maladies entraînant une incapacité totale de travail personnel pendant plus de trois mois, le coupable sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende de 500 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement* ». ⁷²⁹ De fait, deux types de fautes étaient déjà distinguées en théorie. D'une part, la faute d'imprévoyance, caractérisée par l'existence d'une maladresse, d'une imprudence, d'une inattention, ou encore d'une négligence. D'autre part, la faute d'inobservation, caractérisée par le fait que l'agent n'a pas observé les règlements auxquels il aurait dû conformer son comportement. Est-ce à dire que l'ancien Code pénal distinguait déjà deux échelons de culpabilité ? Assurément pas, dès lors que la jurisprudence réprimait toutes les fautes, de la plus légère à la plus grave, sur

⁷²⁹ Ces dispositions étaient celles en vigueur à la veille de la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (JORF du 23 déc. 1992, 17568).

le fondement de ces textes, sans distinguer entre faute d'imprévoyance et faute d'inobservation. La solution était logique dans la mesure où il ne résulte pas de la lettre du texte que l'inobservation des règlements soit délibérée, ce dont on aurait pu alors déduire l'existence d'une imprudence consciente. En réalité, la distinction opérée par la loi entre faute d'imprévoyance et faute d'inobservation traduisait seulement le souci du législateur de réprimer autant les actions que les omissions, la répression des homicides et blessures involontaires intéressant en premier lieu le monde de l'entreprise au sein duquel le développement du machinisme provoquait de nombreux dommages ne pouvant être imputés qu'à celui qui avait manqué à son obligation d'user de sa capacité d'influence pour faire respecter les règles de sécurité et d'hygiène en vigueur, et avait de ce fait permis la réalisation du dommage.

202. – Les trois états psychologiques de l'imprudence – Nous savons que la distinction des notions d'intention et de volonté conduit à élargir le domaine de l'imprudence pénale dans la mesure où, si l'on peut considérer que tout ce qui est intentionnel est volontaire, *a contrario*, il semble que tout ce qui est volontaire ne soit pas nécessairement intentionnel. La distinction des notions d'intention et de volonté a considérablement enrichi l'échelle de culpabilité pénale dans le domaine de l'imprudence, car ce n'est pas un, mais trois échelons de culpabilité qui peuvent être distingués. Le premier est celui de l'imprudence inconsciente caractérisée par une absence, chez l'agent du caractère illégal de son comportement comme du risque de résultat dommageable que celui-ci emporte, tant et si bien que lorsque le dommage se matérialise il s'en trouve le premier surpris. Le deuxième est celui de l'imprudence consciente caractérisée par l'existence d'une conscience plus ou moins affinée chez l'agent de l'illégalité de son comportement comme du risque de dommage que ce dernier emporte, sans toutefois que la survenance de ce résultat dommageable soit acceptée.⁷³⁰ Le troisième est celui de l'imprudence volontaire caractérisée par une volonté de comportement doublé d'une acceptation du résultat, de sorte que celui-ci manifeste une indifférence coupable envers autrui.⁷³¹ Or, la lettre comme l'esprit des articles 319 et 320 ne permettaient nullement au juge de faire apparaître l'état psychologique de l'agent au moment des faits au stade de la qualification pénale. Si le juge pouvait sanctionner plus

⁷³⁰ E. MARTIN-HOCQUENGHEM, « Le dol éventuel », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*. Publication de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2010, 445. – J. CÉDRAS, « Le dol éventuel aux limites de l'intention », *D.* 1995, I, 18.

⁷³¹ Cette distinction entre imprudence consciente et imprudence volontaire n'a pas, jusqu'à présent, retenue réellement l'attention en France, les deux notions étant généralement confondues tant par la doctrine que par le législateur. V° : Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Laruier*, Grenoble, PUG, 1993, 210-211. – P. MORVAN, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 443.

sévèrement l'auteur d'une imprudence consciente que celui d'une imprudence inconsciente, en appliquant au premier une peine plus lourde qu'au second, la qualification pénale des faits retenue étant indifférente à l'état psychologique de l'agent, celle-ci ne pouvait permettre la réparation morale des victimes.

2) *La gradation des fautes pénales d'imprudence par le Code pénal de 1994*

203. – La redéfinition de l'échelle de culpabilité pénale – A l'occasion de la loi n° 92-633 du 22 juillet 1992⁷³² le législateur a répondu aux critiques émises par les victimes à l'encontre de l'échelle de culpabilité pénale dans le domaine de la répression de l'imprudence. Si l'imprudence ou la négligence, dès lors qu'elle porte atteinte à l'intégrité physique des personnes, a toujours été considérée comme devant susciter une réaction du corps social⁷³³, ce qui explique notamment que le Code pénal de 1810 permettait de réprimer pénalement les homicides et blessures involontaires, l'importance prise par cette dernière plaçait l'infraction « *au cœur de la sécurité des personnes* ». ⁷³⁴ Si certains comportements relèvent effectivement d'une « *simple faute d'imprudence, de négligence ou de maladresse* », d'autres en revanche révèlent une imprudence consciente que les qualifications pénales devaient désormais faire apparaître en vue de satisfaire le besoin de justice des victimes. C'est dans cet objectif que le législateur a introduit à l'article 121-3 du Code pénal un échelon de culpabilité supplémentaire. Si le premier échelon de culpabilité réside dans la faute simple d'imprudence définie comme une défaillance de conduite par rapport à un standard individualisé⁷³⁵, le deuxième résidait dans la faute de mise en danger délibérée d'autrui définie comme la « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* », et qui se trouve érigée en circonstance aggravante d'un certain nombre de délits. De fait, selon que le dommage de la victime trouve sa cause dans une faute simple d'imprudence - hypothèse de l'imprudence inconsciente – ou dans une faute de mise en danger

⁷³² portant réforme des dispositions générales du code pénal, *JORF* du 23 juill. 1992, 9864.

⁷³³ F. ROUSSEAU, « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., 44.

⁷³⁴ H. SEILLAN, *Responsabilité pénale. Dangers, accidents, maladies, catastrophes*, coll. Synthèses, P. éd., 2003, 43.

⁷³⁵ Si à l'occasion de la réforme opérée la loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence (*JORF* du 14 mai 1996, 7211), le législateur est venu préciser que l'appréciation de la simple faute d'imprudence devait s'opérer *in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte de la particularité des circonstances et de la personne auteur du dommage, il peut être observé que le juge pénal recourt, à l'instar du juge civil d'ailleurs, à un mécanisme se situant à mi-chemin entre l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto*, parfois qualifié « *d'appréciation in abstracto circonstanciée* » (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°256 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de sciences criminelles. Droit pénal général*, op. cit., n°609 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°490. V° égal. : A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale : essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du code civil et la faute des articles 319-320 du code pénal*, préf. P. BONNASSIES, bibl. dr. privé, t. 70, LGDJ, 1966, n° 77).

délibérée de la personne d'autrui - hypothèse de l'imprudence consciente - la gravité de la sanction encourue s'accroît. L'échelle de culpabilité pénale s'est encore affinée à l'occasion de la réforme opérée par la loi du 10 juillet 2000, le législateur ayant introduit deux nouvelles fautes conditionnant la responsabilité pénale des « *personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* ». La première est la faute délibérée définie comme le fait de violer « *de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». La seconde est la faute caractérisée définie comme le fait, pour l'auteur, de ne pas avoir « *accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* » exposant « *autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». En affinant ainsi l'échelle de culpabilité pénale dans le domaine de la répression de l'imprudence, le législateur permet enfin au juge de faire coïncider vérité juridique et vérité matérielle en faisant apparaître par la qualification pénale qu'il retiendra l'état psychologique de l'agent à l'origine du dommage.

204. – Le cas particulier du délit de risque causé à autrui – La répression pénale de l'indifférence à autrui, caractérisée par l'introduction de la faute de mise en danger délibérée à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992, et de la faute délibérée à l'occasion de celle du 10 juillet 2000, n'a pas vocation à réprimer seulement le dommage causé à la victime, elle a vocation à réprimer encore le risque de dommage que le comportement volontairement imprudent de l'auteur⁷³⁶, en ce qu'il manifeste une « *imprévoyance consciente* »⁷³⁷, voire une « *indifférence coupable envers autrui* ».⁷³⁸ Toute la difficulté de ce délit réside en ce que l'auteur viole consciemment la loi, ce qui rapproche son comportement de la faute intentionnelle, mais ne recherche pas le résultat dommageable qui pourrait en résulter, ce qui rapproche alors son comportement de la faute non-intentionnelle.⁷³⁹ Pour le juge, le délit de risque causé à autrui est intentionnel.⁷⁴⁰ Le raisonnement de la Cour de cassation est justifié pour certains auteurs par le fait que le délit de risque causé à autrui repose sur l'existence d'un dol général particulier réduit à la seule connaissance de l'interdit

⁷³⁶ P. SALVAGE, « L'imprudence en droit pénal », *JCP G.* 1996, I, 3984.

⁷³⁷ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de sciences criminelles. Droit pénal général*, op. cit., n°546.

⁷³⁸ A. d'HAUTEVILLE, « La gradation des fautes pénales en matière d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique », in *Réflexions sur le nouveau code pénal*, C. LAZERGES (dir.), Pédone, 1995, 41.

⁷³⁹ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préf. A. DECOQ, bibl. sc. crim., t. 23, LGDJ, 1982.

⁷⁴⁰ En ce sens : T. corr. Saint-Etienne, 10 août 1994 : *RSC* 1995, 575, obs. Mayaud. – Cass. crim., 16 févr. 1999 : *Bull. crim.*, n° 18 ; *RSC* 1999, 581, obs. Mayaud. – 9 mars 1999 : *Bull. crim.* n° 34. *Contra* : CA Douai, 11 janv. 1995 : *RSC* 1996, 651, obs. Mayaud.

enfreint.⁷⁴¹ Mais pour d'autres auteurs, le rattachement du délit de risque causé à autrui au domaine des infractions intentionnelles se justifie en ce que se trouve réuni une volonté de comportement que traduit chez l'auteur la connaissance de l'existence de l'interdit qu'il viole de manière manifestement délibérée, et une volonté de résultat - le risque - matérialisé par « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente* ». ⁷⁴² En affirmant que « *l'élément intentionnel de l'infraction résulte du caractère manifestement délibéré de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, de nature à causer un risque immédiat de mort ou de blessures graves à autrui* » ⁷⁴³, la Cour de cassation considère à l'évidence que dans le délit de risque causé à autrui, ce n'est pas la recherche d'un résultat précis qui consomme le dol général, mais la conscience du risque d'exposer autrui à un dommage d'une particulière gravité. Cela explique que si l'article 223-1 du Code pénal peut être envisagé comme un délit intentionnel, tel ne peut être le cas de la faute délibérée de l'article 121-3 du même Code dans la mesure où le dommage matérialisé n'est pas volontairement recherché par l'auteur.

205. – En conclusion – La prise en compte de la fonction cathartique de l'interdit pénal par le législateur s'est manifestée dans le domaine de la répression pénale de l'imprudence par un affinage progressif de l'échelle de culpabilité pénale fondée sur l'état psychologique de l'auteur à l'origine du dommage. Alors que sous l'empire du Code pénal de 1810, l'échelle de culpabilité ne permettait pas de faire coïncider vérité judiciaire et vérité matérielle en ne traduisant pas les différents états psychologiques de l'auteur, les différentes réformes intervenues entre 1992 et 2000 ont eu pour effet d'insérer un nouvel échelon de culpabilité pénale en distinguant l'imprudence inconsciente - réprimée sur le fondement de la faute pénale d'imprudence simple - de l'imprudence consciente - réprimée sur le fondement de la faute délibérée - de l'imprudence volontaire, réprimée également sur le fondement de la faute délibérée prévue à l'article 121-3 du Code pénal, sur celui du délit de risque causé à autrui prévu à l'article 223-1 du même Code lorsqu'elle est génératrice de risque. De fait, ces réformes tendent à permettre au juge de faire coïncider la vérité judiciaire et la vérité matérielle en optant pour une qualification pénale qui illustre, au plus juste des faits, l'état psychologique de l'auteur.

⁷⁴¹ V. MALABAT, « Le délit de mise en danger. La lettre et l'esprit », *JCP G.* 2000, I, 208. – M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, I, 153. Egal. : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2010, n° 228.

⁷⁴² J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, 849.

⁷⁴³ Cass. crim., 9 mars 1999 : *ibid.*

B – L'INCLUSION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE L'INTERDIT PÉNAL DANS LES INFRACTIONS INTENTIONNELLES

206. – L'expression de la fonction cathartique de l'interdit pénal dans le domaine des infractions intentionnelles – Si le législateur tente de préciser ou de remodeler le contenu des incriminations pour y introduire des éléments matériels ou moraux propres à représenter idéalement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance, cet exercice se révèle délicat en pratique dans la mesure où une telle introduction doit s'opérer en harmonie avec les principes éthiques (1) et juridiques (2) du droit pénal.

1) La conformité de la réparation morale des victimes avec les principes éthiques du droit pénal

207. – L'éthique du Code pénal – Par sa fonction expressive, la loi pénale édicte le système de valeurs d'une société⁷⁴⁴ en fixant la frontière entre le permis et l'interdit⁷⁴⁵, et que la classification tripartite des infractions traduit pleinement⁷⁴⁶, de sorte que le contenu de chaque incrimination traduit l'éthique de la société à un instant donné. La prise en compte de la réparation symbolique au sein des textes d'incrimination s'inscrit dans le système de valeurs exprimé par les principes éthiques du Code pénal dès lors que ce dernier place la personne humaine au premier rang des priorités de l'ordre des valeurs pénalement protégées. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le législateur érige les mobiles en circonstances aggravantes afin, d'une part, de renforcer la protection pénale de certaines valeurs sociales, d'autre part, de permettre aux victimes d'obtenir une réparation symbolique particulière tenant à la nature spécifique du droit subjectif lésé que l'incrimination générale ne fait pas nécessairement apparaître.⁷⁴⁷ Il en est ainsi également lorsque l'incrimination a pour effet de mettre l'accent sur le caractère particulièrement asocial d'un comportement donné ou lorsqu'elle a pour effet d'étendre la protection pénale de l'intégrité physique à l'intégrité psychologique de personnes qui, parce qu'elles se trouvent dans une

⁷⁴⁴ V° sur ce point : R. BADINTER, *Introduction à l'exposé des motifs du projet de loi de 1986*, Document Sénat, n°300, cité par L. LETURMY, « Confusion dans la hiérarchie des valeurs », in *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, M. DANTI-JUAN (dir.), Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 24, Cujas, 2005, 149.

⁷⁴⁵ M. DANTI-JUAN, « Rapport introductif. Repères et code », in *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, op. cit., 13. – J. PRADEL, « Les innovations du nouveau code pénal », in *Le nouveau code pénal, normes et société*, coll. les cahiers de la sécurité intérieure, La Documentation française, 1994, 27.

⁷⁴⁶ J.-H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions selon le nouveau code pénal », *RSC* 1993, 469. V° égal. : J. MOULY, « La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine », *RSC* 1982, 3.

⁷⁴⁷ F. LE GUNHEC, « L'institution d'une circonstance aggravante de "racisme". Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 », *JCP G.* 2003, act. 252.

position de faiblesse ou d'infériorité par rapport à leurs agresseurs doivent bénéficier d'une protection pénale renforcée. Le souci de réparer moralement les victimes invite donc le droit pénal à centrer le cœur de certaines incriminations sur l'état psychologique de la personne humaine, soit parce que celui-ci constitue la source négative de l'incrimination comme dans le cas de la répression de l'imprudence volontaire, soit parce que celui-ci constitue la source positive de l'incrimination comme dans le cas de la répression des faits constitutifs de harcèlement.

208. – La répression pénale du harcèlement moral dans le cadre des relations de travail –

Dès la fin des années 1990, deux auteurs firent paraître plusieurs ouvrages au sein desquels ils démontraient l'inefficacité du dispositif légal tendant à lutter contre le harcèlement moral dont certaines personnes étaient victimes dans le cadre des relations de travail⁷⁴⁸, portant ainsi à la connaissance du grand public un constat déjà dressé par une partie de la doctrine.⁷⁴⁹ Bien que l'article L. 1152-1 du titre V du Code de travail sanctionne les faits constitutifs de harcèlement moral, la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale⁷⁵⁰ est néanmoins venue institué un délit de harcèlement moral dans le Code pénal.⁷⁵¹ Ce doublon législatif n'était *a priori* pas nécessaire dans la mesure où les faits constitutifs de harcèlement moral étaient déjà réprimés par le Code du travail⁷⁵², et son caractère superflu souligné par la doctrine⁷⁵³, il peut être observé que les deux incriminations ne recouvrent toutefois pas exactement le même champ d'application. À la différence de l'article L. 1152-1 du Code du travail qui vise le « *salarié* », l'article 222-33-2 du Code pénal vise plus largement « *autrui* », de sorte qu'en s'éloignant du cadre du contrat de travail, le Code pénal a vocation à recevoir une application étendue à tous types de relation interpersonnelle intervenant sur le lieu du travail.⁷⁵⁴ Cette extension du champ d'application du délit de harcèlement moral par son introduction dans le Code pénal est

⁷⁴⁸ M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, 1998.

⁷⁴⁹ T. REVET, « La dignité de la personne humaine en droit du travail », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA, T. REVET (dir.), Economica, 1999, 137. – P. BOUAZIZ, « Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique », *Dr. ouvrier* 2000, 192.

⁷⁵⁰ JORF du 18 janv. 2002, 1008.

⁷⁵¹ B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », *Dr. sociétés* 2002, 313. – B. PLATEL, Th. VIALA, « Le fabuleux destin du concept de harcèlement moral », *JCP E.* 2002, I, 762.

⁷⁵² Mais il doit être observé que si, pour l'article L. 1152-1 du Code du travail, « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* », pour l'article 222-33-2 du Code pénal, le harcèlement moral réside plus largement dans « *le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits ou à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

⁷⁵³ E. MONTEIRO, « Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail », *RSC* 2003, 277. V° égal. : V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., 71.

⁷⁵⁴ E. MONTEIRO, « Le concept de harcèlement moral dans le droit pénal et le droit du travail », *ibid.*

pleinement conforme aux aspirations contemporaines du corps social qui exige que les personnes soient protégés sur leur lieu de travail de tout comportement agressif, intimidant ou vexatoire, que celui-ci soit le fait d'une personne en lien hiérarchique avec la victime ou non. Par ailleurs, les incriminations prévues par le Code du travail et le Code pénal répondent, nous semble-t-il, aux attentes des victimes en ce qu'elles mettent en exergue le caractère moralement éprouvant des faits de harcèlement en décrivant dans le détail les effets que ce type d'acte emportent pour la personne de la victime, tant au plan physique qu'au plan psychologique. En mettant ainsi en exergue les éléments matériels ou moraux propres à représenter idéellement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance, le délit de harcèlement moral est susceptible de participer à la satisfaction du besoin de justice des victimes dès lors qu'il est retenu par le juge pour qualifier pénalement les faits dont il se trouve saisi.

209. – L'extension du harcèlement moral aux relations de couple – Si la répression des actes constitutifs de harcèlement moral n'avait vocation qu'à intéresser le cadre des relations de travail, elle se trouve avec la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010⁷⁵⁵ étendue aux relations entre conjoints, partenaires ou concubins, puisque l'article 222-33-2-1 du Code pénal réprime « *le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale* ». Comme le fait remarquer Mme Corpart, « *jusqu'à présent, seules les agressions physiques méritaient attention. Désormais, [...], les victimes de pressions psychologiques, plus insidieuses, sont reconnues à part entière, même si elles surviennent dans l'intimité* ». ⁷⁵⁶ Ici aussi, bien que de tels agissements puissent être réprimés sur le fondement des violences volontaires, le législateur n'a pas hésité à introduire dans le Code pénal une nouvelle incrimination traduisant au plus juste des faits la gravité du comportement de l'auteur d'une part, le contexte particulier du harcèlement d'autre part, et la souffrance de la victime enfin, ce qui tend indéniablement à favoriser la réparation symbolique de cette dernière sans porter atteinte à l'éthique du Code pénal, puisqu'à l'instar du délit de harcèlement moral commis dans le cadre de relation de travail, il ne s'agit ici que de mieux protéger l'intégrité psychologique de la personne humaine, valeur sociale prééminente si l'on en croit la nomenclature du Code pénal.

⁷⁵⁵ relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* du 10 juillet 2010, 12762.

⁷⁵⁶ I. CORPART, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. fam.* 2010, étude 28.

210. – La répression pénale du harcèlement sexuel – Puisque la majorité des infractions sexuelles contenues dans le Code pénal supposent une atteinte physique, celles-ci n'étaient pas en mesure de sanctionner les pressions psychologiques de nature sexuelles que peuvent subir un certain nombre de personnes sur leur lieu de travail. Par ailleurs, l'incrimination de harcèlement moral, si elle tend à réprimer des pressions psychologiques ne fait pas ressortir le caractère sexuel du harcèlement en cause, de sorte qu'une telle qualification ne traduit pas au plus juste des faits la vérité matérielle de l'infraction. De ce point de vue, la création du délit de harcèlement sexuel était nécessaire et illustre à son tour la démarche contemporaine du droit pénal tendant à prendre davantage en compte la protection de l'intégrité psychologique de la personne humaine.⁷⁵⁷ À l'instar du harcèlement moral, la répression pénale du harcèlement sexuel se partage entre le Code du travail et le Code pénal, l'article L. 1153-1 du Code de travail disposant que « *les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits* » tandis que l'article 222-33 du Code pénal, après avoir disposé sous l'empire de la loi n°92-684 du 12 juillet 1992⁷⁵⁸ que « *le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende* »⁷⁵⁹, avait vu son champ d'intervention s'élargir à l'occasion de la réforme opérée par la loi de modernisation sociale de 2002 précitée⁷⁶⁰, depuis laquelle il disposait que « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». De fait, ce délit permettait de réprimer, non plus l'abus de pouvoir que l'incrimination originelle sanctionnait, mais bien l'ambiance sexuellement connotée que l'auteur du délit instituait⁷⁶¹, de sorte que, au regard du principe de légalité des délits et des peines, le Conseil Constitutionnel ne pouvait qu'abroger l'article 222-33 du Code pénal.⁷⁶² Depuis, le législateur a procédé à une réécriture intégrale de ce dernier, comme des articles L. 1153-1 et suivants du Code du travail d'ailleurs, et depuis l'entrée vigueur de la loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel⁷⁶³,

⁷⁵⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 252. Égal. : La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 précitée a institué un article 222-14-3 dans le Code pénal en vue de réprimer les violences psychologiques.

⁷⁵⁸ portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF* du 23 juill. 1992, 9875.

⁷⁵⁹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? (À propos de l'article 222-23 du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle) », *JCP G.* 1993, I, 3663. – C. ROY-LOUSTANAU, « Le droit du harcèlement sexuel : un puzzle législatif et des choix novateurs », *Dr. soc.* 1995, 545. – Y. MAYAUD, « De la séduction au harcèlement : du licite à l'illicite », *RSC* 1998, 105.

⁷⁶⁰ D. ROETS, « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel », *D.* 2001, point de vue, 2059.

⁷⁶¹ B. PY, M. BALDECK, « La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ? », *Dr. trav.* 2011, 348.

⁷⁶² Cons. const. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 : *SJ G.* 2012, 1258, note Roulet ; *ibid.*, 662, obs. Lepage.

⁷⁶³ *JORF* du 7 août 2012, 12921.

l'article 222-33 du Code pénal dispose que « I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers »⁷⁶⁴ tandis que l'article L. 1153-1 du Code du travail dispose que « aucun salarié ne doit subir des faits : 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».⁷⁶⁵ Si la réécriture des textes s'imposait au regard de la censure du Conseil Constitutionnel, celle-ci présente l'avantage de renforcer leur fonction cathartique en ce qu'en décrivant de manière extrêmement précise, voire redondante, les différents composants du harcèlement sexuel, le législateur définit au sein même du texte d'incrimination les éléments matériels ou moraux propres à représenter idéalement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance.

211. – La réintroduction de l'inceste dans le Code pénal – Depuis plusieurs années, de nombreuses réformes sont intervenues pour renforcer l'efficacité du droit pénal dans la répression des agressions sexuelles, et plus particulièrement celles impliquant des individus mineurs. C'est précisément parce que « la famille espace de protection, d'amour et de socialisation par excellence devient dans un climat incestueux le lieu du martyr de l'enfant et l'outil d'annihilation de sa parole »⁷⁶⁶ que le législateur a réintroduit l'inceste dans le Code pénal, à l'occasion de la loi n°2010-121 du 8

⁷⁶⁴ Les peines se trouvant aggravées lorsque ces faits sont commis « 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° Sur un mineur de quinze ans ; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ».

⁷⁶⁵ Ce texte est complété par une série de dispositions contenues aux articles L. 1153-2 à L. 1153-6 en vertu desquelles « aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article L. 1153-1, y compris, dans le cas mentionné au 1° du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés » ou « ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés ». Par ailleurs, le législateur impose à l'employeur de prendre toute mesure utile en vue prévenir les faits de harcèlement sexuel et frappe de nullité tous actes contraire aux dispositions des articles L. 1153-1 et L. 1153-2, tandis que le salarié, auteur de harcèlement sexuel se voit menacé d'une simple sanction disciplinaire.

⁷⁶⁶ Projet de loi n°1538 visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, AN, 18 mars 2009, 3.

février 2010.⁷⁶⁷ Contrairement à ce qui avait été proposé en 2004⁷⁶⁸, et de l'aveu même des rapporteurs, la réforme opérée par la loi du 8 février 2010 n'a pas instauré une nouvelle infraction pénale, mais seulement adapté les incriminations pénales existantes, comme en témoignait les dispositions abrogées depuis de l'article 222-31-1 du Code pénal, en vertu duquel « *les viols et autres agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur, ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». ⁷⁶⁹ Si l'inceste ne constituait pas une nouvelle qualification pénale⁷⁷⁰, mais plutôt une sorte de "surqualification" n'emportant aucune conséquence sur la pénalité encourue, sa réintroduction ne s'expliquait, et ne se justifiait, que par le souci d'adapter les qualifications pénales existantes à une réalité factuelle particulière, celle de l'agression sexuelle commise sur un mineur par un proche, en vue de favoriser la réparation extrapatrimoniale des victimes.

212. – L'incrimination des mobiles – Au-delà de la création de nouvelles incriminations pénales ou de la modification du contenu d'incriminations existantes, le législateur use également du mécanisme de la circonstance aggravante pour renforcer la protection pénale de certaines valeurs. En établissant une circonstance aggravante, le législateur prend en compte un mobile particulier (la *ratio criminis* : « infraction commise à raison de... ») qu'il incombera aux juges d'établir à partir d'éléments objectifs en liant avec l'infraction consommée ou tentée, si la tentative est punissable. Si certaines circonstances aggravantes poursuivent une finalité purement répressive en sanctionnant le *modus operandi* de l'auteur⁷⁷¹, d'autres se fondent sur les qualités de la victime. Ce sont ces dernières qui vont nous intéresser plus spécifiquement en ce qu'elles conduisent, outre au renforcement de la protection pénale de certaines catégories de personnes, à favoriser la réparation symbolique de ces dernières, prise individuellement ou collectivement, en cas d'infraction. C'est ainsi que la loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines

⁷⁶⁷ L. n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* du 9 février 2010, 2265. Pour une présentation de cette loi, V. : O. BALDÈS, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7. – A. BOURRAT-GUÉGUEN, « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *Dr. fam.* 2010, étude 15. – D. GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2011, 599.

⁷⁶⁸ Proposition de loi n° 1896 visant à ériger l'inceste en infraction spécifique dans le Code pénal.

⁷⁶⁹ Un article 227-27-2 nouveau prévoit une disposition similaire à propos des atteintes sexuelles.

⁷⁷⁰ En ce sens : A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G.* 2010, 335. – M. GIACOPELLI, Y. JOSEPH-RATINEAU, *Chronique législative* – 1^{er} janvier 2010 – 30 juin 2010, *RPDP* 2010, 746-747.

⁷⁷¹ Ce sera le cas lorsque la bande organisée, la préméditation, l'effraction, l'usage d'une arme, sont érigées en circonstances aggravantes de certaines infractions.

punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe⁷⁷² a inséré dans le Code pénal des circonstances aggravantes tenant à « *l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »⁷⁷³ tandis que l'article 132-76, alinéa 2, précise que « *la circonstance aggravante définie au premier alinéa est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Avec la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure⁷⁷⁴, le législateur a cette fois-ci érigé en circonstance aggravante le fait de commettre une infraction « *à raison de l'orientation sexuelle de la victime* ».⁷⁷⁵ Cette disposition a prêté à confusion dans la mesure où cette circonstance aggravante a été insérée dans un chapitre IX intitulé « *Dispositions relatives à la lutte contre l'homophobie* » composé d'un seul article (art. 47)⁷⁷⁶, alors même que l'ensemble des textes introduits dans le Code pénal par cet article emploient l'expression « *orientation sexuelle* », nécessairement plus large puisque susceptible de viser toutes les formes de sexualité, y compris l'absence de sexualité. Reste qu'en pratique, la plupart des solutions jurisprudentielles démontrent que ce sont effectivement des infractions commises à l'encontre de personnes homosexuelles ou supposées l'être par leurs agresseurs qui ont été réprimées sur le fondement de ce texte.⁷⁷⁷ Dans la droite ligne de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, il peut être observé que le législateur a institué « *à l'ombre du délit général d'injure, un délit d'injure commis envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* ».⁷⁷⁸ Le renforcement de la protection pénale de certaines catégories de personnes partageant une condition ou une situation commune par la création de circonstances aggravantes tenant aux qualités intrinsèques de ces dernières témoigne assurément, d'une part, d'un attachement de notre société à certaines valeurs fondamentales, d'autre part, de la volonté de satisfaire le besoin de justice exprimé par les victimes en frappant leurs auteurs d'un blâme moral résultant de la mise en exergue des mobiles ayant motivé leur action délictueuse ou criminelle.

⁷⁷² JORF du 4 févr. 2003, 2104.

⁷⁷³ J.-F. SEUVIC, « Circonstance aggravante liée à la raison de commission de certaines infractions : art. 132-76 C. pén. », RSC 2003, 367.

⁷⁷⁴ JORF du 19 mars 2003, 4761.

⁷⁷⁵ J.-F. SEUVIC, « Circonstances aggravantes liées à la raison de commission de certaines infractions. orientation sexuelle de la victime (article 132-77 du code pénal) ; qualités de certaines victimes », RSC 2003, 826.

⁷⁷⁶ B. MATHIEU, « Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus », *AJDA* 2005. 113.

⁷⁷⁷ Cass. crim. 14 févr. 2006 : *Bull. crim.* n° 42 ; *Dr. pén.* 2006. comm. 67, note Véron. – 2 mai 2007 : *Bull. crim.* n° 115.

⁷⁷⁸ L. n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, JORF du 31 déc. 2004, 22567.

2) *La cohabitation de la réparation symbolique avec les principes juridiques du droit pénal*

213. – Une cohabitation parfois malaisée – L'introduction d'éléments matériels ou moraux tendant à représenter idéellement la faute morale à l'origine de la souffrance de la victime dans les termes mêmes de l'incrimination pénale, ou qu'elle s'impose comme une circonstance aggravante de cette dernière, ne doit pas conduire à un élargissement inconsidéré du champ pénal au risque que l'incrimination ne soit plus conforme aux principes gouvernant la matière, au premier rang desquels figure le principe de légalité des délits et des peines. L'actualité récente a d'ailleurs démontré que la volonté du législateur de répondre positivement aux multiples sollicitations exprimées tant par les victimes « *singulières* », que par le corps social au travers de la « *figure fantasmée d'une victime invoquée* »⁷⁷⁹, l'a conduit, à l'instar du juge d'ailleurs, à quelques approximations que le Conseil Constitutionnel n'a pas manqué de relever. Ces décisions récentes mettent en exergue les dérives actuelles de la législation pénale qui, soucieuse d'offrir le plus largement possible aux victimes une réparation symbolique à laquelle elles ont droit, n'hésite plus à étendre autant que faire se peut le champ d'application des incriminations pénales, jusqu'à faire quelques entorses à des principes fondamentaux. Il convient toutefois de faire preuve de mesure, et de ne pas assimiler l'objectif de réparation symbolique des victimes aux dérives actuelles de la répression pénale. Si la cohabitation entre cet objectif et les principes juridiques du droit pénal est parfois difficile, elle est, en d'autres occasions, parfaitement harmonieuse, et si « *dérive sécuritaire* »⁷⁸⁰ il y a, elle s'illustre dans de nombreux domaines dans lesquels la réparation symbolique des victimes n'apparaît pas comme l'objectif poursuivi par le législateur.

214. – La répression de l'imprudence volontaire ou l'exemple d'une cohabitation harmonieuse – Comme nous l'avons déjà évoqué, à l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992, le législateur a procédé à une gradation des fautes pénales d'imprudence en introduisant à l'article 121-3 du Code pénal une distinction entre l'imprudence inconsciente (faute pénale d'imprudence simple) et l'imprudence consciente (faute de mise en danger délibérée d'autrui). Mais, parce qu'il existe un troisième degré d'imprudence dans lequel la volonté de comportement manifesté par l'agent se double d'une acceptation du résultat, le législateur a opté ici pour l'institution d'une infraction de prévention autonome, autrement dit, pour une infraction tendant à neutraliser l'agent avant la matérialisation du dommage qui pourrait éventuellement survenir : le délit de risque causé à autrui. Pour traduire la gravité du comportement de l'agent, le législateur

⁷⁷⁹ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, ibid.

⁷⁸⁰ *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle*, Dossier, RSC 2010, 5-107.

n'exige plus ici un « *manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements* », mais « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* ». L'usage des termes choisis ici est très intéressant en ce qu'il illustre le souci d'harmoniser les vérités matérielle et juridique. En employant l'expression « *violation manifestement délibérée* », et non « *manquement délibéré* », le législateur traduit au plus juste des faits l'état psychologique de l'agent, l'expression « *violation manifestement délibérée* » mettant davantage en exergue le caractère volontaire de l'imprudence commise. Il ne s'agit plus ici de sanctionner un simple « *manquement* », fût-il délibéré, mais bien une « *violation manifestement délibérée* » - caractère conscient de la violation - « *d'une obligation de prudence ou de sécurité particulière* » - ce dont il faut conclure que l'on ne se trouve plus ici en présence d'une obligation générale de sécurité mais bien d'une obligation particulière de sécurité qui peut être rédigée en termes généraux⁷⁸¹ - « *imposée par la loi ou le règlement* ». Parce que les notions de volonté et d'intention se trouvent généralement assimilées dans l'esprit de nos concitoyens, il serait inacceptable pour les victimes - comme pour le corps social - que le comportement volontairement dangereux d'un individu soit sanctionné sur le fondement d'une qualification pénale non-intentionnelle, alors même que ce dernier constitue un dol général.⁷⁸² Sur ce point, la position de la Cour de cassation nous semble devoir être approuvée, et pour deux raisons au moins. La première tient à la lettre même du texte qui fait référence ici à une volonté de comportement doublée d'une acceptation du résultat éventuel. La seconde tient à l'esprit du texte qui entend sanctionner l'imprudence volontaire, c'est-à-dire le fait d'exposer volontairement autrui à un risque d'une certaine gravité. L'incrimination du risque causé à autrui nous semble pleinement conforme aux principes juridiques qui gouvernent le droit pénal, et plus spécifiquement le principe de légalité des délits et des peines, par la précision de l'incrimination formulée à l'article 223-1 du Code pénal, ce qui n'est pas le cas d'autres incriminations ayant pour objet de satisfaire, peut-être plus spécifiquement qu'ici, le besoin de justice des victimes.

215. – Le harcèlement moral ou l'harmonie affirmée – En incriminant spécifiquement le harcèlement moral au sein du Code pénal, le législateur entendait assurément s'éloigner du cadre du contrat de travail qui limite l'application de l'article L. 1152-1 du Code du travail en l'étendant à tout type de relation interpersonnelle intervenant sur le lieu du travail⁷⁸³, ce qui légitime pleinement les solutions rendues par la Cour de cassation dans lesquelles celle-ci affirme par

⁷⁸¹ V° par ex. : Cass. crim., 11 mars 1998 : *Bull. crim.*, n° 99. Dans cette décision, la chambre criminelle a considéré que l'article 4 du Code de la route qui impose au conducteur de maintenir son véhicule sur le côté droit de la chaussée est une « *obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* ».

⁷⁸² V° *supra* n°...

⁷⁸³ E. MONTEIRO, « Le concept de harcèlement moral dans le droit pénal et le droit du travail », *ibid.*

exemple que « *le fait que la personne poursuivie soit le subordonné de la victime est indifférent à la caractérisation de l'infraction* ». ⁷⁸⁴ Si l'application du délit prévu à l'article 222-33-2 du Code pénal à l'auteur d'un harcèlement moral vertical par ascendant est parfaitement conforme à sa lettre comme à son esprit, il en est de même lorsqu'il est appliqué à un simple collègue de la victime en l'absence même de tout rapport hiérarchique. L'intervention de la norme pénale dans la répression du harcèlement moral se justifie par le souci de permettre à un plus grand nombre de victimes de pouvoir obtenir la sanction de l'auteur de tels agissements, ce que ne permet pas *a priori* l'article L. 1152-1 du Code du travail qui ne sanctionne que les agissements commis par une personne disposant d'un pouvoir hiérarchique sur la victime, ce qui est logique dans la mesure où ce texte vise le salarié. Si l'introduction du harcèlement moral dans le Code pénal doit être saluée en ce qu'elle est pleinement conforme à l'éthique sociale contemporaine qui exige que les harceleurs soient réprimés avec grande sévérité au regard des effets dévastateurs de leurs agissements sur les victimes, la cohabitation de ce délit avec les principes juridiques du droit pénal s'est posée devant les juges du fond. Par un arrêt en date 4 septembre 2008, les magistrats de la Cour d'appel de Montpellier ont eu l'occasion d'affirmer la conformité de l'article 222-33-2 du Code pénal à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que « *les termes employés par ce texte renvoient à des notions suffisamment précises* ». ⁷⁸⁵ Pourtant, la question n'était pas dénuée d'intérêt dès lors le législateur en n'exigeant pas que la dégradation des conditions de travail soit effectivement constatée - l'article 222-33-2 du Code pénal vise des agissements « *ayant pour objet ou pour effet* » une telle dégradation - laisse ouverte la possibilité de poursuivre ces mêmes « *agissements répétés* » sans qu'ils n'aient entraîné une dégradation effective des conditions de travail de la victime. ⁷⁸⁶ De fait, ce délit peut être tantôt envisagé comme une infraction formelle, tantôt comme une infraction matérielle ⁷⁸⁷, ce qui permet à l'incrimination de gagner en efficacité répressive. L'incertitude relative à l'exigence d'un résultat ne semble pourtant pas menacer l'existence de l'incrimination, comme en témoigne le récent rejet par la chambre criminelle et la chambre sociale de deux QPC relatives à la définition du délit de harcèlement moral par deux arrêts rendus le même jour. Ces dernières ont ainsi considéré, d'une part, que les dispositions contestées ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ⁷⁸⁸, d'autre part, que les dispositions

⁷⁸⁴ Cass. crim., 6 déc. 2011 : *SJ G.* 2012, 410, note Mistretta.

⁷⁸⁵ CA Montpellier, 4 sept. 2008 : *JCP G.* 2008, IV, 2962.

⁷⁸⁶ Cass. crim., 24 mai 2011 : *pén.* 2011, comm. 118, obs. Véron.

⁷⁸⁷ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 515.

⁷⁸⁸ Cass. crim. QPC, 11 juill. 2012 : *Bull. crim.*, n° 170. – Cass. soc., 11 juill. 2012 : *Bull. civ.*, V, n° 220.

discutées ne sont pas affectées par la décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012⁷⁸⁹ ayant déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du Code pénal réprimant le délit de harcèlement sexuel dont les éléments constitutifs n'étaient pas suffisamment définis, dès lors que l'incrimination de harcèlement moral précise que les faits commis doivent présenter un caractère répété et avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité de la personne harcelée, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Si, pour l'heure, le délit de harcèlement moral résiste aux assauts de ses détracteurs, il n'en demeure pas moins que celui-ci n'est pas exempt de critiques dès lors qu'il constitue une infraction dont le champ d'application est à géométrie variable selon qu'elle est qualifiée de formelle ou de résultat. De ce point de vue, l'on est droit de se demander si le texte, lorsqu'il est analysé comme une infraction formelle, répond encore aux exigences du principe de légalité des délits et des peines.

216. – Le harcèlement sexuel ou l'exemple d'une cohabitation devenue intolérable –

Contrairement au harcèlement moral dont la conformité à la Constitution ne semble pas pour l'heure devoir être discutée, le délit de harcèlement sexuel prévu et réprimé à l'article 222-33-1 du Code pénal a été abrogé par le Conseil Constitutionnel à l'occasion de sa décision en date du 4 mai 2012. La censure des sages de la rue Montpensier sur le fondement d'une violation du principe de légalité des délits et des peines était inéluctable au regard des facilités répressives qu'offrait la largesse de l'incrimination.⁷⁹⁰ À l'origine en effet, le harcèlement sexuel supposait la réunion de trois éléments constitutifs qui enfermaient l'infraction dans une définition et un contexte précisément définis, puisque dans sa rédaction résultant de la loi n°92-684 du 22 juillet 1992, le harcèlement sexuel était défini comme « *le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions* ». Mais, suite à la révision du texte par les lois de 1998 et 2002, les deux premiers éléments ont disparu, de sorte que le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles devenait le seul élément matériel du délit incriminé à l'article 222-33 du Code pénal. Au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles, il faut bien reconnaître que la seule référence aux « *faveurs sexuelles* » manquait indubitablement de précision « *tant il paraît difficile de définir une notion dont le contenu peut s'avérer différent selon les personnes concernées* ». ⁷⁹¹ Le sort de l'incrimination du harcèlement sexuel est intéressant en ce qu'il illustre parfaitement les dérives

⁷⁸⁹ Cons. const. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 : *ibid.*

⁷⁹⁰ P. MISTRETTA, « Harcèlement sexuel : pincer et chatouiller, c'est harceler », *JCP G.* 1999, II, 10145.

⁷⁹¹ M. VÉRON, « La création d'un vide juridique ? », *obs. sous Cons. Const. n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 : Dr. pén.* 2012, comm. 83.

actuelles du législateur lorsque ce dernier tient absolument à étendre le champ d'application de certains textes d'incrimination afin d'offrir à un nombre toujours plus important de victimes une protection pénale qui, en cas d'infraction, pourra leur permettre d'agir devant la juridiction répressive en vue d'obtenir la réparation symbolique de leur souffrance par la sanction de leur auteur.

217. – La qualification d'inceste ou l'exemple d'une cohabitation originellement intolérable – Dans la droite ligne de ce qui vient d'être dit à propos du délit de harcèlement sexuel, l'inconstitutionnalité de la qualification d'inceste permet encore d'illustrer notre propos, avec une nuance toutefois. Bien qu'elle ne créait pas une nouvelle infraction pénale, et qu'elle n'aggravait nullement la pénalité encourue au titre des incriminations qu'elle venait compléter, la constitutionnalité de la qualification d'inceste fut contestée par voie de QPC, au motif que l'article 222-31-1 du Code pénal portait atteinte au principe de légalité des délits et des peines dès lors que le législateur n'y définissait pas les liens familiaux justifiant que des viols ou autres agressions sexuels soient qualifiés d'incestueux. *A priori*, l'argument était imparable, ce qui explique que, par décision en date du 16 septembre 2011, le Conseil Constitutionnel ait prononcé l'abrogation de ce texte pour violation du principe de légalité des délits et des peines.⁷⁹² Contrairement à la solution retenue à propos du harcèlement sexuel, cette décision nous semble surprenante dans la mesure où ce texte ne créait pas une incrimination nouvelle, et n'emportait aucune aggravation de la pénalité encourue, de sorte qu'elle ne permettait en fait qu'une verbalisation des affects en nommant au plus juste des faits la nature particulière de la faute commise. De fait, comment expliquer la censure des sages de la rue Montpensier ? La réponse se trouve très certainement dans l'un des arguments soulevés par le demandeur à la QPC. Pour ce dernier en effet, la qualification d'inceste marquait du « *sceau de l'infamie* » celui auquel elle était appliquée. Bien qu'il n'y fasse point référence dans sa décision, il semblerait que ce soit effectivement le blâme moral résultant de la qualification d'inceste qui ait conduit le Conseil Constitutionnel à censurer cette disposition qui, rappelons-le, ne constituait ni une nouvelle incrimination pénale, n'emportait aucune aggravation de la peine, et n'avait pas vocation à étendre le champ d'application des incriminations auxquelles elle pouvait s'appliquer. D'un point de vue strictement juridique, la censure du Conseil Constitutionnel est discutable dès lors que le principe de légalité des délits et des peines a vocation à s'appliquer aux incriminations, ce que

⁷⁹² Cons. Const. n° 2011-163 QPC du 16 sept. 2011 : *JORF* du 17 sept. 2011, 15600. – *SJ G.* 2011, 1160, note Lepage ; *Dr. pén.* 2011, comm. 130, obs. Véron ; *RSC* 2012, 830, obs. Mayaud. – Cons. Const. n° 2011-222 QPC du 17 févr. 2012 : *JORF* du 18 févr. 2012, 2648. Dans cette décision, le Conseil Constitutionnel abroge cette fois l'article 227-27-2 du code pénal relatif à la définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses. Sur ces questions, V. not. : D. GERMAIN, « Le consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles », *RSC* 2012, 817.

n'était pas précisément la qualification d'inceste. Cette solution aurait pu se justifier si, par exemple, la création de cette qualification était venue aggraver la peine encourue, mais il n'en n'était rien. De fait, l'explication se trouve, nous semble-t-il, dans le caractère infâmant de cette qualification pénale, ce qui démontre bien, d'une part, qu'à l'instar des justiciables, qu'ils soient auteurs ou victimes, le Conseil Constitutionnel se montre sensible dans l'examen qu'il fait des textes qui lui sont soumis à leur dimension morale, d'autre part, que la recherche d'une juste et précise qualification pénale des faits ne porte pas seulement sur la matérialité de ces derniers, mais également sur leur dimension morale. Ainsi, par cette décision, le Conseil Constitutionnel nous semble démontrer à ceux qui en douteraient encore toute la vigueur de la fonction symbolique de la loi pénale, laquelle s'exprime tant au travers des incriminations que des qualifications qui en découlent.

218. – En conclusion – Il sera observé que, contrairement à ce qui est affirmé parfois, la prise en compte de l'intérêt des victimes par le droit pénal ne se fait pas nécessairement au détriment du délinquant (et même si cela était le cas, à ce stade, l'on peine à voir où se situerait le problème exactement), ni même au détriment des principes éthiques et juridiques de la matière. Nous avons pu observer que la réparation symbolique de la victime peut s'intégrer harmonieusement dans les finalités de la loi pénale dès lors que le législateur ne s'en sert pas comme d'un prétexte pour renforcer, au-delà du raisonnable, l'efficacité du système répressif dans l'intérêt général ou à des fins politiciennes. En ce sens, nous ferons observer que nous avons même pu observer que le souci d'offrir une réparation symbolique aux victimes en usant de la fonction cathartique de l'interdit pénal contribuait, au contraire, à renforcer le respect du principe de légalité des délits et des peines, le législateur étant contraint, pour introduire les éléments matériels ou moraux propres à représenter idéellement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance, de décrire de manière extrêmement précise les actes consommant l'élément matériel ou intentionnel de l'infraction considérée, ce qui fut le cas lors de la réécriture du délit de harcèlement sexuel. L'extension de la fonction cathartique de l'interdit pénal ne se fait donc ni au détriment la qualité de la loi, ni au détriment de son intelligibilité, ni au détriment de l'intérêt général, ni au détriment des intérêts du délinquant.

219. – Conclusion du paragraphe 1 – L’extension de la fonction cathartique de l’interdit pénal aux victimes en vue de permettre leur réparation symbolique n’est possible qu’à la condition que celle-ci respecte tout autant les principes éthiques et juridiques du droit pénal, que ce soit dans le domaine de la répression de l’imprudence - que celle-ci soit génératrice de dommage ou de risque - que dans le domaine des infractions intentionnelles. L’exigence d’une juste et précise qualification pénale des faits par le juge, qui seule peut permettre une mise en concordance de la vérité judiciaire avec la vérité matérielle, incite le législateur à affiner le contenu d’incrimination pénale ainsi que l’échelle de culpabilité pénale dans le but de favoriser la réparation symbolique de la souffrance morale des victimes, ce dont il faut déduire que la prise en compte de l’extension de la fonction cathartique de la l’interdit pénal au profit des victimes ne peut, en principe, que renforcer le respect du principe de légalité criminelle, dès lors qu’en s’affinant, les incriminations pénales devraient normalement gagner en précision. Force est d’admettre toutefois que tel est rarement le cas lorsque la réparation symbolique est utilisée, non dans l’intérêt des victimes « *singulières* », mais bien dans l’intérêt général au travers de la « *figure fantasmée d’une victime invoquée* ». ⁷⁹³ L’expérience démontre en effet que, dans ce cas, l’incrimination perd bien souvent les qualités essentielles qui garantissaient sa conformité aux principes juridiques du droit pénal.

§.2 LA MISE EN ŒUVRE DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE L’INTERDIT PÉNAL PAR LE JUGE

220. – L’analyse du contenu de l’incrimination à l’aune de la souffrance des victimes – En donnant une juste qualification pénale aux faits dont il se trouve saisi, le juge donne à sa décision une assise juridique et morale qui participe à la diffusion d’un sentiment de justice dans le corps social lui permettant d’évacuer la tension issue de la commission de l’infraction. La privatisation des qualifications pénales observée ces dernières décennies ayant conduit à un « *remodelage du contenu de nos infractions au profit des victimes* » ⁷⁹⁴, la juste qualification pénale des faits participe à la diffusion d’un sentiment de justice susceptible d’apaiser leur souffrance **(A)**, ce qui peut malheureusement inciter le juge à élargir le champ de la répression pénale en vue d’offrir au plus grand nombre de victimes possible une vérité judiciaire à laquelle elles ont droit **(B)**. ⁷⁹⁵

⁷⁹³ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, ibid.

⁷⁹⁴ J. MOULY, « Regards sur la “victimisation” du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime. I – Définitions et statut*, op. cit., 299.

⁷⁹⁵ Constat déjà dressé par certains auteurs qui observent que « *l’évolution de la responsabilité civile ne fait pas que déplacer le besoin. Elle crée un besoin nouveau : le besoin de vérité* ». V° en ce sens : A. SCHNEIDER, « Réparation et répression : histoire d’une transformation des besoins par la notion de risque », *LPA*, 25 nov. 1999, 13.

A – L'EFFET RESTAURATEUR DE LA QUALIFICATION PÉNALE DES FAITS PAR LE JUGE

221. – L'effet restaurateur de la vérité judiciaire – La fonction cathartique de la qualification pénale ne peut s'exprimer qu'à compter de l'instant où celle-ci verbalise au plus juste des faits la réalité de l'infraction, car ce n'est qu'à compter de cet instant que la reconnaissance de la souffrance de la victime devient possible, et que la manifestation de la vérité judiciaire peut produire un effet restaurateur.⁷⁹⁶ C'est parce que la qualification pénale incarne la vérité judiciaire et traduit la fonction symbolique de la loi pénale, que la recherche d'une juste qualification pénale des faits fonde en principe l'action du juge **(1)**⁷⁹⁷, même si celle-ci, du fait de l'accélération du temps judiciaire comme le souci de désengorger les juridictions répressives, se trouve quelque peu compromise par les évolutions de la procédure pénale **(2)**.

1) *L'exigence d'une juste et précise qualification pénale des faits*

222. – L'affirmation du principe – « *Le juge a le devoir de retenir la qualification la plus appropriée aux faits, en veillant à bien respecter les éléments de définition des textes qu'il sollicite, afin de ne pas en faire des applications extensives ou réductrices* »⁷⁹⁸, ce qui induit qu'il doit « *examiner les faits qui [lui] sont soumis sous l'incrimination qui leur est spécialement applicable* ». ⁷⁹⁹ Si la qualification pénale ne traduit pas juridiquement la réalité des faits, le dire de justice ne diffusera qu'un sentiment d'injustice tant du côté de l'auteur, si la qualification pénale retenue accentue la gravité des faits réellement commis, que du côté de la victime, si celui-ci atténue la gravité des faits réellement commis. Parce que la voix des victimes est « *une voix qui réclame la vérité sur les faits dommageables, une voix qui exige la recherche de coupables et le prononcé de condamnations pénales pour les coupables déclarés responsables* »⁸⁰⁰, celle-ci exige au pénal « *un éclairage judiciaire des faits en même temps qu'une compréhension de la procédure et une verbalisation des affects* »⁸⁰¹, ce qui a conduit le législateur à multiplier les réformes législatives en vue d'affiner les qualifications pénales mises à disposition du juge. Toutefois, un examen attentif du droit positif tend à démontrer qu'il est bien difficile d'affirmer qu'une juste qualification pénale des faits soit toujours possible, notamment parce que les hypothèses de concours idéal

⁷⁹⁶ P. LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Poitiers, Dalloz, 1965, 583.

⁷⁹⁷ F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile (contribution à la théorie de l'action civile)*, thèse, Poitiers, 1972, 386.

⁷⁹⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., n°135. V° égal. : J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n°295 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°287.

⁷⁹⁹ Cass. crim., 30 janv. 1989 : *Bull. crim.* n° 33. – 31 mai 2005 : *Dr. pén.* 2005, comm. 148, obs. Robert.

⁸⁰⁰ A. D'HAUTEVILLE, « Les transformations de la faute pénale », op. cit., 2.

⁸⁰¹ N. PIGNOUX, *La réparation des victimes d'infractions pénales*, ibid.

d'infractions⁸⁰² se sont multipliées ces dernières années, rendant plus complexe l'opération de qualification pénale pour le juge. De fait, la qualification pénale des faits sera nécessairement moins satisfaisante que celle qui sera retenue dans la mesure où, tant pour l'auteur que pour la victime, une autre qualification pénale voisine paraîtra toujours plus en adéquation avec la réalité des faits, telle qu'ils ont la conviction de les avoir vécus.

223. – L'unicité de qualification pénale en présence d'une pluralité de faits – Parce que la qualification pénale des faits n'est pas statique, mais dynamique, elle invite le juge, en présence de faits susceptibles de donner lieu à différentes qualifications pénales, à se prononcer sur l'ordre de priorité des valeurs pénalement protégées, car « *l'opération de qualification fournit à l'esprit les moyens de se représenter la nature pénale des faits et donc d'en dégager leur qualification* ». ⁸⁰³ Si la qualification pénale des faits par le juge consiste à déterminer la nature pénale des faits idéels issus du texte d'incrimination afin de les mettre en perspective avec la nature pénale des faits réels, tels qu'ils sont portés à sa connaissance, l'opération peut devenir extrêmement complexe en présence de faits susceptibles de recevoir plusieurs qualifications pénales. Cette situation ne doit pas être confondue avec celle résultant du concours réel d'infractions qui suppose qu'une pluralité de textes soit violée par une pluralité de faits sans que soit intervenue une condamnation définitive entre ces derniers. C'est l'hypothèse prévue à l'article 132-2 du Code pénal, et qui ne nous intéresse pas ici dans la mesure où chaque fait va recevoir sa qualification pénale. L'hypothèse qui nous préoccupe est celle du concours de qualification pénale qui suppose qu'un fait pénal⁸⁰⁴ soit susceptible de revêtir plusieurs qualifications pénales. En principe, ces concours de qualification se trouvent résolus par le fait que le juge dégage une qualification pénale unique qui représente le fait pénal dans toutes ses dimensions matérielles et morales. Celui-ci dispose ici d'un certain nombre de techniques tendant à résoudre ce problème. Tout d'abord, il peut envisager la difficulté par une approche qui peut être qualifiée de quantitative consistant pour le juge à retenir une conception unitaire des différents faits matériels le composant⁸⁰⁵ en usant, soit d'une approche globale des faits, ce qui lui permet de choisir la qualification pénale qui représente le mieux la réalité dans sa globalité, soit d'une approche spécifique, ce qui le conduit à faire primer

⁸⁰² Y. CHALARON, « Le concours idéal d'infractions », *JCP* 1967, I, 2088.

⁸⁰³ E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, op. cit., n°170.

⁸⁰⁴ La notion de fait pénal s'entend en principe d'un fait unique susceptible de recevoir plusieurs qualifications pénales. Mais cette notion peut également désigner la manifestation de plusieurs faits matériels, susceptibles pour chacun d'eux de recevoir une qualification pénale, concourant tous à la réalisation d'un résultat unique. L'unicité du résultat recherché conduit à appréhender ces faits matériels comme un fait pénal unique, à la condition bien sur qu'il n'y ait pas de rupture matérielle de l'identité des faits ou de pluralité de biens juridico-pénaux atteints.

⁸⁰⁵ À la condition bien sur qu'il n'y ait pas de rupture matérielle de l'identité des faits ou de pluralité de biens juridico-pénaux atteints.

l'incrimination spéciale sur l'incrimination générale par application du principe *specialia generalibus derogant* si cela est possible.⁸⁰⁶ Si l'approche quantitative n'a pas permis au juge de déterminer la qualification pénale unique applicable en l'espèce, celui-ci peut recourir à une approche qualitative⁸⁰⁷ du fait pénal qui le conduit à s'attacher au sens dont ce dernier est porteur afin de le rattacher à une seule incrimination. Il ne s'agit plus ici de rechercher une qualification pénale qui représente les faits dans leur globalité, mais de déterminer l'incrimination qui représente le mieux leur sens. L'approche qualitative peut s'avérer délicate en présence de qualifications alternatives⁸⁰⁸ ou incompatibles.⁸⁰⁹ Dans l'hypothèse des qualifications alternatives, « *le juge sera contraint de restituer aux faits leur véritable sens afin de choisir entre les deux qualifications pénales en concours* ». ⁸¹⁰ Dans l'hypothèse des qualifications incompatibles, le juge va dégager de l'ensemble des faits celui qui revêt une importance particulière dans l'esprit de son auteur. L'approche qualitative conduit à restituer aux faits leur sens, leur logique, et permet de représenter la nature pénale des faits de la manière la plus fidèle. Enfin, le juge peut recourir à la technique dite de "la plus haute expression pénale", autrement dit, à retenir parmi les qualifications pénales en concours, celle qui est susceptible de recevoir la peine la plus sévère. De fait, l'on voit bien que plusieurs techniques permettent aux juridictions répressives de restituer aux faits leurs exactes qualifications pénales. Reste que ces différentes techniques peuvent constituer un obstacle à la réparation morale de la victime en ce que toutes tendent à englober les différents faits caractérisant l'action délictueuse ou criminelle sous une qualification unique qui ne rendra pas forcément compte de la vérité matérielle.⁸¹¹ La qualification pénale des faits offre une vérité juridique objective qui peut heurter parfois certaines victimes persuadées que leur auteur devrait être condamné pour chaque fait constitutif d'une infraction pénale. Cette opinion n'est pas propre aux victimes, et se trouve même très répandue dans l'opinion publique. Elle peut se comprendre dans la mesure où il est effectivement curieux qu'en cas d'infractions multiples ayant porté atteinte aux personnes ou aux biens de ces dernières, ce soit une qualification pénale unique qui soit retenue par le juge, et donc une peine unique, alors même que dans le domaine de la protection des intérêts de l'État, en

⁸⁰⁶ E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, op. cit., n°148. V° égal: J.-C. SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique amicale relative à l'activité professionnelle », note sous Cass. crim., 14 févr. 2006 : D. 2007, II, 1184.

⁸⁰⁷ E. GALLARDO, *ibid.*, n° 161.

⁸⁰⁸ Les qualifications pénales alternatives sont des qualifications qui s'opposent dans un de leurs éléments constitutifs, l'élément intentionnel le plus souvent.

⁸⁰⁹ En principe, il y a qualifications incompatibles dès lors qu'une « *infraction objectivement imputable à un délinquant [est] la conséquence logique et en quelque sorte naturelle d'une première avec laquelle elle se confond intimement, au point que l'on hésite à la retenir dans la poursuite* » : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de sciences criminelles. Droit pénal général*, op. cit., n°390.

⁸¹⁰ E. GALLARDO, *ibid.*, n° 163.

⁸¹¹ P. LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », *préc.*

matière douanière notamment, l'on va retenir toutes les infractions et cumuler toutes les peines à l'égard des contrevenants. Ces situations peuvent donner l'impression d'une justice à deux vitesses, alors même que la nomenclature du Code pénal de 1994 fait prévaloir la protection de la personne humaine sur celle des intérêts de l'État.

224. – Le respect du principe d'une juste qualification pénale des faits assuré par l'obligation de motivation des décisions de justice – Pour pouvoir satisfaire le besoin de justice des victimes, et plus largement celui de la collectivité, le dire de justice doit comporter, outre une juste qualification pénale des faits, une déclaration de culpabilité par laquelle l'institution judiciaire va affirmer la culpabilité de la personne pénalement poursuivie, et lui appliquer une peine. Afin que tous les acteurs du procès pénal puissent comprendre les raisons qui ont conduit la juridiction de jugement à affirmer la culpabilité de la personne pénalement poursuivie, le juge doit motiver sa décision, autrement dit l'expliquer.⁸¹² Le principe de motivation des décisions de justice dispose d'une valeur constitutionnelle⁸¹³, bien évidemment reconnu au plan européen⁸¹⁴, a été étendu par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs⁸¹⁵ aux décisions rendues par les cours d'assises. Cette extension a permis de combler ainsi une lacune de notre Code de procédure pénale en mettant un terme aux solutions contestables rendues par la Cour de cassation⁸¹⁶ et le Conseil Constitutionnel⁸¹⁷, ce dont on ne peut que se féliciter au regard de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme.⁸¹⁸ Le principe de motivation des décisions de justice se trouve ainsi consacré à l'article 365-1 du Code de procédure pénale concernant les décisions rendues par les cours d'assises, à l'article 485 concernant le tribunal correctionnel, et par renvoi de l'article 543 à l'article 485 concernant le tribunal de police et le juge de proximité, lorsqu'il statue en matière pénale.⁸¹⁹ L'introduction récente de procédures accélérées de jugement, permettant notamment de contourner l'audience pénale n'ont pas

⁸¹² G. GIUDICELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979, 7.

⁸¹³ Cons. Const. n° 98-408 DC du 22 janv. 1999 : *JORF* du 24 janv. 1999, 1317.

⁸¹⁴ CEDH, 9 déc. 1994, « *Hiro Balani et Ruiz Torija c/ Espagne* » : *D.* 1996, 202, obs. Fricero.

⁸¹⁵ *JORF* du 11 août 2011, 13744. Sur cette question, V. : H. MATSOPOULOU, « La motivation des arrêts de la cour d'assises et les exigences du procès équitable » : *SJ G.* 2010, 1228. – C. GUÉRY, « Peut-on motiver l'intime conviction ? », *SJ G.* 2011, 28.

⁸¹⁶ Cass. crim., 14 oct. 2009 : *Bull. crim.*, n° 143 ; *D.* 2009, II, 2778, note Pradel. – 20 janv. 2010 : *Procédures* 2010, comm. n°129, obs. Chavent-Leclère. – 15 juin 2011 : *Procédures* 2011, comm. 277, obs. Chavent-Leclère.

⁸¹⁷ Cons. Const. n° 2011-113-115 du 1^{er} avr. 2011 : *D.* 2011, II, 1156, obs. Perrier.

⁸¹⁸ CEDH, 16 nov. 2010, « *Taxquet c/ Belgique* » : *SJ G.* 2011, 94, obs. Sudre.

⁸¹⁹ Le principe de motivation des décisions de justice est également consacré au plan civil par l'article 455 du Code de procédure civile. Toutefois, il connaît de nombreuses exceptions, comme en matière d'adoption par exemple (art. 353 al. 5 C. civ.).

conduit à un affaiblissement du principe de motivation. Ainsi, concernant la CRPC, l'article 495-9 du Code de procédure pénale impose au juge de motiver l'ordonnance d'homologation. De la même manière, l'article 495-2 du même Code impose la motivation de l'ordonnance pénale en matière délictuelle, mais pas en matière contraventionnelle, l'article 526 précisant que « *le juge n'est pas tenu de motiver l'ordonnance pénale* » lorsque celle-ci sanctionne une contravention. Malgré sa valeur constitutionnelle, sa consécration législative, et la protection dont il fait l'objet au plan européen, le principe de motivation des décisions de justice se trouve fréquemment bafoué en pratique. Face à une surcharge de travail croissante, il n'est pas rare que les magistrats ou les assistants de justice travaillant pour eux, recopient l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction en guise de motivation, et récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la pratique de la motivation à condition d'appel⁸²⁰, laquelle consiste pour les magistrats à ne motiver leur décision qu'après le délibéré, lorsque le prévenu fait appel.⁸²¹ Pourtant, la motivation donne à cet acte déclaratif de culpabilité qu'est la décision de justice toute sa légitimité, car « *par la sentence, l'agent mis en cause change de statut juridique : de présumé innocent, il est déclaré coupable. Cette mutation résulte de la seule vertu performative de la parole qui dit le droit dans une circonstance déterminée* ». ⁸²²

2) *Les obstacles procéduraux à une juste qualification pénale des faits*

225. – La correctionnalisation : un obstacle à une juste qualification pénale des faits –
Légalisée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II - la correctionnalisation est une pratique par laquelle une qualification délictuelle va être appliquée à des faits de nature criminelle afin d'en saisir la juridiction correctionnelle, de sorte qu'elle constitue une pratique qui soumet « *les règles du droit pénal spécial à celles de la procédure pénale : les secondes, au lieu d'être les servantes des premières, en sont les maîtresses* ». ⁸²³ L'article 469 du Code de procédure pénale dispose aujourd'hui que « *si le fait déféré au tribunal correctionnel sous la qualification de délit est de nature à entraîner une peine criminelle, le tribunal renvoie le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera* », mais que « *lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction, le tribunal correctionnel ne peut pas faire application, d'office ou à la demande des parties, des dispositions du premier alinéa, si la victime était*

⁸²⁰ CEDH, 24 juill. 2007, « *Baucher c/ France* » : *SJ G.* 2008, I, 110, obs. Sudre.

⁸²¹ S. GUINCHARD et alli., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., ouvrage collectif, coll. Précis, Dalloz, 2011, n° 438.

⁸²² F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n° 366, citant P. RICOEUR, *Le juste*, série philosophie, éd. Esprit, Paris, 2001, Vol. 1, 197.

⁸²³ S. DETRAZ, « Correctionnalisation judiciaire légalisée », note ss Cass. crim., 3 févr. 2010 : *SJ G.* 2010, 758 ; J.-C. LAURENT, « La correctionnalisation », *JCP* 1950, I, 852. – A. DARSONVILLE, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pén.* 2007, Étude 4.

constituée partie civile et était assistée d'un avocat lorsque ce renvoi a été ordonné ». ⁸²⁴ Toutefois, par exception à l'exception, il est prévu par l'article 469 du Code de procédure pénale que « *le tribunal correctionnel saisi de poursuites exercées pour un délit non intentionnel conserve la possibilité de renvoyer le ministère public à se pourvoir s'il résulte des débats que les faits sont de nature à entraîner une peine criminelle parce qu'ils ont été commis de façon intentionnelle* ». ⁸²⁵ Sous couvert de la non-opposition de la victime, le législateur admet ainsi que la vérité judiciaire puisse ne pas refléter la vérité factuelle. La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs admis sur le fondement de ce texte que les juridictions correctionnelles ne peuvent d'office ou à la demande des parties se déclarer incompétentes pour juger des faits de nature à entraîner une peine criminelle si la victime était constituée partie civile et assistée d'un avocat lorsque le renvoi devant la juridiction de jugement a été ordonné par le juge d'instruction. ⁸²⁶ Il faut donc comprendre que la falsification de la qualification pénale des faits est tout à fait possible dès lors que la victime, accompagnée d'un avocat, n'a pas manifestée son opposition. Ce procédé nous laisse quelque peu dubitatif. Plutôt que de falsifier ouvertement la qualification pénale, ce qui est contestable au regard du principe de légalité des délits et des peines, pourquoi ne pas admettre simplement que le tribunal correctionnel puisse juger, lorsque les parties y consentent ou le demandent, des faits de nature criminelle, sous réserve bien évidemment que celui-ci ne puisse prononcer qu'une peine correctionnelle ? Le consentement de toutes les parties au procès (parquet, mis en examen, partie civile) devrait bien évidemment être recueilli par la juridiction d'instruction. Cela aurait au moins l'avantage de ne pas décrédibiliser le dire de justice, qui en l'occurrence, légitime une violation frontale du principe de légalité des délits et des peines au seul bénéfice du délinquant.

226. – L'importance du rituel judiciaire dans l'élaboration de la décision de justice –

Comme l'affirmait Paul Ricoeur, « *l'acte de juger, en suspendant l'aléa du procès, exprime la force du droit* ». ⁸²⁷ A l'instar de M. Desprez, nous pensons effectivement que « *l'aspect le plus représentatif, le plus évocateur du procès, c'est son decorum* ». ⁸²⁸ Bien que nos sociétés modernes se soient progressivement détachées des religions, elles n'en gardent pas moins un goût certain pour le sacré. Qu'il s'agisse de l'allégorie de la justice ⁸²⁹ - une jeune femme les yeux bandés tenant en ses

⁸²⁴ Pour une application de ce texte : Cass. crim., 27 mars 2008 : *Bull. crim.* n° 84 ; *SJ G.* 2008, IV, 1880.

⁸²⁵ Cette limite permet notamment au tribunal correctionnel de refuser sa compétence lorsque les faits qu'on lui présente comme relevant d'un homicide involontaire constituent en réalité un homicide volontaire. En ce sens : Cass. crim., 24 mars 2009 : *Bull. crim.* n° 60.

⁸²⁶ Cass. crim., 3 févr. 2010 : *SJ G.* 2010, 758, note Detraz.

⁸²⁷ P. RICOEUR, *Le Juste*, op. cit., 187.

⁸²⁸ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n°1.

⁸²⁹ Sur les origines de l'allégorie de la justice, V° : R. JACOB, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-âge à l'âge classique*, Le léopard d'or, Paris, 1994, 220.

mains un glaive et une balance -, de l'architecture judiciaire, des costumes revêtus à l'audience ou de l'occupation spatiale des acteurs au procès pénal, tout dans la justice revêt un caractère sacré, voire mystique. Actuellement, le rituel judiciaire se révèle principalement au travers de l'audience d'assises, à propos de laquelle Mme Giudicelli-Delage dit que « *la Cour d'assises est chargée de toute une mystique et de toute une magie. La magie est celle de "l'horrible" : nul, et surtout pas "l'opinion publique", ne reste insensible aux crimes justiciables des assises, au déroulement quasi théâtral du procès, aux peines qui y sont infligées [...]. La mystique est celle de la souveraineté : c'est le peuple souverain qui y rend la justice par la voix du jury, lequel fait figure de contre-pouvoir* ». ⁸³⁰ Pour le reste, l'exigence d'un rituel judiciaire s'est considérablement affaiblie ces dernières années, notamment parce que le procès pénal passe actuellement « *d'une mise en valeur de la forme ritualisée à une attention davantage portée sur la forme procédurale respectant les principes figurant au sein de la Convention européenne des droits de l'homme* ». ⁸³¹ Le rituel judiciaire qui entoure le dire pénal de justice contribue assurément à l'apaisement des souffrances des victimes, au point que certains auteurs n'hésitent pas aujourd'hui à l'assimiler à un « *rituel funéraire* » ⁸³², voire un « *procès sépulture* ». ⁸³³ Pourtant, il faut écouter les victimes, « *parce que quand elles viennent au tribunal, ce n'est pas une plainte nue qui est entendue, c'est déjà le cri de l'indignation : c'est l'injuste ! Et ce cri comporte plusieurs demandes. D'abord de comprendre, de recevoir une narration intelligible et acceptable de ce qui s'est passé. Deuxièmement, les victimes demandent une qualification des actes qui permet de mettre en la juste distance entre tous les protagonistes* ». ⁸³⁴ L'audience représente le temps judiciaire dans lequel l'institution, par une attitude avenante et compréhensive, offre à la victime constituée partie civile la possibilité d'exprimer sa souffrance, d'exposer les faits tels qu'elle prétend les avoir vécus, et donc la faculté d'influer sur la qualification pénale de ces derniers. C'est dire combien le temps de l'audience est important pour la victime, comme pour l'auteur d'ailleurs. Toutefois, l'on ne peut que constater actuellement une certaine désaffection du rituel judiciaire dans le procès pénal ⁸³⁵, si bien qu'à l'exception de l'audience en cour d'assises, dans de nombreux cas, la victime voit son temps de parole réduit au strict *minimum*. Cet état résulte de que l'on assiste, d'une part, à une « *désolennisation* » de l'audience pénale résultant de la mise en œuvre d'un rituel judiciaire atténué, d'autre part, à une « *déritualisation* » du procès pénal. ⁸³⁶

⁸³⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Institutions juridictionnelles*, 2^e éd., coll. droit fondamental, PUF, 1993, n° 198, cité par F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n°57.

⁸³¹ D. THOMAS, préface de la thèse de F. DESPREZ, op. cit., 1.

⁸³² D. SALAS, « Le souci des victimes et la reconstitution de la justice », in *La justice en perspectives. La justice restaurative*, J.-P. JEAN (Dir.), Session de formation continue à l'E.N.M., 2003, www.enm.justice.fr.

⁸³³ J. GAILLARD, *Des psychologues sont sur place*, coll. Essai, Mille et une nuits, 2003, 148.

⁸³⁴ P. RICOEUR, *Le juste*, op. cit., 297.

⁸³⁵ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n°380.

⁸³⁶ Les expressions « désolennisation » et « déritualisation » sont empruntées à M. Desprez.

227. – La réduction de « *l'encadrement équitable de la qualification pénale des faits* »⁸³⁷ –

Bien évidemment, l'émergence d'une justice pénale contractualisée, de laquelle la victime est la plupart du temps exclue, s'impose immédiatement comme la figure symbolique de ce mouvement de « *déritualisation* » du procès pénal décrit par M. Desprez. Il faut dire que la justice pénale contractualisée n'est plus aujourd'hui seulement la voie médiane entre le renvoi en jugement et le classement sans suite, mais comprend la phase de jugement elle-même. Parce qu'elle est contractualisée, cette nouvelle forme de justice pénale se caractérise par une absence de rituel judiciaire fondée sur la reconnaissance des faits par l'auteur, de sorte que le débat sur la culpabilité se trouve évacué. Voilà pourquoi, à l'exception de la médiation pénale⁸³⁸, la victime est purement et simplement écartée des procédures alternatives aux poursuites comme de la composition pénale ou de la CRPC. La « *déritualisation* » du procès pénal dans le cadre des alternatives aux poursuites et de la composition pénale supprime toute possibilité pour la victime de discuter la qualification pénale des faits, car au sein de la phase de validation de la composition pénale, à laquelle la victime peut assister d'ailleurs, le juge se contente de vérifier les termes de la composition conclue entre le parquet et l'auteur, et à aucun moment ne se prononce sur la qualification pénale retenue.⁸³⁹ Un constat similaire peut être dressé à propos de la CRPC, le législateur ayant prévu à l'article 495-13 du Code de procédure pénale que « *lorsque la victime de l'infraction est identifiée, elle est informée sans délai, par tout moyen, de cette procédure. Elle est invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat, devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice. Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui statue sur cette demande, même dans le cas où la partie civile n'a pas comparu à l'audience, en application de l'article 420-1* ». De fait, si la victime est invitée à comparaître, elle n'est pas invitée à s'exprimer sur la qualification pénale retenue par le parquet, et sur laquelle un accord transactionnel a été trouvé avec l'auteur de l'infraction, de sorte que même présente et représentée, elle ne peut à aucun moment discuter la qualification pénale des faits retenue. La victime ne pourra réintroduire le débat sur la qualification pénale des faits devant la juridiction répressive qu'en la saisissant de la seule action civile, sans que celle-ci puisse toutefois en tirer toutes les conséquences au plan pénal.⁸⁴⁰

⁸³⁷ E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, op. cit., n°225.

⁸³⁸ R. CARIO, « Les victimes et la médiation pénale en France », in *Justice réparatrice et médiation pénale, convergences ou divergences ?*, coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2003, 190.

⁸³⁹ En ce sens : E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, op. cit., n°507.

⁸⁴⁰ V° infra n°...

228. – En conclusion – Parce qu'elle symbolise la vérité, la recherche d'une juste qualification pénale des faits fonde en principe l'action du juge, et les parties peuvent d'ailleurs s'en assurer dès lors que celui-ci est tenu de motiver ses décisions. En outre, nous avons pu constater que différentes techniques lui permettent de parvenir à une qualification pénale qui soit la plus proche possible de la vérité matérielle. Reste que, d'une part, l'inflation législative rend de plus en plus difficile l'opération de qualification pénale des faits par le juge, de sorte que son choix ne fera jamais coïncider exactement la vérité judiciaire et la vérité matérielle du point de vue de l'auteur comme de celui de la victime ; d'autre part, l'accélération du temps judiciaire a conduit le législateur à introduire un certain nombre de procédures reposant sur une reconnaissance préalable des faits ou de culpabilité par l'auteur, de sorte que le débat sur la qualification pénale se trouve évacué sans que la victime puisse réellement s'y opposer. On le voit donc, l'extension de la fonction cathartique de l'interdit pénal à la victime particulière se révèle nettement plus prégnante au stade de l'élaboration de l'incrimination qu'au stade de la qualification des faits par le juge, même si ce dernier intègre plus qu'auparavant la réparation symbolique de la victime dans l'équation pénale.

B – L' EXTENSION DE LA RÉPRESSION PENALE MOTIVÉE PAR LA RÉPARATION MORALE DES VICTIMES

229. – Le renforcement de l'efficacité du système répressif – Le souci de renforcer l'efficacité du système répressif conduit le juge à durcir considérablement les règles régissant la mise en œuvre de la répression pénale, ce qui est le cas lorsque celui adopte des solutions qui ont pour effet de faire reculer de manière particulièrement contestable le point de départ du délai de prescription de l'action publique **(1)**, ou encore lorsqu'il retient une interprétation extensive des éléments constitutifs de certaines infractions afin de faire entrer dans leur champ d'application des comportements qui n'en relèvent de manière subjective **(2)**. Si des considérations d'intérêt général guident en principe ces solutions, il convient toutefois d'observer, d'une part, que tel n'est pas toujours le cas, certaines étant motivées au premier plan par le souci de garantir la réparation morale des victimes, d'autre part, que le renforcement jurisprudentiel du système répressif conduit à des solutions qui sont, *ipso facto*, favorables aux intérêts privés des victimes.

1) *Le report du délai de prescription de l'action publique*

230. – La prescription de l'action publique : un principe controversé – Si le principe même de la prescription des poursuites pénales n'a jamais reçu très bon accueil dans l'opinion publique, c'est tout simplement parce qu'elle offre l'impunité aux délinquants en neutralisant l'application de la loi pénale. Qualifiée parfois de « *droit à l'oubli* »⁸⁴¹, la prescription de l'action publique n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait penser, une institution consacrée dans tous les systèmes juridiques puisqu'elle est inconnue, du moins pour les infractions les plus graves, de certains droits étrangers, tels ceux de la *common law*.⁸⁴² Par ailleurs, si tant est que l'on considère qu'il existe un droit à l'oubli, il ne s'agit nullement d'un principe constitutionnel⁸⁴³ ni d'un droit absolu dès lors qu'il souffre d'au moins une exception, et non des moindres, l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.⁸⁴⁴ Par ailleurs, à côté des délais de prescription de droit commun, la loi prévoit parfois des délais de prescription dérogatoires consistant, soit à reporter le point de départ du délai de prescription de certains crimes ou délits, soit à prévoir un délai de prescription spécial, qui peut être soit plus court que le délai de droit commun, comme en matière de presse par exemple, soit plus long. En certaines hypothèses, la loi utilise simultanément les deux techniques, ce qui est le cas par exemple pour la prescription des crimes et délits commis à l'encontre des mineurs.⁸⁴⁵ Pour ces derniers en effet, non seulement la loi reporte le point de départ du délai de prescription des infractions pénales que ceux-ci ont pu subir durant leur minorité à compter de leur majorité, mais encore celui-ci se trouve rallongé par rapport au délai de prescription de droit commun, puisqu'il est porté à vingt ans pour les crimes mentionnés à l'article 706-47 du Code de procédure pénale et à dix ans pour certains délits. Parce qu'elle organise l'impunité des délinquants, le principe même de la prescription de l'action publique est régulièrement remis en cause, du moins pour les crimes les plus graves, dans le discours médiatique ou politique, et le juge lui manifeste aussi une certaine hostilité.⁸⁴⁶

⁸⁴¹ C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1996, 2.

⁸⁴² J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2008, n° 377.

⁸⁴³ Cass. Ass. plén., 20 mai 2011 : *SJ G.* 2011, 670, obs. Mathieu ; *D.* 2011, II, 1346, note Lienhard.

⁸⁴⁴ L. n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, *JORF* du 29 déc. 1964, 11788.

⁸⁴⁵ L. n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *JORF* du 18 juin 1998, 9255. – L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* du 19 mars 2003, 4761 ; L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 précitée. – L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* du 5 avr. 2006, 5097.

⁸⁴⁶ Ch. PIGACHE, « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *RSC* 1983, 55. – P. MAISTRE DU CHAMBON, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *JCP G.* 2002, II, 10075.

231. – L’hostilité du juge à la prescription de l’action publique : l’exemple du droit pénal

des affaires – La jurisprudence affiche une certaine hostilité à l’égard de la prescription de l’action publique, notamment lorsqu’il s’agit d’infractions clandestines par nature ou qui s’accompagnent de manœuvres de dissimulation, et pour lesquelles le juge a multiplié les causes d’interruption et de suspension du délai de prescription de l’action publique dans le but évident de retarder au *maximum* son point de départ.⁸⁴⁷ L’exemple le plus célèbre demeure celui de l’abus de biens sociaux⁸⁴⁸ pour lequel la chambre criminelle n’a pas hésité à affirmer que, « le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l’exercice de l’action publique ». ⁸⁴⁹ En d’autres termes, le délai court à compter du jour où ont pu agir les seules personnes habilitées à mettre ou à faire mettre l’action publique en mouvement, que sont les magistrats du ministère public et les parties civiles.⁸⁵⁰ De fait, l’abus de biens sociaux devenait, sous l’effet de cette jurisprudence, une infraction imprescriptible.⁸⁵¹ Ultérieurement, la Cour de cassation devait affiner sa solution en opérant une distinction entre les délits occultes et ceux qui ne le sont pas, à partir du concept de « *dissimulation* », cherchant ainsi à parvenir à un juste équilibre.⁸⁵² Ainsi, en présence d’une dissimulation, le point de départ du délai de prescription se trouve retardé au jour où cesse cette dissimulation, en d’autres termes, au jour de la révélation de l’infraction, ce qui peut conduire à un allongement considérable du temps écoulé depuis la perpétration du délit⁸⁵³, ce qui est d’autant plus gênant que la notion de dissimulation, concept pour le moins flou, est laissée à la libre appréciation des juges du fond. Lorsque le délit n’est pas occulte, la jurisprudence considère que le point de référence normal est celui du jour de la présentation des comptes annuels.⁸⁵⁴ Mais ici aussi, les magistrats ont assoupli cette règle en dégagant des exceptions. La première a trait à des actes soumis à certaines

⁸⁴⁷ M. VÉRON, « Clandestinité et prescription », *Dr. pén.* 1998, chron. 16. – Ibid., « L’abus de confiance, son extension dans l’espace et dans le temps », in *Les droits et le Droit, mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz 2007, 1153. – G. LECUYER, « La clandestinité de l’infraction comme justification du retard de la prescription de l’action publique », *Dr. pén.* 2005, chron. 14. – A. DONNIER, « Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation », *D.* 2005, I, 2998. – C. MASCALA, « Le dérapage de l’interprétation jurisprudentiel en droit pénal des affaires », *D.* 2004, 3050. – J.-F. RENUCCI, « Infractions d’affaires et prescription de l’action publique », *D.* 1997, I, 23.

⁸⁴⁸ D. REBUT, « Abus de biens sociaux : la chambre criminelle et ses jurisprudences », *RSC* 2002, 827. – B. BOULOC, « Le point de départ de la prescription de l’abus de biens sociaux », *RSC* 2000, 360. – D. OHL, « Fixation du point de départ de la prescription en matière d’abus de biens sociaux », *JCP G.* 2000, II, 10386.

⁸⁴⁹ Cass. crim., 10 août 1981 : *Bull. crim.* n° 244 ; *Rev. sociétés* 1983, 368, note Bouloc. Pour une illustration récente : Cass. crim., 25 févr. 2009 : *Bull. crim.*, n° 56 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 9, obs. Salomon.

⁸⁵⁰ En ce sens : J. COSSON, note sous Cass. crim., 10 août 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, 2, 696.

⁸⁵¹ En ce sens : B. BOULOC, note sous Cass. crim., 10 août 1981 : *Rev. Sociétés* 1983, 369.

⁸⁵² En ce sens : P. MAISTRE DU CHAMBON, A. LEPAGE, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 1^{re} éd., coll. Manuel Litec, 2009, n° 784.

⁸⁵³ Cass. crim., 6 oct. 2010 : n° 07-83.426 et n° 09-86.628.

⁸⁵⁴ Cass. crim., 5 mai 1997 : *Bull. crim.* n° 159 ; *Rev. sociétés* 1998, 127, note Bouloc. – 27 juin 2001 : *Dr. pén.* 2001, comm. n° 129, obs. Robert ; *Rev. sociétés* 2001, 873, note Bouloc.

exigences légales de publicité. Ainsi il a été jugé, à propos de ces derniers, que le délai de prescription commence à courir au jour où l'acte a fait l'objet d'une mesure de publication.⁸⁵⁵ La deuxième est relative aux abus de biens sociaux prenant la forme d'actes répétitifs pris en exécution d'une décision initiale. Dans ce cas, la Cour de cassation considère que le point de départ du délai de prescription est repoussé au dernier de ces actes, ou plus exactement à la présentation devant l'assemblée générale des comptes correspondant à la dernière perception.⁸⁵⁶ À force de reporter le point de départ du délai de prescription de certains délits⁸⁵⁷, ces derniers tendent à devenir, par la volonté du juge, « *quasi-imprescriptibles* ». ⁸⁵⁸ Eu égard aux décisions rendues ces dernières années par la chambre criminelle, il nous semble que cette question dépasse très largement le seul cadre du droit pénal des affaires, voir des infractions économiques dès lors que cette solution s'est progressivement étendue aux situations les plus courantes du droit pénal commun.⁸⁵⁹

232. – L'hostilité des juges à la prescription de l'action publique étendue aux infractions de droit pénal commun. – Pour de nombreuses infractions de droit commun clandestines, la position de la jurisprudence relative au point de départ du délai de prescription de l'action publique est la suivante : « *au cas de dissimulation des faits reprochés, le point de départ de la prescription de l'action publique est reculé au jour où la partie poursuivante a été en mesure de percevoir une infraction, donc d'exercer l'action publique* ». ⁸⁶⁰ Cette solution jurisprudentielle a été appliquée aux délits d'escroquerie⁸⁶¹, de faux témoignage⁸⁶², d'usurpation d'identité⁸⁶³ ou encore de dissimulation d'enfant.⁸⁶⁴ Toutefois, la clandestinité de l'infraction n'est pas le seul élément sur lequel la jurisprudence se fonde pour justifier le report du délai de prescription de l'action publique. La volonté de ne pas permettre à des auteurs d'infractions graves d'échapper à la justice, et ainsi de

⁸⁵⁵ Cass. crim., 26 févr. 2007 : *Bull. crim.*, n° 49 ; *Rev. sociétés* 2007, 887, note Bouloc.

⁸⁵⁶ Cass. crim., 28 mai 2003 : *Bull. crim.* n° 109 ; *Rev. sociétés* 2003, 906, note Bouloc. – 8 oct. 2003 : *Bull. crim.* n° 184.

⁸⁵⁷ Elle l'a été, par exemple, à la répression du trafic d'influence, à propos duquel la jurisprudence admet que « le trafic d'influence est une infraction instantanée qui se prescrit, sauf en cas de dissimulation, à compter du dernier versement effectué en exécution du pacte litigieux » (En ce sens : Cass. crim., 19 mars 2008 : *Dr. pén.* 2008, comm. 102, obs. Véron), ou encore en matière de d'abus de confiance, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirmant que « la prescription ne court qu'à compter du jour où le détournement, préalablement dissimulé, pouvait être connu par la révélation qui en a été faite dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (En ce sens : Cass. crim., 27 janv. 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 60, obs. Véron).

⁸⁵⁸ C. FREIYA, « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires », *JCP E.* 1996, I, 563.

⁸⁵⁹ D. COMMARET, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme d'ensemble », *RSC* 2004, 897.

⁸⁶⁰ En ce sens : Cass. crim., 17 déc. 2008 : *Procédures* 2009, comm. 92, obs. Buisson.

⁸⁶¹ Cass. crim., 30 juin 2004 : *Bull. crim.* n° 178.

⁸⁶² Cass. crim., 17 déc. 2002 : *Bull. crim.* n° 234.

⁸⁶³ Cass. crim., 16 févr. 1999 : *Bull. crim.* n° 25.

⁸⁶⁴ Cass. crim., 23 juin 2004 : *Bull. crim.* n° 173.

ne pas laisser les victimes dans le désarroi, motive également bon nombre de décisions par lesquelles la jurisprudence prolonge « la période de consommation, transformant ainsi contre la lettre du texte, une infraction instantanée en infraction continue ». ⁸⁶⁵ La détermination du caractère instantané ou continu d'une infraction résulte normalement du *modus operandi* incriminé. Par exemple, l'utilisation du terme "soustraire" dans le délit de soustraction d'un enfant mineur impose de le considérer comme une infraction instantanée. Or, la jurisprudence a pu décider qu'il s'agissait d'une infraction continue dans la mesure où celle-ci « *se poursuit aussi longtemps que son auteur persévère dans sa volonté de porter atteinte à l'autorité parentale* ». ⁸⁶⁶ Pareillement, la chambre criminelle, alors même qu'elle s'y était opposée ⁸⁶⁷, a finalement considéré que le délit de publicité en faveur du tabac commise par voie d'internet, réprimé par l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique, constituait une infraction continue « *se poursuivant tant que le message litigieux reste accessible au public* ». ⁸⁶⁸

233. – Le cas particuliers des infractions complexes – Si la règle impose en la matière de fixer le point de départ du délai de prescription à compter de l'accomplissement du dernier acte constitutif prévu par le texte d'incrimination ⁸⁶⁹, ce n'est pas toujours la voie choisie par la jurisprudence. Il résulte ainsi de nombreuses décisions que le point de départ du délai de prescription de l'action publique se trouve fixé à la date du dernier acte d'exécution. Une telle solution a été retenue par l'arrêt « *Toufflet* » à propos du délit d'escroquerie lorsque des remises successives interviennent. ⁸⁷⁰ La technique consistant à suspendre le délai de prescription entre la remise du titre qui consomme l'infraction et le dernier versement de fonds a été également appliquée au délit de corruption, alors même que la jurisprudence considère traditionnellement que ce délit est consommé dès la conclusion du pacte. ⁸⁷¹ Enfin, parmi les nombreux exemples qui pourraient être cités ici - de la prise illégale d'intérêts ⁸⁷² à l'usage de faux ⁸⁷³ en passant par la

⁸⁶⁵ A. VARINARD, « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 623.

⁸⁶⁶ Cass. crim., 23 févr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 318 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 83, obs. Véron.

⁸⁶⁷ Cass. crim., 30 janv. 2001 : *JCP G.* 2001, II, 10515, note Lepage.

⁸⁶⁸ Cass. crim., 17 janv. 2006 : *Bull. crim.* n° 21 ; *JCP G.* 2006, II, 10120, note Bouloc.

⁸⁶⁹ R. MERLE, R. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 487.

⁸⁷⁰ Cass. crim., 27 mai 1991 : *RTD com.* 1992, 477, note Bouzat. *Confirm.* : Cass. crim., 26 sept. 1995 : *Bull. crim.*, n° 297 ; *RSC* 1996, 658, obs. Ottenhof. – 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 115 ; *RSC* 1999, 823, obs. Ottenhof. – 6 oct. 2004 : *Bull. crim.* n° 234 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 27, obs. Véron.

⁸⁷¹ Cass. crim., 29 juin 2005 : *Bull. crim.* n° 200. Egal. : W. JEANDIDIER, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G.* 2002, I, 166.

⁸⁷² Cass. crim., 7 mai 1998 : *Bull. crim.* n° 157. – 29 juin 2005 : *Bull. crim.* n° 198.

⁸⁷³ Cass. crim., 30 mars 1999 : *Bull. crim.* n° 58.

concussion⁸⁷⁴ - il convient de noter l'application de ce raisonnement à l'abus de faiblesse réprimé par l'article 223-15-2 du Code pénal, la chambre criminelle ayant censuré le raisonnement des juges du fond qui se fondaient sur la théorie des infractions clandestines pour reculer le point de départ du délai de prescription, pour lui préférer celui fondé sur le *modus operandi* de l'infraction.⁸⁷⁵ Ces différents exemples mettent en exergue l'ampleur de la politique jurisprudentielle mise en œuvre par la Cour de cassation pour lutter, autant que faire se peut, contre la prescription de l'action publique. En fixant au jour de la réalisation du dernier acte constitutif de l'infraction le point de départ du délai de prescription, la jurisprudence se livre à une manipulation des règles régissant la computation des délais de prescription de l'action publique qui, si elle n'en constitue pas la motivation première, tend à permettre néanmoins aux victimes d'agir devant les juridictions répressives en vue d'obtenir une réparation matérielle et morale de leur dommage.

234. – Les atteintes à la prescription de l'action publique par l'interprétation extensive de la notion d'acte de poursuite interruptif de prescription – C'est bien évidemment la tristement célèbre affaire dite des disparues de l'Yonne qui illustre le mieux cette évolution jurisprudentielle. En l'espèce, Emile Louis a avoué les enlèvements et les meurtres des jeunes filles, et pour prouver la véracité de ces dires, a conduit les enquêteurs sur les lieux où les cadavres de ces dernières avaient été enterrés par ses soins. La chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris devait constater l'extinction de l'action publique, au motif que « *s'agissant des faits qualifiés d'enlèvement concernant des disparitions intervenues entre 1975 et 1979 et qui ont fait l'objet d'une première plainte en juillet 1996, aucun acte interruptif n'est intervenu pendant cette durée* ». Pour écarter cet obstacle, la Cour de cassation a affirmé que « *le cours de la prescription ayant été interrompu par les procès-verbaux de l'enquête réalisée en 1984, puis par l'envoi du soit-transmis daté du 3 mai 1993, l'action publique n'était pas prescrite, en ce qui concerne les crimes d'enlèvement, commis de 1975 à 1979, lorsque, le 3 juillet 1996, ont été portées les plaintes avec constitution de partie civile* ». ⁸⁷⁶ Encore récemment, la chambre criminelle a eu l'occasion d'affirmer, au visa des articles 7, 8, 40 et 41 du Code de procédure pénale, « *qu'interrupt le cours de la prescription de l'action publique tout acte du procureur de la République tendant à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* », considérant ainsi « *que la lettre adressée par le procureur de la République au président d'une chambre départementale des huissiers de justice, pour lui demander de provoquer les explications d'un huissier de justice à la suite du dépôt d'une plainte et de les lui transmettre assorties d'un avis motivé, constitue un acte tendant à la recherche et à la poursuite des infractions à la*

⁸⁷⁴ Cass. crim., 31 janv. 2007 deux arrêts : *Bull. crim.*, n° 19 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 74, obs. Robert.

⁸⁷⁵ Cass. crim., 27 mai 2004 : *Bull. crim.* n° 141.

⁸⁷⁶ Cass. crim., 20 févr. 2002 : *Bull. crim.* n° 42.

loi pénale ». ⁸⁷⁷ Si la protection de l'intérêt général motive assurément les solutions jurisprudentielles tendant à donner au soit-transmis émis par le parquet ou à une demande d'avis de l'Administration ⁸⁷⁸ un effet interruptif de prescription, le souci d'offrir aux victimes une réparation morale en permettant la tenue d'un procès pénal est sous-jacent.

2) *L'interprétation extensive des éléments constitutifs de l'infraction*

235. – L'élargissement des infractions d'atteintes à la vie de la personne humaine – Alors que le rôle du juge répressif est théoriquement cantonné à une mission d'interprétation stricte de la loi pénale - qui doit le conduire à appliquer « *la loi, toute la loi, mais uniquement la loi* » ⁸⁷⁹ - il lui arrive de s'écarter de ce précepte et de conférer à un texte d'incrimination une portée qui dépasse les limites préalables posées par le législateur, en violation du principe posé à l'article 111-4 du Code pénal. Si le souci d'assurer l'efficacité de la répression pénale, en évitant que l'auteur d'une infraction puisse échapper à sa responsabilité, motive *a priori* ces décisions, il semble que celui de garantir la réparation morale des victimes, ou de leurs proches, exerce également une influence certaine, notamment lorsqu'il s'agit d'infractions pénales portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne humaine. En la matière, alors qu'il peut être déduit de la jurisprudence relative à l'impossibilité d'appliquer le délit d'homicide par imprudence au fœtus ⁸⁸⁰ que la loi pénale ne serait applicable qu'aux êtres humains dotés de la personnalité juridique, alors même qu'elle a appliqué la tentative d'homicide volontaire au cadavre, celle-ci affirmant « *qu'il importe, pour que soit caractérisée la tentative d'homicide volontaire que la victime fût déjà décédée, cette circonstance étant indépendante de la volonté de l'auteur et lesdites violences caractérisant un commencement d'exécution* ». ⁸⁸¹ Pour légitimer son raisonnement, la jurisprudence s'appuie sur une conception « *résolument subjective* » de la notion de tentative punissable ⁸⁸², or cela est d'autant plus contestable que, si une infraction tentée est constituée dès lors qu'a pu être établi un commencement d'exécution et qu'elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de

⁸⁷⁷ Cass. crim., 1^{er} févr. 2012 : *Bull. crim.*, n° 213.

⁸⁷⁸ Cass. crim., 28 juin 2005 : *Bull. crim.* n° 198

⁸⁷⁹ Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 157.

⁸⁸⁰ Cass. crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.* n° 174. Confirm. : Cass. Ass. plén. 29 juin 2001 : *Bull. crim.* n° 165 ; D. 2001, II, 2917, note Mayaud ; RSC 2002, 97, obs. Bouloc. – Cass. crim. 25 juin 2002 : *Bull. crim.* n° 144 ; D. 2002, 3099, note Pradel ; JCP G. 2002, II, 10155, note Rassat. V° égal. : CEDH 8 juill. 2004, « *Vo c/ France* » : D. 2004, II, 2456, note Pradel ; RTD civ. 2004, 714, obs. Hauser.

⁸⁸¹ Cass. crim., 16 janv. 1986 : *Bull. crim.* n° 25 ; D. 1986, II, 265, note Mayer & Gazounaud ; JCP G. 1986, II, 20774, note Roujou de Boubée ; RSC 1986, 839, obs. Vitu.

⁸⁸² En ce sens : O. MOUYSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, op. cit., n°139. Egal. : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n°512 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n° 338 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., 218.

son auteur, encore faut-il que le commencement d'exécution de l'acte soit susceptible de recevoir, s'il était consommé, une qualification pénale, car « à défaut de l'élément qualifiant, la tentative est inconcevable »⁸⁸³, de sorte que « les violences commises sur un cadavre ne correspondent pas à celles qui sont réprimées par le législateur dans les incriminations des atteintes à l'intégrité corporelle et à la vie, lesquelles supposent l'existence d'une personne vivante ».⁸⁸⁴ Si la solution consistant à appliquer la tentative d'homicide volontaire au cadavre viole frontalement le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, et donc le principe de légalité des délits et des peines - le meurtre étant défini comme « le fait de donner volontairement la mort à autrui » - celle-ci peut toutefois se justifier par le fait de vouloir neutraliser un individu dont la dangerosité est manifeste, mais également par le souci d'offrir aux proches de la victime décédée la réparation morale du dommage résultant de l'atteinte portée à l'intégrité physique de la dépouille mortelle de la personne que l'on a tenté de tuer. Il peut paraître curieux *a priori* d'affirmer que la réparation morale des victimes conduirait à un élargissement de certaines infractions réprimant des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique de la personne humaine alors même, d'une part, qu'elle refuse d'appliquer le délit d'homicide involontaire au *fœtus*, d'autre part, que l'application de la tentative impossible d'homicide volontaire au cadavre, bien que participant à la réparation morale des proches du décédé, nous semble se justifier prioritairement par le souci de neutraliser un individu dangereux. Pourtant, le raisonnement proposé se tient dès lors que l'on constate la dénaturation de la matérialité de certaines infractions au seul profit des victimes.

236. – L'extension de l'atteinte au respect de la vie privée à la personne décédée – Aussi curieux que cela puisse paraître, dans le domaine du respect de la vie privée, la jurisprudence n'a pas hésité à étendre considérablement les termes de l'article 226-1 du Code pénal, qui réprime « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...) en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé » en vue de protéger la vie privée des morts ! En dépit du fait que le texte fasse explicitement référence à « l'image d'une personne », ce que n'est plus la dépouille mortelle, la jurisprudence n'a pas hésité à affirmer que « le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante ».⁸⁸⁵ Ici aussi l'extension de la matérialité de l'infraction obéit à une logique réparatrice à l'égard des proches du décédé photographié ou filmé - c'est bien évidemment pour préserver les proches, et permettre la réparation symbolique du choc émotionnel que les photographies de la

⁸⁸³ Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, ibid.

⁸⁸⁴ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de sciences criminelles. Droit pénal général*, ibid.

⁸⁸⁵ Cass. crim., 20 oct. 1998 : *Bull. crim.*, n° 264 ; *JCP G.* 1999, II, 10044, note Loiseau.

dépouille mortelle du proche, et surtout leur diffusion par voie de publication, leur cause que la jurisprudence a dénaturé les termes mêmes de l'article 226-1 du Code pénal - et non la réparation d'un dommage dont la victime directe de l'infraction ne peut en aucun cas souffrir ou le souci de renforcer l'efficacité du système répressif dans la défense de la société civile. En effet, même si l'article 226-1 du Code pénal protège une valeur sociale (le respect de la vie privée), il tend à préserver un bien juridique concret (le droit au respect à la vie privée) dont la lésion entraîne un dommage pour la victime. L'extension du champ d'application de ce délit est d'autant plus intéressant qu'elle semble *a priori* inutile dans la mesure où le droit au respect à la vie privée est protégé par l'article 9 du Code civil, et que la jurisprudence a très rapidement admis l'application de ce texte au cadavre.⁸⁸⁶ De fait, l'extension du champ d'application de l'article 226-1 du Code pénal ne s'explique, nous semble-t-il, que parce que le juge répressif entend pallier ici les insuffisances de la responsabilité civile en permettant la réparation symbolique des victimes par un dire de justice qui nomme la faute, désigne le coupable, et lui applique une peine.

237. – L'interprétation *contra legem* du crime de viol – Le crime de viol, réprimé à l'article 222-23 du Code pénal, a pour objet de protéger la liberté sexuelle de chacun⁸⁸⁷, et il était entendu à l'origine comme la pénétration par le sexe de l'auteur du sexe de la victime. Or, assez rapidement, la jurisprudence a étendu l'application du crime de viol à des hypothèses qui, si elles dépassent la définition légale du viol, n'en demeurent pas moins conforme à l'esprit de la loi. Il en fut ainsi lorsque la Cour de cassation admit progressivement que le viol pouvait résulter d'une pénétration du sexe de l'auteur ou d'un objet dans un organe sexuel ou non de la victime.⁸⁸⁸ Si la Haute juridiction retient en principe une conception subjective du viol, fondée sur le contexte sexuel de la pénétration⁸⁸⁹, et dépasse assurément la définition légale retenue par le législateur - qui exige une pénétration par un sexe ou dans un sexe - elle nous semble néanmoins rester dans l'esprit de la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 qui définit le viol comme tout « *acte de pénétration sexuelle* », ce qui implique assurément la répression de la fellation ou de la sodomie non consentie, peu important finalement que ce soit par un sexe ou un objet. En procédant ainsi, le juge donne à des actes déviants et moralement condamnables leur juste qualification pénale. Parce que certains

⁸⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2000 : *Bull. civ.* n° 341.

⁸⁸⁷ Cass. crim., 5 sept. 1990 : *Bull. crim.* n° 313 ; *JCP G.* 1991, II, 21629, note Rassat ; *RSC* 1991, 348, obs. Levasseur.

⁸⁸⁸ Cass. crim., 24 juin 1987 : *Bull. crim.* n° 265 ; *RSC* 1988, 302, obs. Levasseur. – 6 déc. 1995 : *Bull. crim.* n° 372 ; *RSC* 1996, 374, obs. Mayaud.

⁸⁸⁹ Cass. crim., 27 févr. 2007 : *Bull. crim.* n° 61 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 68, obs. Véron. Dans cet arrêt, la chambre criminelle a considéré que le fait pour un médecin de contraindre trois patientes à introduire dans leur bouche un objet de forme phallique recouvert d'un préservatif et à accomplir des mouvements de va-et-vient ne constituait pas un viol, au motif que « *pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur et non par un objet le représentant* ».

actes commis sur autrui sans son consentement sont ressentis comme un viol par ceux ou celles qui les subissent, il est somme toute logique, dès lors que l'on demeure dans l'esprit du texte et que l'on ne contrevient pas à sa lettre, de donner à ce type de faits leur juste qualification pénale. Si le raisonnement ne nous semble pas contestable, il le devient lorsque le juge étend la notion de viol à des hypothèses que la lettre même du texte ne prévoit pas. Il en a été ainsi lorsque la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par deux responsables d'association qui avaient été condamnés par une cour d'assises du chef de viol, pour avoir pratiqué des actes de fellation sur des mineurs.⁸⁹⁰ En rejetant les pourvois de ces deux responsables, la Haute juridiction admettait « *une version passive du viol, beaucoup plus inventive [et contraire à la loi puisqu'] est finalement reconnu comme violeur, non pas celui qui pénètre, mais celui qui est pénétré* ». ⁸⁹¹ En effet, ce n'est plus la victime qui est pénétrée par violence, contrainte, menace ou surprise, par l'auteur, mais l'auteur qui est pénétré par la victime, ce qui inverse complètement la logique du viol et constitue une violation frontale du principe de légalité des délits et des peines comme de son corollaire le principe de stricte interprétation de la loi pénale. C'est bien le souci d'offrir aux victimes d'agressions sexuelles une qualification pénale qui représente les faits dans leur dimension matérielle et morale⁸⁹² qui a guidé les hauts magistrats dans la dénaturation de l'élément matériel de viol. Reste que face aux critiques doctrinales parfaitement justifiées, la chambre criminelle est revenue à une conception du viol plus conforme à la lettre du texte comme à son esprit, et donc plus respectueuse du principe de stricte interprétation de la loi pénale.⁸⁹³ Si l'égalité des sexes n'est pas respectée aujourd'hui dans le Code pénal, ce n'est pas au juge d'y remédier, mais au législateur.

238. – L'extension du délit d'appels téléphoniques malveillants et réitérés – L'article 222-16 du Code pénal permet en principe de réprimer « *les appels téléphoniques malveillants réitérés ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui* ». Or, afin d'adapter ce texte aux pratiques nouvelles de communication, et de permettre aux victimes d'agir devant la juridiction répressive, le juge en retient une interprétation extensive qui nous semble contrevioler au principe posé à l'article 111-4 du Code pénal. Certes, l'on ne saurait reprocher à la jurisprudence de considérer que l'infraction est constituée dès lors que « *le prévenu a agi en vue de troubler la tranquillité de la personne destinataire des appels téléphoniques, qu'ils soient reçus directement ou sur une boîte vocale* »⁸⁹⁴, dès lors

⁸⁹⁰ Cass. crim., 16 déc. 1997 : *Bull. crim.* n° 429. Y. MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *D.* 1998, 212. – H. ANGEVIN, « Viol d'autrui ou viol de la loi ? », *Dr. pén.* 1998, chron. 7.

⁸⁹¹ Y. MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *ibid.*

⁸⁹² L.-M. NIVÔSE, « Le crime de viol et l'égalité des sexes », *Dr. pén.* 1998, chron. 10.

⁸⁹³ Cass. crim., 21 oct. 1998 : *Bull. crim.* n° 274. *Confirm.* : Cass. crim., 22 août 2001 : *Bull. crim.* n° 169.

⁸⁹⁴ Cass. crim., 20 févr. 2002 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *D.* 2003, AJ, 248, obs. Mirabail.

que, comme le fait remarquer un auteur, « *bien que déposés de façon réitérée sur une boîte vocale, les faits restent bien dans le domaine de l'oralité qu'évoque nécessairement la notion d'appel téléphoniques* ». ⁸⁹⁵ En revanche, il nous semble plus contestable d'étendre cette incrimination à l'envoi de SMS, ce que n'a pas hésité à faire la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 septembre 2009, en considérant que l'infraction d'appels téléphoniques malveillants réitérés pouvait être constituée par l'envoi de SMS « *dès lors que la réception d'un SMS se manifeste par l'émission d'un signal sonore par le téléphone portable de son destinataire* ». ⁸⁹⁶ Cette interprétation nous semble franchement discutable dans la mesure où le SMS, même s'il est transmis au moyen d'un téléphone, ne relève plus de la communication orale, mais de la correspondance. Un SMS n'est rien d'autre qu'un message rédigé de la main d'une personne qu'elle envoie *via* son téléphone portable à une autre personne qui le reçoit sur son téléphone portable. Force est donc d'admettre que ce n'est qu'au prix, là encore, d'une interprétation extensive de la lettre de l'article 222-16 du Code pénal que les SMS sont assimilés aux appels téléphoniques, par l'utilisation d'un critère contestable : celui de l'émission d'un signal sonore indiquant l'arrivée du SMS. Comme le fait remarquer un auteur, « *quid de la fonction "silence" du téléphone portable ? Quid surtout des SMS arrivés sans émission d'un signal sonore ?* ». ⁸⁹⁷ Mais, l'esprit de ce délit réside dans la préservation de la tranquillité psychologique de la victime. De fait, l'argument utilisé pour les sms peut l'être également pour les appels, de sorte qu'il ne semble pas recevable. Si l'extension peut sembler contestable au regard du respect du principe de légalité des délits et des peines, elle est parfaitement justifiée en opportunité au regard des évolutions technologiques, en ce qu'elle évite ainsi aux auteurs de harcèlement *via* les nouvelles technologies de nuire à leur victime sans encourir la moindre sanction pénale.

239. – En conclusion – Si le souci de garantir la réparation symbolique des victimes d'infractions pénales conduit parfois le juge à étendre de façon contestable le champ de la répression pénale, mais ce sont le plus souvent des considérations d'intérêt général qui guident ces décisions, comme en témoigne le fait que les magistrats, décisions après décisions, entendent faire reculer le point de départ du délai de prescription de l'action publique autant que possible. Cette solution est également très favorable aux victimes, et sert leurs intérêts privés en leur permettant d'opter pour la voie pénale malgré l'écoulement d'un certain délai entre la commission des faits et l'introduction de son action en justice. De ce point de vue, il s'agit d'une

⁸⁹⁵ A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies. Octobre 2010 - octobre 2011 », *Dr. pén.* 2011, chron. 10.

⁸⁹⁶ Cass. crim., 30 sept. 2009 : *Dr. pén.* 2009, comm. 147, obs. Véron.

⁸⁹⁷ A. LEPAGE, *ibid.*

« privatisation incidente » de la répression pénale dans la mesure où la préservation des intérêts privés de la victime apparaît comme la conséquence du renforcement de l'efficacité du système répressif dans l'intérêt général, et non comme la finalité première de ces solutions jurisprudentielles, ce qui est parfois le cas lorsque le juge dénature l'élément matériel de l'infraction en vue de l'étendre à des comportements ou des situations qu'elle ne prévoit pas objectivement, et ce, dans l'unique but de favoriser la réparation symbolique de la victime. Ces évolutions mettent en évidence que le juge cherche à dégager des solutions qui favorisent à la fois la réparation symbolique des victimes - lorsque les intérêts privés apparaissent au premier plan de l'ordre des valeurs pénalement protégées par le texte d'incrimination - et l'efficacité du système répressif dans la défense de l'intérêt général.

240. – Conclusion du paragraphe 2 – La privatisation des qualifications pénales observée ces dernières décennies s'est manifestée par un « *remodelage du contenu de nos infractions* »⁸⁹⁸ au profit des intérêts privés, de sorte qu'en retenant une qualification pénale traduisant au plus juste des faits la vérité matérielle de l'infraction, le juge répressif participe à la réparation symbolique de la victime. En faisant coïncider vérité judiciaire et vérité matérielle, en nommant la faute morale commise par l'auteur au plus juste des faits, le juge pénal offre à la victime un sentiment de justice qui peut lui permettre d'évacuer la tension issue de la commission de l'infraction, à l'instar du corps social d'ailleurs. Si la poursuite de cet objectif s'inscrit assurément dans la finalité contemporaine du droit pénal, qui ne tend plus à seulement défendre l'intérêt général, mais également les intérêts privés des particuliers, ce qui conduit parfois le juge répressif à s'affranchir du respect des principes gouvernant la matière. Si la plupart des décisions ayant pour effet de repousser toujours plus loin le point de départ du délai de prescription de l'action publique, ou de dénaturer le contenu des incriminations en vue de faire entrer dans le champ de la répression pénale des comportements qui ne devraient pas s'y trouver, ou du moins, pas sous les qualifications pénales retenues, servent la cause des victimes, ce n'est que de manière incidente. En effet, la grande majorité d'entre elles sont fondées d'abord sur des considérations d'intérêt général, de sorte que l'on ne peut parler ici que d'une « privatisation incidente ». Reste que certaines décisions ont pour finalité première de renforcer l'efficacité du système répressif, non pour mieux garantir la défense de l'intérêt général, mais pour mieux garantir la défense des intérêts privés des victimes. Ces solutions témoignent de ce que les intérêts privés concurrencent, voir supplantent parfois, l'intérêt général dans le champ de la protection pénale.

⁸⁹⁸ J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime. I – Définitions et statut*, op. cit., 299.

241. – Conclusion de la section 1 – Si l'interdit pénal dispose d'une fonction cathartique permettant la réparation symbolique des victimes d'infractions pénales, ce n'est qu'à la condition que celui-ci, au stade de la qualification pénale des faits par le juge, fasse coïncider vérité judiciaire et vérité matérielle. La poursuite de cette finalité suppose au plan légal d'affiner tout autant que faire se peut le contenu des incriminations en vue d'y introduire les éléments matériels ou moraux propres à représenter idéalement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance. L'intégration d'éléments propres à permettre la réparation symbolique du dommage de la victime particulière témoigne bien de l'extension de la fonction cathartique de l'interdit pénal en direction de ces dernières, et donc d'une privatisation de la fonction réparatrice de la loi pénale. Tout le problème ici réside dans ce que cette extension conduirait, selon un discours doctrinal convenu, à un renforcement de l'efficacité répressive des incriminations leur faisant perdre bien souvent les qualités essentielles qui garantissaient leur conformité aux principes gouvernant le droit pénal, de sorte que la prise en compte de la réparation symbolique des victimes engendrerait une perturbation des fondements de la répression pénale au détriment des délinquants. Cet argument se retrouve souvent dans les commentaires dénonçant les solutions jurisprudentielles au sein desquelles les juges s'affranchissent de ces mêmes principes, notamment en manipulant les règles de computation du délai de prescription de l'action publique ou en dénaturant le contenu des incriminations en vue d'y faire entrer des comportements qu'elles ne prévoient pas objectivement. Dans la très grande majorité des cas, si le législateur, comme le juge d'ailleurs, malmène quelques principes fondamentaux gouvernant le droit pénal, c'est davantage dans la perspective de renforcer l'efficacité de la répression pénale en vue d'assurer une défense optimale de l'intérêt général que dans celle de garantir la réparation symbolique des victimes qui apparaît, de manière incidente, comme une des conséquences de ces solutions. En application du principe dit, « des vases communicants », le renforcement de l'efficacité du système répressif en vue de garantir la réparation symbolique des victimes a pour effet de renforcer la défense de l'intérêt général (phénomène de privatisation pur), tandis que le renforcement de l'efficacité du système répressif en vue de mieux défendre l'intérêt général a pour effet de favoriser la réparation symbolique des victimes (phénomène de privatisation incidente). Si l'extension de la fonction cathartique de l'interdit pénal aux victimes témoigne d'une privatisation de sa fonction réparatrice susceptible de donner lieu à quelques excès, et qu'il convient bien évidemment de les corriger, elle ne doit pas devenir pour autant l'explication toute trouvée à l'ensemble des dérives sécuritaires dont le droit pénal a pu être - ou peut être - l'objet.

SECTION 2. LA PRIVATISATION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE LA PEINE

242. – La mutation contemporaine de la fonction cathartique de la peine – Sous l’Ancien Régime, la fonction cathartique de la peine était nettement plus visible qu’aujourd’hui dans la mesure où la catharsis était assurée par la mise à exécution publique des peines⁸⁹⁹ La publicité des peines assurait, outre une fonction politique indéniable, une fonction cathartique permettant à l’assemblée présente d’évacuer la tension issue de l’infraction par le spectacle public de la souffrance du coupable. Si la suppression de la publicité des peines a entraîné un déplacement de la catharsis en direction de l’audience pénale, elle n’a toutefois pas annihilée la fonction cathartique de la peine qui se trouve même réactivée par la privatisation des incriminations et qualifications pénales qui en découlent tant au stade de son prononcé (§.1) qu’à celui de son exécution (§.2).⁹⁰⁰

§.1 LA PRIVATISATION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE LA PEINE PRONONCÉE

243. – Les manifestations de la catharsis au stade du prononcé de la peine – Si l’interdit pénal comporte une fonction cathartique qui participe à la réparation morale de la victime, celui-ci est insuffisant à réparer symboliquement le dommage causé par l’infraction s’il ne s’accompagne pas d’une peine qui infligera au coupable une souffrance proportionnée à la gravité de la faute pénalement qualifiée par le juge. De ce point de vue, la manifestation de la fonction cathartique de la peine au stade de son prononcé se trouve conditionnée à une double exigence tenant à son caractère nécessaire (A) comme à son caractère proportionné (B).

A – LA RÉPARATION SYMBOLIQUE DE LA VICTIME CONDITIONNÉE PAR LE PRONONCÉ DE LA PEINE

244. – L’indispensable rétribution de l’infraction pénale – Dire la faute est insuffisant à réparer symboliquement la victime dès lors que son existence emporte une réaction de nature nécessairement rétributive au regard de la charge émotionnelle et morale contenue dans l’infraction pénale, de sorte qu’il est parfaitement « *illusoire d’envisager une peine “désacralisée”, sans*

⁸⁹⁹ A. LAINGUI, « La sanction pénale dans le droit français du XVIII^e et XIX^e siècle », in *La peine, Recueils de la société Jean Bodin pour l’histoire des institutions*, Bruxelles, De Boeck Université, 1989, 165. – E. TAÏEB, *L’exécution soumise au regard. Anthropologie et économie du regard sur les mises à mort publiques*, Communication, Le sens du regard, 2004, 59. – M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, coll. Tel, Gallimard, 1975, 69.

⁹⁰⁰ P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, F. Alcan, 1920, 456.

violence, sans aspect vindicatif et sans référence morale». ⁹⁰¹ De ce point de vue, la déclaration de culpabilité pénale consacre l'existence d'une « dette morale de réparation » appelant le prononcé d'une peine compensatoire **(1)** qui, par la souffrance qu'elle inflige à l'individu qu'elle frappe, va permettre l'évacuation de la tension issue de l'infraction **(2)**.

1) L'indispensable sanction de la culpabilité pénale

245. – Dire n'est point punir – Il est traditionnellement considéré que la déclaration de culpabilité constitue le « degré zéro de la répression » ⁹⁰², et *a priori*, tel est bien le cas dans la très grande majorité des hypothèses. La seule déclaration de culpabilité n'emporte aucune conséquence pour le condamné si elle ne s'accompagne pas du prononcé d'une peine. Si la qualification pénale des faits est insuffisante à réparer symboliquement les victimes, c'est parce qu'elle ne constitue pas à elle seule une réponse à la réaction que suscite l'infraction, même si du point de vue de certains délinquants, il semblerait qu'en présence de qualifications pénales ayant une forte connotation morale, la déclaration de culpabilité constitue bien le premier degré de la répression. Ainsi, bien que ne créant pas une nouvelle incrimination pénale, et n'aggravant point la pénalité encourue par les auteurs d'agressions sexuelles à caractère incestueux ⁹⁰³, la nouvelle qualification pénale d'inceste n'en frappait pas moins les intéressés du « sceau de l'infamie » selon le demandeur à la QPC ⁹⁰⁴, et même si le Conseil Constitutionnel n'a pas répondu à cet argument, il est intéressant en ce qu'il démontre que le blâme moral résultant de la qualification pénale retenue par le juge apparaissait pour l'auteur des viols comme le premier degré de la répression. Dans la droite ligne de ce constat, il peut être observé que les délinquants d'affaires redoutent davantage la publicité entourant la déclaration de culpabilité que la peine elle-même, notamment parce qu'elle entache à elle-seule leur réputation ainsi que celle de leur entreprise, ce qui risque de mettre en péril leurs activités professionnelles. Même si le dire de justice peut constituer une sanction, il doit être remarqué, d'une part, qu'une telle hypothèse est relativement marginale, d'autre part, que la sanction résultant du dire de justice n'est bien souvent qu'une sanction morale, et donc insuffisante à satisfaire la demande sociale de justice exprimée tant par le corps social que par les victimes. La déclaration de culpabilité, bien qu'elle porte en elle-même une censure, un blâme, ne

⁹⁰¹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n°155.

⁹⁰² M. VAN DE KERVOCHE, *Quand punir, c'est dire. Essai sur le jugement pénal*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, 224-225.

⁹⁰³ V° *supra* n°...

⁹⁰⁴ En ce sens : Cons. Const., n° 2011-163 QPC, 16 sept. 2011, *ibid.*

peut être envisagée comme le premier degré de la répression pénale⁹⁰⁵, et doit être accompagnée d'une sanction pénale pour permettre la réparation symbolique de la victime.

246. – La peine, ombre portée de la déclaration de culpabilité – Parce que la peine est une « réaction punitive prononcée par le juge pénal »⁹⁰⁶, elle est, de toutes les sanctions juridiques, celle dont le caractère répressif emporte les conséquences les plus lourdes en termes de contrainte pour l'individu qu'elle frappe, même s'il nous faut rappeler, d'une part, que le droit pénal n'a plus actuellement le monopole de la peine puisque des sanctions ayant le caractère d'une punition existe à l'extérieur de ce dernier, d'autre part, que l'étendue de l'éventail des solutions offertes aux magistrats leur permet d'opter pour des sanctions juridiques n'ayant pas de caractère punitif. Ainsi, le Conseil Constitutionnel a récemment affirmé que les sanctions frappant d'incapacité et interdisant à un individu d'exploiter un débit de boissons - applicables de plein droit suite à une condamnation pour crime ou pour certains délits - n'ont pas le caractère d'une punition dès lors que « ces dispositions ont pour objet d'empêcher que l'exploitation d'un débit de boissons soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les garanties de moralité suffisantes requises pour exercer cette profession ».⁹⁰⁷ Reste que ces sanctions juridiques dépourvues de caractère punitif s'impose à ceux qu'elles frappent comme des peines et sont à ce titre identifiées comme telles par le Code pénal. De la même manière, les mesures pénales susceptibles d'être proposées par le parquet dans le cadre des alternatives aux poursuites sont pour la plupart d'entre elles des peines déguisées. Malgré ces quelques flottements qui rendent aujourd'hui plus ardue encore toute tentative de définition de la notion de peine, nul ne doit douter que le droit pénal s'impose encore comme la branche du droit qui a pour objet d'interdire et de punir.⁹⁰⁸ De fait, la peine constitue nécessairement l'ombre portée indispensable de l'interdit pénal, et donc l'ombre portée de la déclaration de culpabilité qui affirme une vérité judiciaire relative au déroulement des faits, à la réalité de l'infraction commise, ainsi qu'à la gravité du dommage causé. Parce que l'infraction cause un mal aux titulaires des intérêts subjectifs lésés comme au corps social, ceux-ci exigent qu'un autre mal destiné à rétablir une sorte d'équilibre soit infligé au coupable. Comme le faisait observer Paul Fauconnet, « par la peine rituelle ou juridique, le mal moral du crime est compensé, l'ordre moral rétabli, la colère des dieux apaisée, les forces religieuses dérégées sont à nouveau disciplinées, la souillure est lavée, l'impureté éliminée ».⁹⁰⁹

⁹⁰⁵ M. VAN DE KERCHOVE, *Quand punir, c'est dire. Essai sur le jugement pénal*, ibid.

⁹⁰⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n°557.

⁹⁰⁷ Cons. Const. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011 : *SJ G.* 2011, act. 642, obs. Detraz.

⁹⁰⁸ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, coll. manuel, Litec, 2010, 1.

⁹⁰⁹ P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., 227.

2) *La rétribution nécessaire de la culpabilité pénale*

247. – La nécessité d’infliger une souffrance au coupable – Il est affirmé par certains auteurs que, « *selon une conception traditionnelle, la peine est constituée de deux caractères essentiels : d’une part, la privation d’un bien ou, si l’on préfère, l’imposition d’un mal (en termes objectifs) ou d’une souffrance (en termes subjectifs), qu’on vise généralement en parlant de la dimension « afflictive » de la peine ; d’autre part, une marque de réprobation sociale, un blâme, une stigmatisation ou, si l’on préfère une atteinte à l’honneur susceptible de susciter la honte, à laquelle on se réfère habituellement en parlant de la dimension « infamante » de la peine* ». ⁹¹⁰

Cette conception traditionnelle de la peine a pu sembler quelque peu dépassée depuis que l’idée selon laquelle la peine ne devait plus constituer une "punition", mais une mesure de "correction" ou de "traitement" du condamné en vue de permettre sa réinsertion sociale a été consacrée par le législateur. Si une certaine diversification des finalités de la peine a pu effectivement être observée, nous avons démontré que celle-ci n’avait toutefois pas entamé la vigueur de sa fonction punitive. ⁹¹¹ Aujourd’hui comme hier, la peine a pour unique fonction de punir celui sur lequel elle s’abat, ce dont il faut comprendre qu’elle a pour fonction d’infliger à l’auteur d’une infraction une souffrance qui peut consister, soit dans la privation de la jouissance d’une liberté ou dans la restriction de l’exercice de cette dernière, soit dans l’obligation à se départir d’un bien ou d’un objet qu’il possède. La finalité réadaptatrice de la peine prédomine au stade de son exécution, et non au stade de son prononcé. Nous en voulons pour preuve que la fonction punitive de la peine a été récemment rappelée par le législateur, à l’occasion de la réforme opérée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales qui a modifié le contenu de l’article 132-24 du Code pénal. En affirmant notamment que la peine doit permettre la sanction du condamné, ce texte réaffirme à l’évidence la fonction punitive de la sanction pénale, laquelle est notamment confirmée par l’introduction des peines plancher par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs, mais également par leur extension au primo-délinquants à l’occasion de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d’orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. La réactivation de la finalité rétributive par le législateur nous semble logique dès lors qu’il est « *de l’essence même du droit pénal, une fois affirmée la culpabilité de telle personne, de dire la peine qui doit être attachée à ses actes* ». ⁹¹²

⁹¹⁰ M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c’est punir*, op. cit., 35.

⁹¹¹ V° *supra* n°...

⁹¹² J. DANET, B. LAVIELLE, « La juste peine », *Gaz. Pal.* 2000, 888.

248. – En conclusion – Parce que la déclaration de culpabilité pénale emporte reconnaissance de la réalité de la souffrance de la victime, elle emporte *ipso facto* attribution d'une telle qualité à la personne dont les intérêts pénalement protégés ont été lésés par l'infraction. La souffrance de la victime appelle alors, au même titre que la collectivité, une rétribution mise à la charge du coupable ; rétribution qui, en matière pénale ne peut passer que par le prononcé d'une peine qui, par la souffrance qu'elle inflige au condamné, a vocation à compenser émotionnellement le dommage idéal causé par l'infraction. La privatisation des qualifications pénales invite nécessairement à considérer que la victime, dès lors qu'elle est titulaire d'un droit subjectif prioritairement protégé par l'incrimination, et lésé par l'infraction, se trouve également intéressée à la peine. Si la qualification pénale permet de verbaliser les affects par une juste et précise représentation des faits à l'origine du dommage dont souffre cette dernière, la faute qu'elle définit doit nécessairement s'accompagner du prononcé d'une peine dont la fonction cathartique aura vocation à compéter la réparation symbolique de cette dernière en confirmant le sentiment de justice.

**B – LA RÉPARATION SYMBOLIQUE DE LA VICTIME CONDITIONNÉE PAR LE PRONONCÉ
D'UNE PEINE PROPORTIONNE A LA GRAVITÉ DU DOMMAGE**

249. – D'une juste rétribution du dommage social à une juste rétribution de la souffrance de la victime – Le principe de proportionnalité des peines dégagé par le Conseil Constitutionnel⁹¹³ s'impose au législateur comme au juge lorsqu'il personnalise la peine qu'il prononce. Or, sur ce point, il peut être observé que, si en théorie la peine prononcée rétribue normalement une infraction **(1)**, la gravité du dommage causé à la victime ne peut qu'exercer une influence croissante sur le choix de la nature comme du *quantum* de la peine que le juge entend prononcer du fait de la privatisation des qualifications pénales **(2)**.

1) La rétribution théorique du dommage social causé par l'infraction

250. – La théorie classique de l'infraction – Alors qu'il est classiquement affirmé que la fonction du droit pénal est de protéger les valeurs essentielles à la vie collective⁹¹⁴, il est curieusement enseigné dans le même temps que le fait générateur de responsabilité pénale réside dans la seule violation de l'interdit posé par le texte d'incrimination, autrement dit, la violation de

⁹¹³ Cons. Const. n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 : *JORF* du 5 sept. 1986, 10788.

⁹¹⁴ E. DARGENTAS, *La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale*, RPDP 1977, 413.

la loi.⁹¹⁵ Cette conception restrictive du fait générateur de responsabilité pénale ne nous semble guère satisfaisante dans la mesure où, à suivre le raisonnement proposé, l'objet de protection de l'infraction ne serait pas la valeur visée par le texte d'incrimination, mais la loi, ce qui revient à reléguer le résultat juridique de l'infraction⁹¹⁶ au second plan.⁹¹⁷ Il est vrai que plusieurs arguments peuvent justifier ce raisonnement. Par exemple, l'absence de résultat juridique n'empêche ni la répression des infractions formelles ni celle des infractions-obstacles, et encore moins la sanction de la tentative. Mais ces arguments ne suffisent pas à asseoir une théorie qui heurte par ces incohérences, notamment parce que, comme nous avons pu le constater, « à toute incrimination correspond une cause particulière d'incrimination, un ratio spécifique, un mobile précis d'existence au nom d'un bien collectif à défendre ».⁹¹⁸ De fait, il est curieux de considérer que ce *ratio* spécifique, qui fonde la cause particulière de chaque incrimination, ne joue aucun rôle dans l'engagement de la responsabilité pénale des individus, alors même qu'il peut être observé que le législateur use de la valeur du bien pénalement protégé pour classer et hiérarchiser les infractions dans le Code pénal ; pour affirmer le caractère supérieur de telle valeur sur telle autre ; pour déterminer ou aggraver la sévérité des peines ; ou *a contrario*, exclure du champ pénal les individus qui ont enfreint la loi par nécessité, par exemple. Il peut en outre être observé que le juge utilise également la valeur du bien juridique pénalement protégé pour délimiter le champ d'application d'un texte d'incrimination - il en est ainsi lorsqu'il interprète l'élément moral d'une infraction, ce qui nous semble être le cas lorsque la démonstration de l'*animus necandi* est exigée pour réprimer l'empoisonnement⁹¹⁹ - ou son élément matériel - les arrêts relatifs à la non-application de l'homicide involontaire au *fetus* illustrent parfaitement notre propos⁹²⁰ - ou encore à l'appréciation de l'existence d'un fait justificatif⁹²¹, et même lorsqu'il personnalise la peine. Il est indéniable que la gravité de la faute pénale commise est déterminée, non seulement au regard de la valeur sociale du bien juridique

⁹¹⁵ En ce sens : W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 3^e éd., coll. Précis Domat, Montchrestien, 1998, 210-212. – J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5^e éd., coll. Thémis droit privé, 2001, 216-218 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., 186-195. V^o égal. : J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, thèse Lyon, 1942, 45.

⁹¹⁶ Certains auteurs distinguent le résultat légal, qui est la consommation de l'infraction, du résultat juridique, qui est la lésion effective du bien juridique protégé. V^o. en ce sens : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., 180.

⁹¹⁷ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, coll. thèses, fond. Varenne, Vol. 39, 2011, n^o 168. – A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., 43-44.

⁹¹⁸ Y. MAYAUD, *Ratio legis* et incrimination, RSC 1983, 597. – Ibid., *La loi pénale, instrument de valorisation sociale*, in « Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire ». Ouvrage collectif, publication de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2010, 4.

⁹¹⁹ En ce sens : Cass. crim. 2 juill. 1998, *Bull. crim.* n^o 127 ; JCP G. 1998, II, 10132, note Rassat, D. 1998, II, 458, note Pradel. – Cass. crim., 18 juin 2003 : *ibid.*

⁹²⁰ Cass. crim. 30 juin 1999 : *ibid.* – Cass. Ass. plén., 29 juin 2001 : *ibid.*

⁹²¹ Cass. crim., 8 mars 2011 : *Bull. crim.*, n^o 46 ; *Dr. pén.* 2011, comm. 75, obs. Véron. – Cass. crim., 7 févr. 2007 : *ibid.*

atteinte, mais également en fonction de la gravité de l'atteinte portée à ce dernier.⁹²² Par ailleurs, si l'échelle des peines est fixée en fonction de la gravité de la faute pénale commise, celle-ci ne résulte pas de la violation de l'interdit, mais bien de la valeur du bien juridique lésé par l'infraction, et parfois même, de la gravité du dommage qui en résulte pour son titulaire. De fait, c'est bien la valeur du bien juridique que la loi pénale entend protéger, ce dont il faut déduire que c'est bien lui qui détermine la gravité de la faute pénale commise, et donc, la sévérité de la peine encourue.

251. – L'admission du dommage comme condition de la responsabilité pénale – Le rejet de la théorie classique du fait générateur de responsabilité pénale se fonde selon nous sur l'incohérence de son postulat. En effet, si la loi pénale a pour fonction de protéger les valeurs essentielles de la vie commune, alors l'objet de protection de l'infraction ne peut en aucun cas être la loi elle-même, mais bien la valeur sociale visée par le texte d'incrimination, et qualifiée par certains auteurs de « *bien juridico-pénal* ». ⁹²³ De fait, la thèse selon laquelle le résultat légal de l'infraction (violation de la loi) constituerait, à lui seul, le fait générateur de responsabilité pénale nous semble devoir être abandonnée. L'on conçoit aisément que certains auteurs refusent d'admettre que la lésion de la valeur sociale protégée par la norme pénale soit une condition de la responsabilité pénale, et préfèrent retenir une conception du fait générateur réduite à la seule violation de l'interdit pénal, car, ce faisant, ils maintiennent de manière purement artificielle l'existence d'un droit pénal classique dont la fonction est de perpétuer le système social en place. Admettre que la lésion effective au bien juridique protégé par l'incrimination violée constitue une condition de la responsabilité pénale, c'est admettre, au regard de la privatisation des qualifications pénales, que la norme pénale n'a plus vocation à seulement défendre un système social, mais également des intérêts subjectifs ayant pour titulaires de simples particuliers. Or, il est classiquement enseigné que l'étatisation de la justice pénale a substitué le dommage social au dommage privé.

252. – Le dommage social substitué au dommage privé – Parce que « *rétribuer, c'est attribuer en retour* » ⁹²⁴, les notions de rétribution et de proportionnalité ont toujours été interdépendantes dès lors que les sociétés humaines ont prétendu exercer un contrôle social de la violence, et la loi du Talion illustre parfaitement cette volonté de rétribuer proportionnellement au mal causé, de sorte

⁹²² Ainsi, concernant les violences par exemple, le seuil de gravité de la faute pénale, et donc le seuil de la sévérité de la peine, sont déterminés en fonction de la gravité du dommage causé à la victime, et donc, en l'occurrence de la gravité de l'atteinte causé au bien juridico-pénal (intégrité de la personne humaine).

⁹²³ En ce sens : M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *ibid.*

⁹²⁴ P. PONCELA, *Droit de la peine*, *op. cit.*, 65.

que la rétribution invite en principe le juge à ne pas prononcer une peine qui infligerait au condamné une souffrance dépassant la gravité du mal causé. Mais, à compter de l'instant où « *la peine infligée reflétait la supériorité [de l'État]* », la finalité rétributive de la peine a été utilisée pour promouvoir un système pénal se caractérisant par « *un déséquilibre manifeste* »⁹²⁵, de sorte que la substitution du dommage social au dommage privé comme critère d'intervention de la loi pénale s'est traduit par une aggravation de la répression pénale. Cela s'explique par le fait qu'il n'était plus question de rétribuer un dommage susceptible de pouvoir être évalué qualitativement et quantitativement, mais de rétribuer une faute dont le degré de gravité était fixée arbitrairement par l'État. L'émergence du droit pénal moderne, fondé sur le principe de légalité des délits et des peines et le respect des libertés individuelles, est venu limiter les excès répressif de l'État en imposant notamment que la peine soit proportionnée à la gravité de l'infraction consommée ou tentée, comme en témoigne les dispositions de l'article 111-1 du Code pénal en vertu duquel « *les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions* »⁹²⁶, et auxquelles répond naturellement une échelle des peines.⁹²⁷ Bien que « *les opinions divergent sur la juste mesure d'une peine [du fait qu'il] n'y a consensus ni sur l'appréciation de la gravité d'une infraction, ni sur les représentations des effets escomptés de telle ou telle forme de peine* »⁹²⁸, le concept de « *juste peine* » que traduit le principe de proportionnalité constitue le pivot de la réflexion pénale au stade du prononcé de la peine. De ce point de vue, il doit être observé que le principe de légalité des délits et des peines encadre le travail du juge au stade de la détermination de la peine, d'une part, en déterminant la nature de la peine encourue, d'autre part, en fixant le *quantum* maximal, et parfois minimal, de la peine théoriquement encourue. Or, ce n'est pas l'infraction (entendue comme la violation de la loi) qui constitue le critère d'évaluation du caractère proportionnel de la peine prononcée mais la gravité de son résultat : la lésion de l'intérêt protégé par le texte d'incrimination. C'est par rapport à la gravité de la lésion causée par l'infraction au bien juridique protégé par l'incrimination que la proportionnalité de la peine s'apprécie. Si la gravité de l'infraction détermine *a priori* la sévérité de la peine, il faut pousser le raisonnement plus en amont, et s'interroger sur le critère à partir duquel est évalué la gravité de l'infraction, et en poussant le raisonnement plus en amont encore, l'on ne peut que constater que le critère utilisé ne peut être que la valeur de l'intérêt lésé. Plus celle-ci est élevée, plus l'infraction sera grave, et plus l'infraction sera grave, plus elle appellera une rétribution sévère. De fait, c'est bien la valeur de l'intérêt pénalement protégé qui détermine le

⁹²⁵ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n°166.

⁹²⁶ J.-H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions selon le nouveau Code pénal », *ibid.*

⁹²⁷ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n°296.

⁹²⁸ P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 2001, 41. – J. DANET, B. LAVIELLE, « La juste peine », *ibid.*

degré de gravité de l'infraction comme le degré de sévérité de la peine. De ce point de vue, il nous semble que l'on ne peut pas affirmer que le droit pénal moderne ait substitué l'infraction au dommage comme critère d'évaluation de la proportionnalité de la peine encourue ou prononcée.

2) *La rétribution du dommage privé causé par l'infraction*

253. – La détermination légale de la peine fondée sur la gravité du dommage privé – Bien que le principe consacré par le Code pénal de 1994 soit que la peine encourue ne se fonde plus sur le dommage subi par la victime, mais sur celui causé à la société, l'on trouve encore des textes d'incrimination, et non des moindres, au sein desquels la sévérité de la peine encourue se fonde sur la gravité du dommage causé à la victime. L'exemple le plus connu est très certainement celui des violences volontaires. En effet, à suivre la nomenclature du Code pénal en la matière, il peut être observé que « *le régime des peines applicables aux personnes physiques est le résultat de deux données. Un premier critère tient à l'importance du dommage généré par la violence, les sanctions diminuant en intensité plus ce dommage se traduit par des atteintes corporelles éloignées de la mort de la victime. Intervient ensuite un second critère, tiré de l'interférence de circonstances aggravantes, dont le régime relève de données plutôt chargées* ». ⁹²⁹

Ainsi, toutes les violences volontaires connaissent une répression progressive fondée sur la gravité de leur résultat, autrement dit, la gravité du dommage causé à la victime. Bien évidemment, le caractère progressif de la répression des violences se retrouve dans la qualification pénale dont ces dernières font l'objet, celles-ci pouvant revêtir une qualification criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle, selon que le dommage causé à la victime a consisté dans le décès de cette dernière, dans des mutilations ou infirmités, voire des incapacités. Il convient toutefois de ne pas confondre l'influence que le dommage exerce sur la gravité de la faute pénale, autrement dit la qualification pénale, avec celle qu'il peut exercer sur la peine. Si l'aggravation du dommage entraîne parfois une aggravation de la qualification pénale, en d'autres hypothèses, l'aggravation du dommage n'entraîne qu'une aggravation de la peine encourue, sans modifier la nature de la qualification pénale. Ainsi, en matière délictuelle, l'article 222-11 du Code pénal prévoit que si les violences entraînent une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, leur auteur encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende, alors qu'en présence d'une mutilation ou d'une infirmité permanente, l'article 222-9 du Code pénal prévoit que l'auteur encourt une peine de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 € d'amende. L'aggravation de la peine ne se fonde pas sur une aggravation de la faute pénale commise, ce qui entraînerait une aggravation de la qualification pénale, mais sur l'étendue du résultat

⁹²⁹ Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2011, V°. *violences volontaires*.

dommageable. Sans entrer davantage ici dans le détail, nous ferons observer que le raisonnement suivi par le législateur est identique en ce qui concerne les blessures involontaires, la sévérité de la peine encourue par l'auteur de blessures involontaires est dépendante de l'étendue du résultat dommageable dont la victime a eu à souffrir. Le même raisonnement est encore suivi en matière de destructions, dégradations et détériorations non dangereuses pour les personnes, la sévérité de la peine encourue suivant le degré de gravité du dommage causé à la victime. Ainsi, en présence d'un dommage léger, l'auteur des destructions, dégradations et détériorations non dangereuses pour les personnes, ce sont les peines contraventionnelles prévues par l'article R. 635-1 du Code pénal qui seront encourues pour les dommages légers tandis que les peines correctionnelles, prévues pour les dommages plus importants, gagnent en sévérité en fonction du degré de gravité du dommage causé, comme en témoignent les dispositions des articles 322-1 et suivants du Code pénal. Il en est encore de même concernant les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes comme en témoignent les dispositions des articles 322-6 et suivants du Code pénal, les peines étant aggravées proportionnellement à la gravité du dommage causé à la victime. Enfin, nous pouvons encore citer l'exemple que nous offre l'article 222-33-2-1 du Code pénal qui réprime « *le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale* » de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende tant que les faits n'ont entraîné aucune incapacité totale de travail ou une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours. Celle-ci est toutefois portée à cinq ans d'emprisonnement et 75.000 € d'amende lorsque les faits ont entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours.

254. – La détermination judiciaire de la peine fondée sur la gravité du dommage privé. –

Si le déclin de la fonction répressive du dommage privé est régulièrement affirmé⁹³⁰, les exemples qui viennent d'être cités tendent pourtant à démontrer qu'en certains domaines, le législateur n'a pas totalement rompu avec la logique consistant à déterminer la sévérité de la peine encourue en fonction de la gravité du résultat dommageable causé à la victime. Au plan de la pratique judiciaire, il peut également être observé que l'influence que le dommage privé exerce sur la détermination de la nature et le *quantum* de la sanction pénale demeure extrêmement prégnante. Pour avoir eu l'occasion d'en discuter plusieurs fois avec des magistrats dans le cadre de nos fonctions d'assistant de justice, ceux-ci considèrent généralement que, dans tous les cas, la gravité du dommage causé à la victime constitue un indice du degré de dangerosité de l'auteur, ce qui ne

⁹³⁰ R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2011, 575.

peut être qu'approuvé, mais une partie d'entre eux expriment très clairement le souhait de permettre la réparation symbolique de la victime constituée partie civile par le prononcé d'une peine susceptible de satisfaire son besoin de justice en proportionnant la sévérité de la peine avec la gravité du dommage de cette dernière. Si cette posture a pu être critiquée par certains magistrats, au motif qu'elle conduirait à reviviscence de la vengeance privée, il semble toutefois qu'elle soit pleinement conforme à la lettre de l'article 132-24 du Code pénal qui invite désormais le juge à prendre en compte « *les intérêts des victimes* » au stade du prononcé de la peine.⁹³¹ Le texte visant « *les intérêts des victimes* » et non les « *droits* » de ces dernières, la notion d'intérêt, dont il convient d'observer qu'elle se trouve ici mise au pluriel, renvoie assurément à la satisfaction du besoin de justice exprimé par les victimes, laquelle passe, d'une part, par une déclaration de culpabilité fondée sur une juste et précise qualification pénale des faits permettant de faire coïncider la vérité judiciaire avec la vérité matérielle, d'autre part, par la recherche d'une proportionnalité entre la peine prononcée et la gravité du dommage subi. En prenant en compte le dommage privé comme critère d'appréciation de la proportionnalité de la peine qu'il entend prononcer, le juge ne fait que se conformer à une mutation contemporaine du droit pénal que traduit, d'une part, la privatisation des incriminations et qualifications pénales qui en découlent, d'autre part, la modification de la lettre de l'article 132-24 du Code pénal, mais également de l'article 707 du Code de procédure pénale, invitant le juge à tenir compte des « *intérêts des victimes* » dans la personnalisation de la peine au stade de son prononcé comme au stade de son exécution.

255. – En conclusion – Ce n'est pas l'infraction, entendue comme la violation de la loi, qui constitue le critère d'évaluation de la proportionnalité de la peine encourue comme prononcée, mais la gravité de son résultat : la lésion de l'intérêt protégé par le texte d'incrimination. Si la substitution du dommage social au dommage privé ne se trouve nullement remis en cause tant que l'incrimination protège un intérêt public, elle l'est assurément lorsque l'intérêt pénalement protégé est un intérêt subjectif appartenant à un titulaire particulier. En pareille situation, il peut être observé que la souffrance de la victime entre dans l'équation pénale que le législateur comme le juge ont à résoudre, le premier, au stade de la détermination de la peine encourue, le second, au stade du prononcé de la peine. Ceci explique qu'en certains domaines, le respect du principe de proportionnalité de la peine s'exprime par une gradation de la sévérité de la peine encourue calquée sur la gravité du dommage causé à la victime, en d'autres termes, par la recherche d'une proportionnalité entre le mal causé et le mal subi. Ceci explique encore que le respect du principe

⁹³¹ Concernant l'obligation faite aux magistrats du parquet de prendre en compte la réparation symbolique du dommage causé à la victime au stade de la mise en œuvre des alternatives aux poursuites, V° *infra* n°...

de proportionnalité de la peine s'exprime par la prise en compte des « *intérêts des victimes* » par le juge au stade de son prononcé, conformément à l'article 132-24 du Code pénal.

256. – Conclusion du paragraphe 1 – Au stade de son prononcé, nous avons pu vérifier que la fonction cathartique de la peine se trouve étendue à la victime, ce qui est logique au regard de la privatisation des incriminations pénales et des qualifications pénales qui en découlent. Si la peine publique est évidemment prononcée pour rétribuer le dommage causé à une collectivité identifiée - le peuple français - elle intéresse également la victime particulière qui subit directement l'infraction. C'est cette réalité que la lettre même de l'article 132-24 du Code pénal exprime en prévoyant que « *la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* », de sorte qu'il n'est plus possible de prétendre que la peine ignore la victime.⁹³² Non seulement elle ne l'ignore pas, mais encore ne l'a-t-elle jamais ignorée. Le fait que la gravité du dommage causé à la victime constitue, dans certaines incriminations le critère à partir duquel le degré de sévérité de la peine encourue est apprécié le démontre. Pareillement, il sera rappelé que la gravité du dommage causé à la victime a toujours constitué un critère guidant les juges dans le choix de la nature et du *quantum* de la peine qu'ils prononcent. L'intégration dans l'équation pénale de la réparation symbolique des victimes, tant au stade de la détermination de la peine encourue par le législateur qu'au stade de sa personnalisation par le juge, témoigne de la privatisation effective de la fonction cathartique de la peine.

§.2 – LA PRIVATISATION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE LA PEINE EXECUTÉE

257. – La mutation de la fonction cathartique de la peine au stade de son exécution. – Sous l'Ancien Régime, la publicité des peines permettait au pouvoir centralisé d'imposer véritablement son autorité ainsi que celui de l'interdit pénal posé par la loi, elle permettait également au corps social ainsi qu'aux victimes d'évacuer la tension résultant de l'infraction. La suppression de l'exécution publique des peines prononcées par les juridictions répressive a conduit à un affaiblissement général de la fonction cathartique de la peine au stade de son exécution. Reste qu'il peut être observé que la prise en compte de la réparation symbolique de la victime s'insère progressivement dans la phase d'exécution des peines, que ce soit par le biais de

⁹³² J.-Y. CHEVALLIER, « La victime et la peine : le point de vue du juriste », *RPDP* 2004, 815.

dispositions de fond ou de procédure (A), ce qui induit, à terme, une ouverture nécessaire des portes du procès *post-sententiam* aux victimes (B).

A – LA PRISE EN COMPTE DE LA RÉPARATION SYMBOLIQUE DE LA VICTIME AU STADE DE L'EXÉCUTION DES PEINES

258. – Une prise en compte constatée – L'étude des finalité de la peine étant un exercice, par nature, idéologiquement connoté, il se révèle toujours délicat dès lors que la question des relations entre la peine et la victime est posée tant il est vrai qu'à l'exception de quelques auteurs, le discours doctrinal ambiant brille par son unité de pensée quant à l'expression de son opposition farouche à la présence procédurale, comme à la prise en compte des droits et intérêts, des victimes au stade de l'exécution des peines. Pourtant, l'analyse du droit positif tend à démontrer que, non seulement, les droits et intérêts de ces dernières s'infiltrèrent progressivement au sein du droit l'exécution des peines, mais que cette évolution est parfaitement logique et cohérente au regard des évolutions envisagées précédemment. De fait, il peut être observé que, non seulement la réparation symbolique de la victime est prise en compte au stade de la mise à exécution des peines (1), mais encore qu'elle se trouve prise en compte au stade de l'application de la peine proprement dite (2).

1) Les manifestations de la réparation symbolique au stade de la mise à exécution de la peine

259. – La réparation symbolique de la victime assurée par la mise à exécution effective de la peine – Qu'il s'agisse des dispositions de l'article 707 du Code de procédure pénale qui prévoit que « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* », ou de l'article 1^{er} de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 en vertu duquel « *le régime d'exécution de la peine privative de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* », force est d'admettre que la mise en balance des intérêts de la société, du délinquant et de la victime observée au stade sentenciel se retrouve naturellement au stade de l'exécution des peines.⁹³³ Il est en effet autant dans les intérêts de la société, que ceux du délinquant ou de la victime, que la ou les peines prononcées par la juridiction de jugement soient

⁹³³ J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n°762.

mises à exécution dans les meilleurs délais. Pour les victimes plus particulièrement, leur réparation symbolique ne saurait être complète si la sanction venant rétribuer leur dommage devait demeurer purement symbolique parce que jamais exécutée. Or, bien que l'article 707-1 du Code de procédure pénale dispose que « *sur décision ou sous le contrôle des autorités judiciaires, les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais* », plusieurs études et autres rapports parlementaires mettent en exergue qu'un nombre important de condamnations pénales demeurent trop souvent inexécutées.⁹³⁴ Comme M. Warsmann le rappelait dans son rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, « *il est indéniable que plus le retard s'accroît entre la condamnation et son exécution, moins la peine est comprise par la victime, tout d'abord, qui s'inquiète, à juste titre, de son inexécution, par le condamné ensuite, qui ne comprend pas ces délais qui peuvent conduire à son incarcération plusieurs mois après les faits alors même que sa situation à changé, pour les enquêteurs enfin qui, bien qu'ayant identifié et interpellé l'auteur des faits, n'observent pas de résultat judiciaire de leurs efforts. Déplorée par tous, cette situation perdure et s'aggrave, contribuant ainsi à décrédibiliser la justice* ». ⁹³⁵ Malgré le fait que les articles 707 du Code de procédure pénale et 1^{er} de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 intègrent les droits et intérêts des victimes dans l'équation pénale au stade de l'exécution des peines, la victime ne dispose d'aucune prérogative lui permettant d'agir, d'une manière ou d'une autre, dans la mise à exécution du volet pénal de la décision de condamnation judiciaire, ce qui peut paraître curieux dans la mesure où le droit positif lui permet d'être un acteur de la répression pénale en lui reconnaissant la faculté d'initier l'instance pénale et de corroborer l'action publique tout au long de cette dernière⁹³⁶, mais qui est logique dès lors qu'elle n'est pas partie principale au procès pénal. Elle n'est, au sens du droit positif, qu'un collaborateur du ministère public qui œuvre pour la défense de ces droits et intérêts personnels en corroborant l'action publique. Si le parquet et la victime poursuivent une même finalité - la manifestation de la vérité et la sanction du coupable -, la peine est prononcée au nom du peuple français sur le fondement d'une action publique exercée par son représentant, de sorte qu'il est parfaitement logique que, seul ce dernier, puisse procéder aux opérations de mise à exécution de la condamnation pénale. Toutefois, à compter de l'instant où ces droits et intérêts doivent être pris en compte par les autorités chargées de la mise à exécution des

⁹³⁴ E. CIOTTI, *Rapport pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines*, juin 2011 ; *L'évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution, rapport de l'Inspection Générale des Services Judiciaires*, mars 2009. – J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information n°2378 sur la mise en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, op. cit., 42. V° déjà : J. BERNAT DE CELIS, « La difficulté de faire exécuter les peines d'emprisonnement correctionnel à Paris », *RJC* 1988, 469.

⁹³⁵ J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information n°2378 sur la mise en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, op. cit., 45.

⁹³⁶ Not. : Cass. crim., 8 juin 1971 : *ibid.*

condamnations pénales, la victime constituée partie civile durant l'instance pénale ne devrait-elle pas se voir reconnaître, *a minima*, le droit d'être informée de la mise à exécution de la peine prononcée, d'une part, et le droit de demander aux services de l'exécution des peines du ministère public les raisons de l'inexécution de la condamnation pénale de son auteur, au-delà d'un certain délai que le législateur pourrait déterminer, d'autre part ? C'est en ce sens que l'instauration des bureaux d'exécution des peines (BEX) s'inscrit, nous semble-t-il.

260. – L'amélioration du sort des victimes par l'instauration des BEX et des BAV –

Soucieux d'accélérer la mise à exécution des peines prononcées par les juridictions répressives, le législateur a instauré, à l'occasion de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, des bureaux de l'exécution des peines.⁹³⁷ Le BEX est un service du greffe qui a pour mission de lier le prononcé de la condamnation à sa mise à exécution. Dès que la juridiction de jugement a prononcé la peine à l'égard du condamné, et déterminé le montant des dommages et intérêts alloués à la victime, le juge les invite à se présenter au BEX, qui assure une information et commence l'exécution des peines dans la continuité de l'audience. L'amélioration du sort des justiciables tient ici au fait que, chacun dans leur domaine de compétence, et en partenariat avec les juridictions, les représentants des barreaux, des associations d'aide aux victimes ainsi que l'administration pénitentiaire, sont associés à l'action des BEX en vue de délivrer au justiciable, qu'il soit condamné ou victime, toutes les informations nécessaires à une bonne exécution des sanctions pénales et autres mesures de réparation prononcées par le juge. Concernant les victimes précisément, « *il est permis toutefois de se demander si, de façon générale, le Bex a permis une évolution significative dans l'information des victimes. Les greffiers du Bex ont déjà accaparés par l'exécution de la peine (accru avec l'extension du Bex aux mineurs) et sont donc moins disponibles pour l'accueil des victimes. Ils ont en plus, souvent, une connaissance moins étendue de la matière civile* ». ⁹³⁸ En pratique, il semble en effet que ce soit probablement à l'égard des victimes que les BEX aient été les moins performants du fait que ces derniers se trouvent principalement occupés à la prise en charge des condamnés. Si, en théorie du moins, les BEX tendent à faciliter l'indemnisation des victimes, ils tendent également, de manière très indirecte, à permettre leur réparation symbolique en favorisant une mise à exécution plus rapide des condamnations pénales. À ce titre, la proposition contenue dans le rapport annexé à la récente loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines relative à la généralisation des BEX à toutes les audiences pénales - alors que l'activité de ces derniers est actuellement concentré en

⁹³⁷ G. CLÉMENT, J.-P. VINCENTINI, « Les bureaux de l'exécution des peines », *RSC* 2009, 139.

⁹³⁸ G. CLÉMENT, J.-P. VINCENTINI, « Les bureaux de l'exécution des peines », *ibid.*

général sur les seules audiences correctionnelles à juge unique, les procédures de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et les ordonnances pénales - doit être approuvée. Reste que la logique réparatrice qui irrigue les règles du droit pénal de fond de l'incrimination pénale jusqu'au prononcé de la peine par le juge, en passant bien évidemment par le choix d'une juste et précise qualification pénale des faits, se trouve mise à mal au stade de la mise à exécution des peines par des dispositions de procédure pénale. Alors que la lettre même de l'article 132-24 du Code pénal impose au juge de prendre en compte les intérêts de la victime lors de la personnalisation de la peine qu'il entend prononcer, que la sévérité de certaines peines se fondent sur la gravité du dommage causé à la victime, sans parler des prérogatives pénales dont la victime « pénale » dispose tout au long de l'instance pénale, l'article 707 du Code de procédure pénale rompt brutalement la cohérence du système en écartant totalement la victime de la phase de mise à exécution des peines.

2) *Les manifestations de la réparation symbolique au stade de l'application de la peine*

261. – La prise en compte des droits et intérêts des victimes au stade de l'exécution de la peine – Le législateur n'a eu de cesse de multiplier les dispositions législatives ou réglementaires enjoignant aux juridictions de l'application des peines de prendre en compte les droits - et plus largement les intérêts - des victimes dans le processus d'individualisation des modalités d'exécution la peine. Faisant échos aux dispositions de l'article 132-24 du Code pénal, qui imposent aux juridictions de jugement de prendre en compte les intérêts des victimes au stade de la personnalisation de la peine, il peut être observé que l'article 707 du même Code dispose, de manière générale, que « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* », tandis que l'article 1^{er} de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 rappelle que « *le régime d'exécution de la peine privative de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Sur le fondement de ces deux textes, il doit être observé que ce sont bien les « *droits* » et les « *intérêts* » des victimes, et non de la seule partie civile, qui doivent être pris en compte par les juridictions de l'application des peines au stade de l'individualisation des modalités d'exécution de la peine. Sur ce point, rappelons que l'article 712-16-1 du Code de procédure pénale dispose que « *préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine, les juridictions de l'application des peines prennent en considération les*

intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de cette décision », ce qui peut se traduire en pratique pour le juge à procéder ou faire procéder à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, ou toute autre mesure, portant sur les conséquences éventuelles des décisions d'individualisation de la peine au regard de la situation de la victime ou de la partie civile, et notamment le risque que le condamné puisse se trouver en présence de celle-ci. Le récent 2012-681 du 7 mai 2012 relatif aux bureaux d'aide aux victimes⁹³⁹ (BAV) est venu renforcer l'effectivité de ces dispositions en instaurant au sein de chaque tribunal de grande instance un BAV composé de représentants d'une ou plusieurs associations d'aide aux victimes, ayant notamment pour mission, « *d'orienter les victimes vers les magistrats ou services compétents, notamment les juridictions de l'application des peines, pour l'application des dispositions des articles 712-16-1, 712-16-2 et 721-2* ». ⁹⁴⁰ À l'instar de ce que nous avons déjà fait observé à propos de la lettre de l'article 132-24 du Code pénal, les textes précités visent « *les intérêts des victimes* » et pas seulement les « *droits* » de ces dernières. Quels sont les intérêts des victimes au stade exécutoire du procès pénal si ce n'est la satisfaction de voir la peine prononcée effectivement mise à exécution, d'une part, et la possibilité de faire valoir leurs droits ou défendre leurs intérêts devant les juridictions de l'application des peines dans le cadre du procès *post-sententiam* ?

262. – La manifestation processuelle restreinte de la réparation symbolique de la victime au stade de l'application des peines – En mettant fin au principe selon lequel, « *la procédure juridictionnelle s'arrête là où commence l'exécution de la peine* »⁹⁴¹, le législateur donnait naissance à un nouveau contentieux portant sur l'aménagement de la peine prononcée par la juridiction de jugement au cours de son exécution que la juridictionnalisation de l'application des peines⁹⁴² issue des lois n°2000-516 du 15 juin 2000 et n°2004-204 du 9 mars 2004⁹⁴³ est en grande partie venue encadrer. Par la distance importante qu'il introduit entre la peine prononcée et la peine exécutée, sans parler des conséquences concrètes qu'il emporte dans la vie des victimes, l'on ne peut que regretter que le prononcé de la mesure d'aménagement de peine ne soit pas soumis au principe de publicité des débats.⁹⁴⁴ Actuellement, le principe retenu par le législateur est celui du débat

⁹³⁹ JORF du 8 mai 2012, 8264.

⁹⁴⁰ Art. D. 47-6-15 C. proc. pén.

⁹⁴¹ M.-E. CARTIER, « La judiciarisation de l'exécution des peines », RSC 2001, 88.

⁹⁴² C. LAZERGES, « De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines ... », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, publication de la faculté de droit de Poitiers, t. 39, 2001, 49. – P. FAUCHER, « La juridictionnalisation de l'exécution des peines : une révolution tranquille », RPDP 2001, 215.

⁹⁴³ Préc. n°...

⁹⁴⁴ En ce sens égal. : M. HERZOG-EVANS, « Le juge de l'application des peines, juridiction de premier degré », RSC 1999, 289.

contradictoire en chambre du conseil dans les locaux du tribunal de grande instance⁹⁴⁵, ou, si le condamné est détenu, celui du débat contradictoire au sein de l'établissement pénitentiaire. Dans les deux cas, le déroulement des audiences devant les juridictions de l'application des peines se fait hors la présence de tout public, ce qui inclut les victimes. Seuls les professionnels du droit et le condamné participent à l'audience. En outre, le souci d'éviter des extractions coûteuses a conduit les juridictions et les établissements pénitentiaires à avoir recours plus fréquemment à la visioconférence.⁹⁴⁶ Cette situation est relativement mal perçue par nos concitoyens, et plus particulièrement par les victimes, qui ne comprennent pas « *qu'une peine prononcée publiquement au nom du peuple français puisse-être transformée dans le secret d'un cabinet* ». ⁹⁴⁷ Malgré les avancées résultant des lois n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité organisée et n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive⁹⁴⁸, la victime n'a pas le statut de partie au procès pénal *post-sententiam*, et les portes de ce dernier lui demeurent fermées.⁹⁴⁹ De fait, si elle a pu être partie à l'instance pénale en se constituant partie civile, elle perd cette qualité une fois la sentence devenue définitive, de sorte qu'elle ne peut intervenir physiquement devant les juridictions de l'application des peines pour faire entendre sa voix, faire valoir ses droits et défendre ses intérêts, alors même que ces dernières peuvent être amenées à prononcer des mesures qui sont susceptible d'avoir une incidence réelle dans son existence. Cette situation, qui nous semble de moins en moins justifiée au regard de la prise en compte croissante des droits et intérêts des victimes tout au long du procès pénal, mais également au regard des principes européens relatifs au droit à un procès équitable⁹⁵⁰, a fait l'objet de nombreux aménagements tendant à améliorer le sort de la victime au stade exécutoire du procès pénal. Ainsi, il peut être rappelé que le législateur a introduit un nouveau juge - le juge délégué

⁹⁴⁵ Art. 712-6 al. 1 et 712-7 al. 2 C. pr. pén.

⁹⁴⁶ S. LAVRIC, « La visioconférence : le procès de demain ? », *AJP* 2007, 464. – F. DEFFERRARD, « Contre la visioconférence », *D.* 2011, point de vue, 2878. V° égal. : Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, *JORF* du 9 nov. 2011, texte 65.

⁹⁴⁷ E. CIOTTI, *Rapport pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines*, juin 2011, 73.

⁹⁴⁸ Aux termes de ces deux textes législatifs, les portes du procès *post-sententiam* se sont très légèrement ouvertes puisque le législateur permet à l'avocat de la victime d'intervenir devant le tribunal de l'application des peines et devant la chambre de l'application des peines lorsque celle-ci statue en appel sur un jugement prononcé par le tribunal de l'application des peines.

⁹⁴⁹ En ce sens : Cass. crim., 15 mars 2006 : *Bull. crim.* n° 81; *AJ pénal* 2006, 267, obs. Herzog-Evans ; *RPDP* 2007, 204, obs. Bouloc. V° not. : R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *ibid.* – *Ibid.*, « Les droits des victimes : état des lieux », *AJP* 2004, 425. – *Ibid.*, « Qui a peur des victimes ? », *AJ pénal* 2004, 434. – G. ROYER, « La victime et la peine », *D.* 2007, I, 1745. – M. GIACOPELLI, « Victimes et application des peines », *RPDP* 2007, 789. – M.-J. BOULAY, « La victime dans le procès pénal », *AJ pénal* 2008, 352. – D. LEMARCHAL, « La victime et son autre », *AJ pénal* 2008, 349. – M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines : en finir avec le déni et l'idéologie », *AJ pénal* 2008, 356.

⁹⁵⁰ V° infra n°...

aux victimes (Judevi)⁹⁵¹ - qui devait remplir un rôle d'interface entre la victime et les juridictions de l'application des peines, mais ce dernier a été supprimé en raison de l'atteinte au principe d'impartialité qu'il engendrait.⁹⁵² Cherchant à améliorer la situation des victimes, le législateur a introduit, à l'occasion de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010⁹⁵³, un article 712-16-1 aux termes duquel « *préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine, les juridictions de l'application des peines prennent en considération les intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de cette décision. [...] Si elles l'estiment opportun, les juridictions de l'application des peines peuvent, avant toute décision, informer la victime ou la partie civile, directement ou par l'intermédiaire de son avocat, qu'elle peut présenter ses observations par écrit dans un délai de quinze jours à compter de la notification de cette information* », lequel vient d'être complété par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011⁹⁵⁴ d'un alinéa 3 disposant que « *ces observations peuvent être adressées à la juridiction par la victime ou la partie civile par tout moyen à leur convenance* ». De fait, alors même qu'elle a pu déclencher le procès pénal, participer à la répression de son agresseur en corroborant l'action publique, qu'elle a pu faire entendre sa voix tout au long de l'instance pénale, la victime se trouve mise à l'écart du processus d'individualisation de la peine, alors même que l'indemnisation de ses préjudices conditionne l'octroi, le maintien, ou le rejet d'une bonne partie des mesures d'aménagement de peine. Comment expliquer l'exclusion de la victime du procès *post-sententiam* ? Mme Herzog-Evans nous semble résumer parfaitement la situation lorsqu'elle explique que « *l'idéologie et le déni conduisent à des demi-mesures complexes dont l'objet est de donner à voir que les choses avancent, mais point trop. C'est que, d'un côté, il n'est plus possible d'ignorer la demande des victimes d'être réellement indemnisées et de voir leur sécurité ainsi que leur tranquillité assurée, ce qui suppose de leur accorder le « respect processuel » qui se doit. Mais d'un autre côté, la crainte ancienne de les voir influencer les magistrats dans un sens systématiquement défavorable aux aménagements de peine contribue à freiner cette reconnaissance. A croire que le juge de l'application des peines serait, au contraire de l'ensemble de ses autres collègues, incapable de trancher dans des situations où la contradiction, les intérêts distincts, voire opposés, existent* ». ⁹⁵⁵

⁹⁵¹ D. n°2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes, *JORF* du 15 nov. 2007, 25345. – S. BOUZIGE, « Le juge délégué aux victimes : Outil de communication ou amélioration du soutien des victimes ? », *AJ pénal* 2008, 361. – C. JAMIN, « Avocats et juge délégué aux victimes : les méfaits de l'État paternel », *D.* 2007, point de vue, 2228.

⁹⁵² CE, 28 déc. 2009 : n° 312314.

⁹⁵³ tendant à amoindrir le risque de récidive et portant diverses dispositions de procédure pénale, *JORF* du 11 mars 2010, 4808.

⁹⁵⁴ sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JORF* du 11 août 2011, 13744.

⁹⁵⁵ M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines : en finir avec le déni et l'idéologie », *ibid.*

263. – En conclusion – Alors que l'ensemble des règles de la répression pénale tend à favoriser la réparation symbolique des victimes d'infractions pénales, la phase d'exécution des peines n'intègre que timidement cette évolution. Elle commence à l'intégrer au fond, puisque nous avons pu constater que la loi impose aux juridictions de l'application des peines de prendre en compte les « *droits* » et « *intérêts* » des victimes dans l'équation pénale du prononcé d'un d'aménagement de peine entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération du condamné à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette dernière. Toutefois, la réparation symbolique des victimes se trouve entravée, d'une part, au stade de la mise à exécution des peines dont on voit bien qu'elle n'intègre pas cette nouvelle donne de l'équation pénale, d'autre part, par l'exclusion de la victime du procès pénal *post-sententiam*. Cette situation ne peut perdurer dès lors que le législateur impose aux juridictions de l'application des peines de prendre en compte les droits et intérêts des victimes dans les décisions qu'elles prennent, ce qui induit, au regard des règles du procès équitable, d'aménager à leur profit un accès effectif au juge.

B – LA NECESSAIRE OUVERTURE DES PORTES DU PROCES *POST-SENTENTIAM* AUX VICTIMES

264. – Une ouverture légitime – Si la doctrine s'inquiète des revendications des victimes concernant la phase d'exécution des peines par le risque de déséquilibre supposé que sa présence devant les juridictions de l'application des peines serait susceptible d'entraîner, nous pensons qu'elles sont au contraire pleinement légitimes au regard de la nécessaire harmonisation des règles de forme aux évolutions du droit substantiel **(1)**. Dès lors que la réparation symbolique des victimes constitue une des finalités assignées à la répression pénale, il est logique que la victime soit intéressée par le devenir de la peine au-delà de son prononcé, surtout que l'individualisation de celle-ci au cours de son exécution peut directement porter atteinte à ses droits et intérêts **(2)**.

1) L'adaptation du droit de l'exécution des peines aux nouvelles finalités de la répression pénale

265. – La réparation des conséquences émotionnelles de l'infraction – Comme nous avons eu l'occasion de le démontrer tout au long de nos développements, le droit pénal poursuit une fonction réparatrice tendant à rétribuer les conséquences émotionnelles de l'infraction. Nous avons pu observer que trois éléments conditionnent la réparation morale de la victime : une juste et précise qualification pénale des faits par le juge ; l'imputation de l'infraction au coupable ; la rétribution du dommage causé par l'infraction par l'application d'une peine dont la sévérité doit

être proportionnée à la gravité de ce dernier. De ce point de vue, le droit pénal substantiel participe fortement à la réparation symbolique de la victime. Il y participe dès la formulation de l'incrimination pénale, il participe encore au stade de la qualification pénale par le juge, il y participe enfin en imposant au juge de prendre en compte les intérêts de la victime au stade de la personnalisation de la peine. La réparation symbolique offerte par le droit pénal substantiel ne devient possible qu'à la condition que les règles de procédure pénale soutiennent cette nouvelle finalité assignée à la répression pénale, ce qui est le cas dans l'instance pénale dès lors que la victime, en se constituant partie civile, dispose de la faculté de déclencher le procès pénal par la mise en mouvement de l'action publique⁹⁵⁶, de corroborer l'action publique tout au long de l'instance en concourant à la manifestation de la vérité, et surtout de discuter la qualification pénale des faits jusque devant la juridiction de jugement. Dès lors, même si le système actuel mériterait encore quelques améliorations, l'on peut constater que les règles de forme soutiennent, dans l'ensemble, la fonction réparatrice du droit pénal à l'égard de la victime, sauf au stade de l'exécution des peines où l'exclusion de la victime contraste avec la logique réparatrice qui anime l'ensemble des règles de forme comme de fond applicables tout au long de l'instance pénale.

266. – Les victimes sont intéressées à la peine parce que la peine s'intéresse aux victimes

– Nous avons démontré que plusieurs arguments conduisent à réfuter l'idée selon laquelle la peine ignore la victime. Qu'il s'agisse en effet de la lettre même de l'article 132-24 du Code pénal, qui ne fait qu'explicitement une pratique judiciaire qui existe depuis la nuit des temps, ou du fait que certains textes d'incrimination fonde le degré de sévérité de la peine encourue sur la gravité du dommage causé à la victime particulière de l'infraction, preuve est faite que la peine n'ignore pas la victime. Non seulement elle ne l'ignore pas, mais en plus elle tend à réparer symboliquement les conséquences émotionnelles de l'infraction, ce qui est logique au regard de la privatisation des incriminations pénales et des qualifications pénales qui en découlent. Par ailleurs, nous avons pu observer qu'au stade exécutoire, plusieurs dispositions phares imposent la conciliation des diverses mesures d'aménagement de peine susceptibles d'être prises par les juridictions pénales doivent concilier les finalités qu'elles poursuivent avec les « *droits* » et « *intérêts* » des victimes. Il nous semble donc parfaitement illusoire de continuer à marteler l'idée selon laquelle la peine n'intéresse que la société, tout simplement parce que l'étude du droit positif démontre que c'est faux. Partant, il est quelque peu curieux que la doctrine s'entête à justifier l'exclusion de la victime de la phase d'exécution des peines en se fondant sur cet argument. Dès lors que la peine

⁹⁵⁶ Ce droit se trouve toutefois plus strictement encadré lorsque la mise en mouvement de l'action publique par la victime résulte d'une plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction. Sur cette question, V° *infra* n°...

s'intéresse à la victime, celle-ci ne peut que légitimement être intéressée par la peine ; une peine prononcée et exécutée en tenant compte de ses intérêts, et qui a vocation à réparer symboliquement son dommage. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que les portes du procès *post-sententiam* doivent être ouvertes à la victime sans réflexion menée sur le rôle qu'elle aurait à y jouer, sur l'intérêt qu'elle pourrait avoir à agir devant les juridictions de l'application des peines, et bien évidemment sans qu'aucune précaution ne soit prise concernant la délimitation nécessaire de ses prérogatives procédurales. Nous disons simplement que l'ouverture du procès *post-sententiam* à la victime s'impose en ce qu'elle n'est que la conséquence logique de l'évolution contemporaine de la privatisation des finalités de la répression pénale, laquelle se traduit, pour ce qui nous intéresse ici, par l'intégration des « *droits* » et « *intérêts* » des victimes dans l'équation pénale du prononcé de la peine, comme de son exécution.

2) La place légitime de la victime dans la phase d'exécution des peines

267. – La place légitime de la victime dans la phase de mise à exécution des peines – La victime peut, à l'heure actuelle, mettre à exécution le volet civil de la décision de condamnation pénale prononcée par la juridiction répressive, mais la lettre même de l'article 707-1 du Code de procédure pénale lui interdit de s'immiscer dans la mise à exécution du volet pénal de cette dernière, réservée pour l'heure au seul ministère public. Serait-il choquant que la victime dispose de la faculté de demander des comptes aux services du ministère public chargés de la mise à exécution des condamnations pénales quant à la mise à exécution du volet pénal de la condamnation prononcée par la juridiction répressive ? Assurément s'exclameront nombre de pénalistes, convaincus que la peine n'intéresse que la société. Nous serions tenté pour notre part de nuancer cette réponse en faisant observer que si la peine est bien prononcée au nom du peuple français, elle tend également à réparer symboliquement le dommage causé à la victime, quand elle ne tend pas de surcroît à garantir l'indemnisation de ses préjudices⁹⁵⁷, de sorte qu'il convient de s'interroger sur la pertinence de tenir cette dernière à l'écart de la phase de mise à exécution des peines. Puisqu'au stade de la mise en mouvement de l'action publique, qui n'a pour finalité que la punition du coupable, le droit positif considère que la victime directe de l'infraction dispose de droits équivalents à ceux du ministère public dans le déclenchement des poursuites pénales, ne faut-il pas avoir le courage de pousser le raisonnement jusqu'à son terme, et considérer que celle-ci, parce qu'elle a le droit de déclencher le procès pénal pour obtenir la sanction de son auteur, doit avoir le droit de s'assurer que la peine qui a été prononcée sur le

⁹⁵⁷ V° infra n°...

fondement d'une action qu'elle a déclenché et/ou corroborer n'est pas demeurée lettre morte. Il n'y a rien dans cette affirmation qui heurte quelque principe que ce soit du droit pénal ou de la procédure pénale. Il n'y a rien dans cette affirmation qui tend à mettre en danger les fondements philosophiques ou juridiques du droit pénal. Il y a dans cette affirmation le souci d'une cohérence qui fait défaut au dispositif actuel qui arrête la logique réparatrice de la répression pénale au prononcé de la peine, alors même que l'effectivité de la réparation symbolique des victimes impose, non le prononcé d'une peine symbolique, mais bien le prononcé d'une peine effective parce que mise à exécution.

268. – La place légitime de la victime dans la phase d'application des peines – La question de la légitimité de la place de la victime dans le procès *post-sententiam* se pose, nous semble-t-il, en termes différents. La question n'est plus celle de la réparation symbolique des victimes qui, par définition, ne saurait dépasser le stade de la mise à exécution de la condamnation pénale, mais davantage celle du respect de ses droits et intérêts par la décision d'aménagement de peine prise par la juridiction de l'application des peines. Toutefois, pour ce qui nous intéresse ici, nous nous contenterons simplement de dire que l'ouverture des portes du procès *post-sententiam* à la victime nous semble incontournable. Elle l'est bien évidemment dans la mesure où la décision d'aménagement de peine intéresse la victime dès lors qu'elle peut porter atteinte à des droits que l'article 707 du Code de procédure pénale impose aux juridictions de l'application de respecter. De fait, si la victime a des droits que le juge doit respecter, il nous semble logique et légitime d'affirmer que celle-ci doit pouvoir justement disposer de disposer en amont d'un droit d'action lui permettant de les faire valoir avant que le juge ne se prononce, d'une part, d'un recours judiciaire lui permettant de s'opposer à une décision qui ne les respecteraient pas, d'autre part. Elle l'est surtout au regard des conséquences émotionnelles que l'aménagement de la peine prononcée par la juridiction de jugement, souvent au terme d'un long et éprouvant parcours judiciaire, peut entraîner. La réparation symbolique de la victime suppose en effet que celle-ci puisse paraître devant le juge qui s'apprête à prendre une décision sur une demande d'aménagement de peine afin de faire entendre sa voix, une voix qui aurait pu parfois se révéler d'une grande utilité si elle avait pu être entendue dans certaines affaires célèbres où des aménagements de peine ont été accordés à de dangereux criminels sur la parole d'experts qui les considéraient réinsérables, et qui ont, comme leurs victimes l'avaient affirmé, rapidement récidivés. Il ne s'agit pas ici de dire que la parole de la victime doit primer sur celle de l'expert, où que son avis devrait peser plus lourdement que celui des autres intervenants à l'exécution de la peine, il s'agit simplement d'attirer l'attention de la doctrine sur le fait que la victime peut avoir

des éléments intéressants à apporter au stade de l'exécution de la peine en vue d'éclairer le juge sur tel ou tel aspect de la personnalité du condamné. Par ailleurs, il est faux de dire que les victimes sont systématiquement hostiles à la libération anticipée de leurs agresseurs, et les premières expériences de médiation post-sententielle menées à la maison d'arrêt de Poissy tendent à le démontrer⁹⁵⁸, mais elles ne peuvent que l'être, à l'instar de l'opinion publique d'ailleurs, lorsque la mesure d'aménagement de peine apparaît de manière très anticipée, au point de réduire le *quantum* de la peine effectivement exécutée à une mesure symbolique, et que celle-ci se fonde principalement sur des considérations de gestion des flux en milieu carcéral. Enfin, il nous semble surtout que l'ouverture des portes du procès *post-sententiam* ne concernerait qu'une infime partie des victimes, celles qui ont subi des actes particulièrement graves et traumatisants. Est-ce donc si problématique, en termes d'organisation judiciaire, que d'accorder une vingtaine de minutes à un être humain, parfois encore en souffrance, lors de l'audience en aménagement de peine, afin d'entendre ce qu'il a dire ? La réponse nous semble dépendre ici de la valeur que l'on accorde à l'être humain.

269. – En conclusion – Les inquiétudes doctrinales relatives au risque de déséquilibre supposé que la présence de la victime dans la phase exécutoire du procès pénal serait susceptible d'entraîner nous semblent infondées et reposit, comme l'explique certains auteurs, sur des dogmes idéologiques témoignant de préjugés portant sur l'incapacité supposée du Jap « *de trancher dans des situations où la contradiction, les intérêts distincts, voire opposés, existent* ». ⁹⁵⁹ La présence de la victime au stade de l'exécution des peines s'impose au regard de la logique réparatrice qui irrigue l'ensemble du droit pénal substantiel et formel contemporain, et à laquelle d'ailleurs la phase d'exécution des peines n'est pas totalement étrangère dès lors que l'indemnisation effective des préjudices de la victime conditionne l'octroi comme le maintien de bon nombre de mesures d'aménagement de peine. Dès lors que la réparation symbolique des victimes constitue une des finalités assignées à la répression pénale, n'est-il pas logique que ces dernières soient intéressées par le devenir de la peine au-delà de son prononcé ? Une réponse positive s'impose, surtout à compter de l'instant où ce sont leurs intérêts subjectifs qui se trouvent protégés au premier plan par les textes d'incrimination ; que le juge doit tenir compte de leurs intérêts au stade du prononcé de la peine ; que la procédure pénale leur offre la possibilité d'être de véritables acteurs de la répression dans l'instance pénale ; que les juridictions de l'application des peines doivent

⁹⁵⁸ V. DANDONNEAU, « Retour sur une expérimentation de la médiation pénale post-sententielle », *AJP* 2011, 225. – E. GARÇON-BONIS, « Vers un droit pénal raisonné ? - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *ibid.*

⁹⁵⁹ M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines : en finir avec le déni et l'idéologie », *ibid.*

tenir compte de leurs droits, et plus largement de leurs intérêts, dans les décisions d'aménagement de peine qu'elles sont amenés à prendre.

270. – Conclusion du paragraphe 2 – L'étude de la privatisation de la fonction cathartique de la peine fait apparaître une césure dans la chaîne pénale mettant en exergue que la réparation symbolique de la victime n'est pour l'heure, pas correctement prise en compte au stade exécutoire du procès pénal. Cette situation n'est pas satisfaisante ce qu'elle ne tient nullement compte de l'exigence sociale contemporaine d'une meilleure intégration des intérêts des victimes dans l'équation pénale, ce dont témoignent certaines initiatives comme l'instauration des BEX, des BAV, des médiations post-sententielles, ou encore l'existence temporaire du Judevi. Force est donc d'admettre que la logique réparatrice qui irrigue l'ensemble du droit pénal substantiel et formel, et à laquelle d'ailleurs la phase d'exécution des peines n'est pas étrangère, impose la reconnaissance de prérogatives procédurales tant au stade de la mise à exécution des peines qu'à celui de l'exécution de la peine proprement dite. Sur ce point, nous avons pu constater qu'il est tout à fait possible, sans bouleverser les fondements de la répression pénale, ni même la philosophie qui anime le droit de la peine - si tant est qu'il y est une - de faire une place à la victime dans la phase d'exécution des peines afin de lui permettre de s'assurer, d'une part, que la peine prononcée est bien mise à exécution lorsqu'elle s'est constituée partie civile dans l'instance pénale, d'autre part, que les mesures d'aménagement de peine prises par les juridictions de l'application des peines ne porte pas atteinte à ses droits ou intérêts, ce qui nous semble pleinement conforme avec les principes directeurs du procès équitable. La prise en compte, pour le moins timide, de la réparation symbolique de la victime par le droit de l'exécution de la peine témoigne de ce que ce dernier demeure entièrement tourné vers le condamné, et néglige encore le sort de l'auteur protagoniste de l'infraction : la victime. La privatisation de la fonction réparatrice du droit pénal commande, à terme, un rééquilibrage des intérêts en présence.

271. – Conclusion de la section 2 – Traditionnellement présentée comme l'outil permettant de rétribuer le dommage causé à la société, la peine publique marque le passage de la justice privée à la justice pénale étatique parce qu'elle est prononcée sur le fondement de l'action publique, ce qui la distingue de la réparation civile prononcée sur le fondement de l'action civile, et n'a donc vocation qu'à intéresser la société. Cette présentation est toutefois dépassée dès lors que la peine n'intéresse plus seulement la société, mais également les victimes dont elle a vocation à compenser symboliquement la souffrance émotionnelle ; souffrance émotionnelle qui ne peut être compensée par la seule allocation d'une indemnité pécuniaire. Le prononcé d'une peine

proportionnée à la gravité des faits s'impose comme l'ombre portée de la déclaration de culpabilité pénale qui marque la reconnaissance d'une dette de réparation morale s'inscrivant tant à l'actif de la société qu'à celui de la victime particulière du fait de la privatisation des qualifications pénales. Cela explique que le législateur fonde directement le degré de sévérité de la peine théoriquement encourue sur la gravité du dommage causé à la victime, dans certains textes d'incrimination, et plus largement, qu'il impose au juge de tenir compte des intérêts de cette dernière lorsqu'il personnalise la peine au stade de son prononcé. L'extension de la fonction cathartique de la peine de la société à la victime particulière de l'infraction s'impose comme une évolution parfaitement visible que le droit de l'exécution des peines n'a pas encore pleinement intégré, ce qui peut s'expliquer par sa jeunesse, mais également par le fait qu'il demeure le dernier bastion où l'idéologie du Mouvement de défense sociale nouvelle conserve une certaine emprise. Ceci explique qu'il soit, pour l'heure, plutôt tourné vers le condamné, n'intégrant que peu les droits et intérêts de la victime - si ce n'est lorsque ceux-ci lui servent justement à jauger de la réinsérabilité du condamné - et qu'il résiste aux mutations que le phénomène de privatisation de la fonction réparatrice du droit pénal imposera tôt ou tard, et qui commencent d'ores et déjà à percer ici ou là.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER.

272. – Les manifestations de la privatisation des fonctions cathartiques de la norme pénale – Parce qu'indemniser n'est pas réparer, le droit pénal substantiel participe à la réparation symbolique des victimes en intégrant dans le texte d'incrimination des éléments matériels ou moraux propres à représenter idéellement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance, permettant ainsi la manifestation de la fonction cathartique de l'interdit pénal au stade de la qualification des faits par le juge, d'une part, et en érigeant les intérêts de cette dernière en critère légal de personnalisation de la peine, d'autre part. La fonction cathartique de la loi pénale, réservée en principe à la société dont elle défend les intérêts, se trouve ainsi étendue aux victimes particulières de l'infraction. Conséquence de la privatisation du contenu des incriminations, l'extension de la fonction cathartique de la norme pénale aux victimes particulières ne soulève pas de réelles difficultés au stade de la définition de l'interdit pénal tant que l'affinage du contenu des textes d'incriminations, comme des échelons de culpabilité pénale, s'harmonise avec les principes éthiques et juridiques du droit répressif. La conséquence directe de la privatisation des qualifications pénales réside également dans l'extension de la fonction cathartique de la peine, qui n'intéresse plus seulement la société, mais aussi les victimes dont elle a vocation à compenser symboliquement la souffrance, soit infligeant au délinquant un mal proportionnel à celui qu'il a fait subir à la victime - ce qui est nécessairement le cas lorsque le législateur fonde l'échelle de sévérité des peines sur la gravité du dommage privé causé à la victime -, soit en imposant au juge de prendre en compte les intérêts de cette dernière lorsqu'il personnalise la peine au stade de son prononcé.

273. – Les résistances à la privatisation des fonctions cathartiques de la loi pénale – Si la réalité de l'existence du phénomène de privatisation des fonctions cathartiques de la norme pénale a pu être vérifiée, la progression de ce dernier se heurte toutefois à des résistances d'ordre idéologique. Si le remodelage du contenu des incriminations au profit des intérêts privés est souvent pointé comme l'une des principales causes de la dérive sécuritaire de la répression pénale, nous avons pu constater que dans la grande majorité des cas le durcissement de la législation pénale ne se fait ni au nom ni dans l'intérêt de la victime singulière, mais au nom et dans l'intérêt de la « *figure fantasmée d'une victime invoquée* »⁹⁶⁰ par le corps social, de sorte que c'est en réalité dans la satisfaction d'exigences sécuritaires exprimées par l'opinion publique que la cause de la dérive sécuritaire du droit pénal doit être recherchée, et non dans une prétendue « victimisation » du

⁹⁶⁰ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, ibid.

droit pénal. D'ailleurs, nous avons même pu observer que le souci d'introduire dans les textes d'incriminations les éléments matériels ou moraux propres à représenter idéellement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance, mais encore fait gagner l'élément matériel de l'infraction en précision, ce qui ne peut qu'être pleinement satisfaisant au regard du respect du principe de légalité des délits et des peines. De la même manière, si les manipulations auxquelles le juge se livre concernant tout autant le contenu des incriminations que celui des règles de procédure pénale pour garantir au plus grand nombre de victimes l'accès au prétoire pénal doivent être condamnées en ce qu'elles représentent une dérive discutable, force est de constater que celles-ci sont relativement rares, tout simplement parce que dans la majorité des cas ce sont des considérations d'intérêt général et de politique criminelle qui motivent ces solutions, et non l'intérêt des particuliers. Au-delà de ces quelques exemples, force est d'admettre que c'est toutefois l'extension de la fonction cathartique de la peine à la victime particulière qui soulève les critiques les plus virulentes et les résistances les plus vigoureuses. Cela s'explique, nous l'avons dit, par la jeunesse du droit de l'exécution des peines, mais surtout par le fait que la matière est largement gouvernée par l'idéologie du Mouvement de défense sociale nouvelle, en d'autres termes, une idéologie qui fait de la peine un outil au service de la réinsertion du condamné. De ce point de vue, l'intégration de la réparation symbolique des victimes dans l'équation pénale au stade de l'exécution des peines ne peut apparaître, pour une grande partie de la doctrine, que comme un facteur de perturbation et de déséquilibre au détriment des intérêts du condamné, ce qui ne nous semble pas être le cas dès lors que les prérogatives de la victime sont strictement encadrées par la loi, et que l'on considère l'ensemble des juges de l'application des peines pour ce qu'ils sont : de véritables magistrats capables de trancher un litige opposant des intérêts contradictoires. L'intégration de la réparation symbolique dans le droit de l'exécution des peines s'inscrit à notre avis dans le sens de l'évolution des aspirations du corps social, et plus largement le sens de l'histoire, de sorte que la levée progressive des obstacles idéologiques qui entravent encore son effectivité nous apparaît, à terme, inévitable.

CHAPITRE DEUXIEME

LA RÉPARATION PATRIMONIALE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LE DROIT PÉNAL

274. – La patrimonialité de la sanction pénale – Aussi loin que remonte les premières manifestations de la *poena*, il peut être observé que lorsqu'elle n'avait pas vocation à faire souffrir le condamné en atteignant ses chairs, elle frappait son patrimoine.⁹⁶¹ Si les châtiments corporels ont disparu de l'arsenal répressif contemporain, il en va tout autrement des sanctions pénales ayant vocation à appauvrir le condamné.⁹⁶² Si la peine publique revêt un caractère patrimonial, il est difficile d'y voir pour autant une quelconque finalité indemnitaire dès lors qu'elle n'a vocation qu'à réparer le dommage causé à la collectivité de manière symbolique. Toutefois, en certaines circonstances particulières, le caractère patrimonial de certaines sanctions pénales les conduit à poursuivre une réelle finalité indemnitaire (**section 1**) qui se trouve aujourd'hui mise au service de la réparation du dommage causé à la victime particulière de l'infraction (**section 2**).

SECTION 1. LE CARACTÈRE PROTÉIFORME DE LA RÉPARATION PÉNALE PATRIMONIALE

275. – De la réparation symbolique à l'indemnisation du dommage – Le droit pénal a en principe vocation à défendre les valeurs sociales de la collectivité, voir les intérêts subjectifs des titulaires de droits. De ce point de vue, il protège des biens juridiques dont la nature ne peut qu'être idéelle. La vie, la propriété ou encore la dignité ne constitue pas des biens corporels, mais des valeurs abstraites qui ne se trouvent lésées que parce que le droit subjectif dont elles ne sont qu'une émanation au plan de l'intérêt général se trouve lésé. De fait, le dommage que l'infraction cause à la collectivité est de nature purement symbolique, ce qui implique que la compensation que la peine publique est censée permettre ne peut être pareillement que de nature symbolique (§.1). *A contrario*, lorsque la norme pénale protège un bien juridique corporel appartenant à la collectivité, le dommage revêt une dimension matérielle que la sanction pénale a vocation à compenser, ce qui induit que, dans cette hypothèse, le peine publique poursuit une finalité indemnitaire (§.2).

⁹⁶¹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n°...

⁹⁶² C. CUTAJAR, « Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ pénal* 2012, 124 ; - « Commentaire des dispositions de droit interne de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », *D.* 2010, I, 2305.

§.1 LE CARACTÈRE SYMBOLIQUE DE LA RÉPARATION PÉNALE PATRIMONIALE

276. – L'absence de finalité indemnitaire fondée sur l'absence de préjudice indemnisable

– Contrairement à la victime qui subit matériellement les conséquences de la lésion de ses intérêts subjectifs pénalement protégés, le dommage causé au corps social ne peut jamais revêtir une quelconque matérialité compte tenu du caractère nécessairement idéal de la valeur sociale que le texte d'incrimination protège dans son intérêt. Ainsi, contrairement à la victime particulière qui subit à la fois un dommage matériel et moral, le corps social ne subit qu'un dommage symbolique appelant une réparation elle-même symbolique. De ce point de vue, le dommage social revêt assurément un caractère idéal (A), qui a en commun avec celui de la victime particulière de résulter de ses conséquences émotionnelles (B).

A – LE CARACTÈRE IDÉEL DU DOMMAGE CAUSE AU CORPS SOCIAL

277. – Une conséquence de la nature idéale de la valeur sociale protégée – Si le dommage résultant de l'infraction ne revêt, pour la grande majorité des infractions relevant du droit pénal commun, aucune matérialité du point de vue du corps social, c'est que la valeur pénalement protégée par le texte d'incrimination n'est rien d'autre qu'un concept idéal (1), ce qui interdit *de facto* d'envisager le dommage résultant de l'action infractionnelle sous un angle patrimonial (2).

1) *Le caractère idéal de la valeur sociale pénalement protégée*

278. – La notion de « valeur sociale » – Aucune notion n'apparaît plus fuyante que celle-ci. En effet, l'expression « valeur sociale » se confond bien souvent dans le discours commun comme doctrinal avec celle de « valeur morale ». Au mieux, il peut être observé que pour la plupart des individus le terme valeur évoque, au moins vaguement, l'idée de « quelque chose d'important dans la vie », tandis que le mot « social » évoque l'idée de société. Les philosophes ont tenté de définir la notion en essayant de répondre à la question : qu'est-ce qu'une valeur sociale ? Ainsi, Jean-Jacques Rousseau, en affirmant que « *quoiqu'il [l'homme] se prive dans cet état [l'état civil] de plusieurs avantages qu'il tient de la nature, il en regagne de si grands... que, si les abus de cette nouvelle condition ne le dégradent souvent au-dessous de celle dont il est sorti, il devrait bénir sans cesse l'instant heureux qui l'en arracha pour jamais et qui, d'un animal stupide et borné, fit un être intelligent et un homme* »⁹⁶³, semble considérer que tout ce qui tient à l'avantage que l'on tire de la vie en société constitue une valeur

⁹⁶³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social/ Discours*, Paris, Union Générale d'Éditions, coll. « 10-18 », 1963, n°89-90.

sociale. Jacques Leclercq s'inscrit également dans le même ordre d'idée en passant au crible de l'analyse les avantages matériels, intellectuels et moraux que la vie en société procure.⁹⁶⁴ Mais ces pistes de réflexion ne nous semblent pas satisfaisantes en ce qu'elles ne sont pas tournées vers la société, mais vers l'individu, ou plus exactement en direction des avantages que ce dernier peut tirer de la vie collective. Or, une telle démarche ne peut satisfaire le juriste en ce qu'elle ne renvoie pas à l'idée d'intérêt général qui irrigue le droit public comme le droit pénal. Or, l'utilisation de l'expression « intérêt général » induit nécessairement qu'au-delà des avantages personnels que tel ou tel individu peut tirer de la vie en société, il existe des avantages qui sont communs à l'ensemble du groupe social, une société ne fonctionnant bien qu'à compter de l'instant où les individus partagent un certain nombre de valeurs en commun, et adhèrent à une même hiérarchie de ces valeurs. Si ce constat ne permet pas de définir avec précision la notion de « valeur sociale », il tend néanmoins les considérer comme les idéaux auxquels les membres d'une société adhèrent et représentent ce qui est estimable et désirable aux yeux de cette dernière à l'instant donné dans un lieu donné. À défaut d'être scientifiquement irréprochable du point de vue de la sociologie, cette ébauche de définition nous semble parfaitement acceptable d'un point de vue juridique en ce qu'elle met en exergue le fait que les valeurs sociales constituent des idéaux communs autour desquels le groupe social se construit et perdure.

279. – Distinction des notions de « valeur sociale » et de « norme sociale » – En principe, il est traditionnellement admis que les valeurs se manifestent concrètement dans les manières de penser et d'agir des individus. Le passage de l'idéal aux faits s'exprime par des normes sociales auxquelles tout un chacun se soumet dans l'intérêt de tous. Par exemple, le respect d'autrui s'impose comme une valeur sociale. Au stade des faits, elle se traduit concrètement par le respect des règles de politesse (norme sociale). L'obéissance à la norme sociale résulte bien évidemment d'une intériorisation des règles et valeurs, lors de la période dite de « *socialisation* », *mais également du rôle joué par des « entrepreneurs de morale »*⁹⁶⁵ qui sont des personnes ou des institutions, qui par leur statut ou leur volonté, instaurent des règles de conduites et les imposent par leur pouvoir symbolique au groupe social. De fait, le respect de la norme sociale se fait tout autant de manière consciente que de manière inconsciente. Au sein de tout groupe humain, l'on trouve toujours une minorité d'individus qui n'adhèrent pas au modèle social proposé, ni au système de valeurs qu'il porte. Or, comme le disait Jean-Paul Sartre, « *le système de valeurs en cours dans une société reflète la*

⁹⁶⁴ J. LECLERCQ, *Leçons de droit naturel. Le fondement du droit et de la société*, 3^e éd., t. 1, Louvain, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1947, 200.

⁹⁶⁵ M. BLAIS, *L'anatomie de la société saine. Les valeurs sociales*, Laval, Fides, 1983, 122-123.

structure de cette société et tend à la conserver». ⁹⁶⁶ Si le groupe social veut survivre, il doit contraindre, par la norme juridique, les individus récalcitrants à respecter le système de valeurs autour duquel la société s'est structurée. La norme sociale se trouve alors "juridicisée" en vue de garantir son effectivité, et lorsque cette norme sociale est engendrée par une valeur sociale dont l'importance est telle que son non-respect met en péril la cohésion du groupe sociale, la norme juridique utilisée pour soutenir l'effectivité de la norme sociale revêt nécessairement une nature pénale. Affirmer que le droit pénal a vocation à protéger les valeurs sociales exprimées par la collectivité, c'est bien évidemment se poser la question des critères permettant de déterminer, parmi toutes les valeurs exprimées par le corps social, celles qui doivent bénéficier de la protection de la norme pénale, et celles qui ne le doivent pas.

280. – La hiérarchisation des valeurs sociales par la norme pénale – L'adage « *Ubi societas, ibi lex* » traduit pleinement l'idée exprimée par Jean-William Lapierre, pour qui « *la plus rudimentaire expérience sociale nous apprend suffisamment que faire partie d'un groupe quelconque implique le respect de certaines règles* ». ⁹⁶⁷ Parce que la norme pénale a tout particulièrement pour fonction de défendre les biens juridiques dont la lésion mettrait en péril la cohésion du groupe social, par l'atteinte qu'elle porterait à une valeur sociale essentielle au maintien de la vie collective, il revient naturellement au législateur de hiérarchiser les valeurs exprimées par le corps social afin d'en identifier celles sans lesquelles la vie en société n'est plus possible. Pour nombre de valeurs, leur identification ne soulève aucune difficulté du fait de leur puissance unificatrice - la vie humaine, la dignité ou encore la propriété – de sorte que leur protection pénale s'impose comme une évidence. Pour d'autres, l'intervention de la loi pénale se justifie le plus souvent pour pallier les insuffisances ou l'inefficacité de la protection offerte par les autres branches du droit. À dire vrai, il n'existe pas, à proprement parler, d'indicateur permettant d'identifier les valeurs sociales devant bénéficier de la protection de la loi pénale. Une telle décision relève d'un ensemble de critères interdépendants et dont l'importance varie selon les époques et le contexte politique, social, économique, etc. En revanche, à compter de l'instant où « *le système de valeurs en cours dans une société reflète la structure de cette société et tend à la conserver* » ⁹⁶⁸, il est somme toute logique de se reporter à la nomenclature du Code pénal pour apprécier la hiérarchisation des valeurs qu'une société retient à un instant donné en un lieu donné. Sur ce point, la nomenclature du Code pénal de 1994 place au premier rang des

⁹⁶⁶ J.-P. SARTRE, « Situations III », in *Matérialisme et révolution*, Gallimard, 1969, 194.

⁹⁶⁷ J.-W. LAPIERRE, *Le pouvoir politique*, 3^e éd., coll. « SUP » section « Initiation philosophique », Paris, PUF, 1969, 7.

⁹⁶⁸ J.-P. SARTRE, « Situations III », in *Matérialisme et révolution*, *ibid.*

priorités de la protection pénale la personne humaine.⁹⁶⁹ Tout au long du livre II du Code pénal, le législateur identifie l'ensemble des comportements susceptibles de porter atteinte à cette personne humaine, et les incrimine spécifiquement en les classant par ordre de gravité. Ainsi, le livre II du Code pénal, intitulé « *Des crimes et délits contre les personnes* », débute par un titre I relatif aux crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine, suivi d'un titre II relatif aux atteintes à la personne humaine, se décomposant lui-même en sept chapitres ayant traités aux atteintes à la vie de la personne, aux atteintes à son intégrité physique ou psychique, à sa mise en danger, aux atteintes à sa liberté, puis à sa dignité, à sa personnalité, pour finir par les atteintes aux mineurs et à la famille. Comme l'écrivait Paul Valéry, les faits « *qui distinguent le plus profondément une époque et qui l'opposent le plus nettement aux époques qui la précèdent et qui la suivent* », écrit Paul Valéry, ce sont précisément les valeurs qu'elle se fixe dans l'ordre des idéaux ; « *de la hiérarchie de ces valeurs dans l'opinion ; de leur pouvoir sur les mœurs et sur les apparences sociales, sur les lois, sur la politique ou sur les arts* ». ⁹⁷⁰

281. – La nature nécessairement idéale des valeurs sociales – Une fois que les contours de la notion de valeur sociale sont cernés, que celle-ci se trouve distinguée de la notion de norme sociale avec laquelle elle se trouve parfois confondue, l'on ne peut que constater le caractère idéal des valeurs sociales pénalement protégées. En effet, la valeur sociale constitue, nous l'avons dit, un idéal commun à un certain nombre d'individus formant un groupe social. Selon le Littré, un idéal peut se définir comme un « *assemblage de perfections dont l'âme se forme l'idée* ». ⁹⁷¹ En d'autres termes, la valeur sociale n'a d'existence que dans l'idée, dans le monde de la pensée. La valeur sociale existe par la volonté d'une pensée commune : celle du corps social. De ce point de vue, la valeur sociale ne constitue pas un bien juridique ordinaire susceptible d'être matériellement altéré ou détruit par un fait quelconque, précisément parce qu'elle ne relève pas du monde de la matière, du domaine des biens juridiques susceptibles de faire l'objet d'une appréciation pécuniaire. La valeur sociale existe au-delà de la matière, et nous nous trouvons alors nécessairement dans un domaine où l'indemnisation que la norme juridique tend à offrir se trouve vidée de tout sens. Comment indemniser ce qui, par définition, n'a aucun prix ? Comment quantifier ce qui n'est pas quantifiable ? Si le droit indemnise les atteintes portées à des biens juridiques incorporels, et qui n'ont donc aucune matérialité, c'est parce que ces derniers ne sont pas pour autant des biens ayant un caractère idéal, ils disposent d'une « valeur » pécuniaire qui

⁹⁶⁹ J.-P. DOUCET, *La protection de la personne humaine*, 4^e éd., préf. A. VITU, Le droit criminel, 2010. – P. COUVRAT, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », RSC 1993, 469.

⁹⁷⁰ P. VALÉRY, *Œuvres*, coll. bibl. de la pléiade, t. I, Gallimard, 1957, 945.

⁹⁷¹ Dictionnaire Littré, V^o idéal.

permet de quantifier l'étendue du dommage résultant de leur perte ou de leur altération, et donc de compenser celle-ci par l'attribution d'un ou plusieurs biens de même nature ou de nature différente à hauteur de la valeur du bien perdu ou endommagé. Tel n'est pas le cas des valeurs sociales, dont le caractère éthérée et la nature même, les placent hors de toute évaluation pécuniaire. Par définition, le dommage résultant de l'atteinte portée à une valeur sociale pénalement protégée ne peut être qu'un dommage idéal.

2) *Le caractère idéal du dommage causé au corps social*

282. – Une conséquence du caractère idéal de la valeur sociale pénalement protégée – À compter de l'instant où l'on constate que le bien juridico-pénal constitue, du point de vue de la collectivité, une valeur sociale dont nous avons pu vérifier qu'elle ne disposait que d'une nature éthérée, il est somme toute logique d'affirmer que la lésion que l'infraction porte à cette valeur sociale ne peut dès lors n'être qu'idéelle, et ne peut, *de facto*, emporter aucune conséquence matérielle. Par exemple, la vie humaine est une valeur sociale pénalement protégée, un concept idéal. De fait, en cas de meurtre, c'est le bien juridique concret (corps humain de la victime) qui se trouve directement et matériellement atteint par l'infraction, pas la valeur sociale. Si celle-ci est atteinte, ce n'est que par ricochet, et l'atteinte en question ne peut revêtir aucune matérialité dans la mesure où la valeur sociale « vie humaine » n'est qu'un concept idéal. Partant, comment un bien juridique de nature idéelle pourrait-il donner naissance à un dommage de nature matérielle ? L'équation est impossible à résoudre parce que cela ne se peut tout simplement. Ceci explique naturellement que la réparation que la peine publique est susceptible d'offrir à la collectivité ne peut qu'être de l'ordre du symbole. De fait, alors même que les juristes ne cessent de mettre en avant le fait que le droit serait une matière gouvernée par la raison, force est de constater que d'autres critères que celui de la raison exerce une influence certaine sur la matière. Nous en voulons pour preuve que la peine publique compense un dommage idéal qui, par définition, ne peut faire l'objet d'aucune évaluation matérielle. Dès lors qu'il ne peut faire l'objet d'aucune évaluation matérielle, deux questions se posent : comment le compenser ? Quel critère utiliser pour déterminer le *quantum* de la compensation ?

283. – La problématique liée à la nature de la compensation du dommage idéal – La problématique relative à la nature de la mesure de réparation susceptible de compenser un dommage de nature idéal semble impossible à résoudre, et explique finalement que les sociétés recourent à des peines dont la nature ne fait que traduire idéellement, à un instant donné, la

valeur morale qu'elles accordent au bien juridique pénalement protégé, ou l'émotion suscitée dans le corps social par l'infraction. Le choix de la nature de la peine publique qui aura vocation à réparer le dommage idéal résultant de l'infraction traduit également leur niveau de conscience ainsi que la manière dont elles perçoivent le délinquant. Ceci explique qu'historiquement, il peut être constaté que plus le niveau de conscience du groupe social s'élève, plus celui-ci sera enclin à recourir à des formes de pénalités plus douces et plus respectueuses de la nature humaine. *A contrario*, moins le niveau de conscience du groupe social est élevé, plus celui-ci sera enclin à recourir à des formes de pénalités extrêmement sévères et cruelles, et qui doivent être qualifiées de barbares. Pour ne prendre en exemple que notre pays, nous pouvons observer que d'un point de vue historique, l'élévation progressive du niveau de conscience générale de la population française a conduit à un adoucissement considérable de la répression pénale⁹⁷², lequel adoucissement s'est traduit notamment par un refoulement des peines portant atteinte à la vie humaine ou à l'intégrité physique de la personne humaine, et dont l'abolition de la peine de mort par la loi n°81-908 du 10 octobre 1981⁹⁷³ constitue le point d'orgue. L'adoucissement général de la répression pénale par le refoulement des peines ayant pour fonction d'atteindre le délinquant dans ses chairs, et qui peut être observé dans un certain nombre de pays⁹⁷⁴, tend à démontrer deux choses. D'une part, que le choix de telle ou telle nature de peine ne relève pas d'un choix influencé par la seule raison, mais bien d'un choix influencé par le souci de rétribuer de manière proportionnée l'émotion que suscite l'infraction, et que la raison tente d'encadrer. D'autre part, que le choix de telle ou telle nature de peine évolue en fonction du niveau de conscience collective de la société dans laquelle celle-ci a vocation à être appliquée. *Quid* de la valeur sociale pénalement protégée ? Si elle joue indéniablement un rôle dans la détermination de la nature de la peine, elle ne semble pas constituer le critère déterminant à partir duquel une société établit son échelle des sanctions pénales encourues. Bien évidemment, plus la valeur que le corps social accorde à telle ou telle valeur sera élevée, plus la peine sera sévère par le niveau de contrainte qu'elle va exercer. Mais, la valeur sociale ne nous semble pas déterminer spécifiquement la nature de la peine envisagée pour compenser le dommage idéal résultant de l'infraction, du moins dans les sociétés ayant atteint un certain niveau de conscience.⁹⁷⁵ Dans tous les cas, nous ferons

⁹⁷² Sur ce point, V° : M.-A. LEGRAND, « La peine de mort et les châtiments corporels appliqués aux criminels; l'opinion des intéressés », *Arch. de l'anthrop. crim.* 1908, t. 28, 689. – B. AUBUSSON DE CAVARLAY, « Hommes, peines et infractions : la légalité de l'inégalité », *L'Année sociologique* 1985, 275.

⁹⁷³ portant abolition de la peine de mort, *JORF* du 10 oct. 1981, 2759. V° égal. : L. const. n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort, *JORF* du 24 févr. 2007, 3355.

⁹⁷⁴ Comme l'atteste le recul progressif de la peine de mort au plan mondial.

⁹⁷⁵ Dans certains pays en effet, l'on continue d'assimiler la nature de la peine publique à la nature de la valeur sociale enfreinte. Ainsi, la peine de mort apparaît comme la peine la mieux adaptée pour réprimer une atteinte à la valeur sociale « vie humaine ».

observer que la peine publique, qu'elle ait vocation à frapper l'individu en le privant de sa liberté, de certains de ces droits, ou encore son patrimoine, ne compense que de manière idéale un dommage qui l'est tout autant, ce que fait d'ailleurs le droit civil lorsqu'il indemnise le dommage moral de la victime au plan de la responsabilité civile.⁹⁷⁶ Or, pour demeurer quelques instants dans le domaine du droit civil, l'on peut se demander si l'argent constitue une réponse adéquate aux souffrances émotionnelles éprouvées par la victime ? Eu égard aux revendications de ces dernières sur la scène pénale, une réponse négative nous semble s'imposer. Au plan pénal, la question se pose en des termes identiques : tel type de peine constitue une réponse adéquate à la gravité idéale du dommage causé au corps social ? Ce que l'on peut constater, c'est que la réponse varie selon les climats, les coutumes, les époques, le contexte économique et social, *etc.* Nous pensons qu'à ce stade, il convient de faire preuve d'humilité, et d'accepter simplement que la détermination de la nature de la peine applicable à telle ou telle infraction ne relève pas de l'application d'un critère scientifique dont le législateur ou les juristes pourraient user pour apprécier du caractère moralement ou juridiquement acceptable de telle ou telle peine, mais de la seule volonté du groupe social.

284. – Le *quantum* de la compensation du dommage idéal – La problématique de la détermination du *quantum* de la peine à appliquer se pose en des termes quasiment identiques que pour celle relative à la détermination de la nature de la peine. S'il ne s'agit plus de savoir si telle ou telle type de peine est susceptible de compenser raisonnablement le dommage causé à la collectivité, il s'agit néanmoins de déterminer le degré de sévérité de cette dernière, autrement dit, de proportionner son *quantum* par rapport à la gravité du dommage causé au corps social du fait de l'infraction.⁹⁷⁷ Naturellement, cette question n'intéresse pas les peines ayant vocation à supprimer littéralement le délinquant, encore que, le souci de rétribuer le dommage peut conduire le corps social à adapter les modalités d'exécution de la peine afin de proportionner idéalement les souffrances du condamné à la gravité du dommage causé au corps social. Concernant les autres types de peines, le *quantum* tend uniquement à permettre au juge de personnaliser la sanction pénale théoriquement encourue par le texte d'incrimination à la gravité idéale du dommage causé au corps social, en usant d'un certain nombre de critères réels tels que le passé pénal de l'auteur de l'infraction, l'étendue du dommage causé à la victime, le *modus operandi* utilisée, *etc.* Ici aussi, à l'instar de ce qui a pu être observé précédemment, nous ferons remarquer que le caractère idéal du dommage que la peine publique a vocation à réparer s'oppose à

⁹⁷⁶ G. RIPERT, « Le prix de la douleur », *ibid.*

⁹⁷⁷ V° *supra* n°...

l'application d'un critère scientifique à partir duquel le caractère « juste » d'une sanction pénale pourrait être objectivement apprécié. Si peine se distingue de la mesure de réparation civile, ce n'est pas par son absence de fonction réparatrice, mais par le fait que sa nature et son *quantum* ne reposent pas sur la mise en œuvre de calculs arithmétiques ou de critères objectifs tenant à l'évaluation pécuniaire ou en nature du bien endommagé ou détruit, mais bien sur l'application de critères subjectifs variant en fonction d'un certain nombre de facteurs sociologiques, historiques, économiques, climatologiques, religieux, *etc.*

285. – En conclusion – Les incriminations pénales ayant vocation à défendre des valeurs sociales par nature idéelles, leur lésion par l'acte infractionnel ne peut entraîner qu'un dommage idéal par définition. Ce que la peine a vocation à compenser - à réparer -, même lorsqu'elle frappe le patrimoine de l'auteur, ce sont les conséquences émotionnelles que l'infraction génère dans le corps social, de sorte que le caractère patrimonial de certaines sanctions pénales n'est pas à mettre en relation avec une quelconque finalité indemnitaire.

B - LE CARACTÈRE SYMBOLIQUE DU DOMMAGE CAUSÉ AU CORPS SOCIAL

286. – La tension émotionnelle résultant de l'infraction – Colère, douleur, stupeur, telle pourrait être la trilogie des émotions susceptibles de caractériser la dimension morale du dommage causé au corps social par l'infraction. La violation de l'interdit pénal conjuguée au spectacle de la souffrance individuelle de la victime provoque une tension dans le corps social que la rétribution du mal causé par l'application d'une peine publique va permettre d'évacuer. Si l'affect constitue le fondement même de la réaction sociale, c'est que le dommage que l'infraction cause au corps social emporte principalement des conséquences émotionnelles **(1)** qui exercent une influence certaine sur les modalités de sa réparation **(2)**.

1) La nature émotionnelle du dommage causé au corps social

287. – L'émotion, fondement de la réaction sociale au crime – Par les interdits qu'elle pose, la norme pénale distingue le bien du mal, et de ce point de vue, fixe les limites d'une morale sociale dont la violation entraîne une réaction qui relève bien davantage du domaine de l'affect que de celui de la raison. C'est bien évidemment le cas pour la victime particulière qui subit matériellement et subjectivement l'infraction, mais également celui du corps social qui est traversé par des émotions telles que la colère, la stupeur, ou encore la douleur. Ces émotions, le corps

social, à l'instar de la victime particulière, doit les évacuer, les décharger. Longtemps, l'émotion suscitée par le crime a légitimé les peines les plus terribles, les châtiments les plus cruels, parce que l'on considérait alors que la souffrance du coupable devait être équivalente, voire supérieure, à celle éprouvée par le corps social pour que celui-ci puisse l'évacuer, et que la paix publique soit ainsi rétablie. Progressivement, la raison est venue limiter, encadrer, et organiser la dureté de la réaction du corps social à l'infraction en imposant de contenir l'émotion.⁹⁷⁸ Sur ce point, il peut être observé que la confrontation entre l'approche intuitiviste et la démarche rationaliste hante aujourd'hui encore le discours pénal, qu'il soit d'origine doctrinale, judiciaire, politique ou médiatique. Bien que l'émotion produit en droit pénal des effets contrastés, celle-ci inspirant tantôt des politiques pénales adoucissant la rigueur de la répression, tantôt des politiques pénales raffermissant la rigueur de la répression, elle irrigue de fait l'ensemble du droit substantiel comme du droit formel. La nature émotionnelle du dommage social renvoie inévitablement au dommage moral que la victime subit du fait de l'infraction pénale, et qui se distingue précisément du dommage matériel en ce qu'il relève du domaine de l'émotion, de l'affect. Nous avons d'ailleurs pu observer que le législateur *via* le texte d'incrimination, ou le juge *via* la qualification pénale des faits dont il se trouve saisi, tendent, par une verbalisation des affects, à évacuer la tension du corps social, et plus récemment, à apaiser la souffrance des victimes particulières.⁹⁷⁹

288. – L'influence croissante de l'émotion dans la réaction sociale contemporaine –

L'analyse des lois pénales votées ces dix dernières années met en lumière une corrélation évidente entre des faits divers ayant engendré une vive émotion dans le corps social, et la réaction quasi immédiate du législateur.⁹⁸⁰ Cela se vérifie bien sur dans le domaine de la lutte contre la récidive. Chacune des cinq lois adoptées par le parlement depuis 2005 a été précédée par une affaire ayant mis en cause un individu déjà condamné. La vague de protestations qu'a suscitée plusieurs affaires de viol a conduit à l'adoption de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 qui élargit la notion de récidive, limite le nombre de sursis, renforce le fichier national des délinquants sexuels, et introduit désormais la mesure de surveillance judiciaire applicable à certains prisonniers après

⁹⁷⁸ R. MICHELI, *L'émotion argumentée. L'abolition de la peine de mort dans le débat parlementaire français*, Cerf, 2010. – C. PLANTIN, « La construction rhétorique des émotions », in *Les Émotions dans les interactions*, C. PLANTIN, M. DOURY, V. TRAVERSO (dir.), Arcis, Presses Universitaires de Lyon, 2000, 50 ; - « L'argumentation dans l'émotion », *Pratiques* 1996, 81.

⁹⁷⁹ Sur cette question du rapport du juge, en l'occurrence des jurés, à l'émotion suscitée par le crime, V° : P. MERCADER, « Représentations de l'humain et de l'inhumain dans l'évaluation d'un crime : le frère, le monstre, le malade », *Bulletin de psychologie* 2007, 433.

⁹⁸⁰ « L'émotion fait la loi : une habitude depuis 2002 », *Le monde*, 22 nov. 2002.

L'exécution de leur peine, notamment grâce au bracelet électronique.⁹⁸¹ De la même manière, l'indignation suscitée par l'affaire Francis Evrard a conduit à l'adaptation de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 introduit la rétention et la surveillance de sûreté, deux mesures permettant l'enfermement pour une durée indéfinie des criminels jugés dangereux à la fin de l'exécution de leur peine dans des centres de rétention de sûreté.⁹⁸² Nous pourrions continuer ainsi à égrener les exemples, tous tendraient à mettre en évidence que l'émotion que suscite le crime, et plus particulièrement les infractions de nature sexuelles, a conduit le législateur à faire adopter une loi, qui est systématiquement présentée comme *la* solution tendant à éviter que l'affaire à l'origine du texte législatif ne se reproduise. Contrairement à ce que l'on pourrait supposer parfois, au regard de la teneur de certains discours, l'importance de l'émotion dans le débat législatif ou judiciaire n'est pas une spécificité de notre temps⁹⁸³, ni une exception culturelle, pour reprendre une formule consacrée. Partout dans le monde, les mêmes causes produisent les mêmes effets, selon le niveau de conscience et le système de valeurs des peuples en question. Globalement, nous avons pu constater sur ces questions que la doctrine française s'intéresse peu au rôle que joue l'émotion dans la réaction sociale, ni même d'ailleurs au rôle que l'émotion peut jouer dans le procès pénal, alors même que, comme le démontre Mme Mercader, « *confrontés à une violence et à des transgressions dont la portée traumatique n'est qu'imparfaitement filtrée par le cadre institutionnel et la mise en scène du procès, chaque juré doit élaborer des mécanismes défensifs ad hoc, et le processus de cette élaboration nous est accessible à travers la façon dont chaque juré se construit sa version de l'histoire, donne sens à la violence dont il est indirectement témoin. [...], s'identifie au prévenu ou à la victime, voire à d'autres personnages, et comment cette identification très affective détermine son appréciation de la situation et des responsabilités en cause* ». ⁹⁸⁴ *A contrario*, nous avons pu observer qu'outre-Manche et outre-Atlantique, de nombreuses publications et ouvrages s'attachent à étudier, tant du point de vue de la victime particulière que du corps social, l'impact des émotions suscitées par le crime sur la législation ou les décisions de

⁹⁸¹ En juin 2005, Nelly Crémel est assassinée par deux hommes dont l'un, Patrick Gateau, est en liberté conditionnelle depuis 2003, après avoir été condamné à la réclusion à perpétuité pour assassinat. A la suite de ce crime, deux nouvelles affaires de viol sont portées à la connaissance du grand public. En septembre 2005, Patrick Trémeau, sorti de prison cinq mois plus tôt après avoir purgé 10 ans de prison – il avait été condamné à 16 ans de réclusion en 1998 –, est arrêté, soupçonné d'avoir violé trois jeunes femmes. Le même mois, Jean-Luc Cayez – condamné deux fois pour viol, puis bénéficiaire de la grâce présidentielle en 2002, est condamné à perpétuité pour le meurtre et le viol d'une jeune femme de 24 ans. En décembre 2005, la loi n°2005-1549 sur la récidive est votée.

⁹⁸² Condamné à vingt-sept ans de réclusion pour violences sexuelles, Francis Evrard sort de prison au bout de dix-huit ans, en juillet 2007. Un mois plus tard, il est accusé d'avoir enlevé, séquestré et violé un enfant de 5 ans, à Roubaix. Alors même que les décrets d'application de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 n'ont pas encore été publiés, Mme Dati défend déjà le principe selon lequel un criminel jugé trop dangereux pourrait être placé en rétention de sûreté après l'exécution de sa peine. Au mois de février 2008, la loi n°2008-174 instituant la rétention et la surveillance de sûreté est votée.

⁹⁸³ F. COLLARD, « De l'émotion de la mort à l'émoi du meurtre. Quelques réflexions sur le sentiment de la mort suspecte à la fin du Moyen-Âge », *Rev. Historique* 2010, 873.

⁹⁸⁴ P. MERCADER, « Représentations de l'humain et de l'inhumain dans l'évaluation d'un crime : le frère, le monstre, le malade », *ibid.*

justice rendues par les juridictions répressives, mais également la manière dont ces émotions modifient favorablement la place de la victime dans le procès pénal⁹⁸⁵, preuve s'il en est que la « victimisation » du droit pénal dénoncée par une majorité d'auteurs n'est pas un phénomène « franco-français ». ⁹⁸⁶ L'émotion est devenue le vecteur de la réaction sociale sous l'impulsion d'une politique législative et jurisprudentielle plus soucieuse des victimes, et cela parce qu'elles constituent la conséquence visible et tangible de l'infraction.

2) *L'influence de la nature émotionnelle du dommage sur les modalités de sa réparation*

289. – Le caractère nécessairement symbolique de la réparation pénale patrimoniale – Malgré sa nature patrimoniale, la réparation pénale résultant du prononcé de sanctions pénales frappant le patrimoine du condamné ne diffère en rien de celle résultant de sanctions pénales privant le condamné de sa liberté ou restreignant l'exercice de certains droits. Dans tous les cas, la peine n'a vocation qu'à réparer symboliquement un dommage idéal dont la gravité ne peut être évaluée par l'application de critères arithmétiques permettant de quantifier l'étendue d'une éventuelle compensation. La compensation du dommage causé au corps social ne peut être qu'une compensation symbolique, précisément parce que les critères permettant d'évaluer sa gravité relève davantage de l'ordre de l'émotion que de l'ordre de la raison. Le dommage causé à la société constitue un dommage de nature morale identique à celui éprouvé par la victime en ce qu'il n'est rien d'autre qu'une manifestation d'ordre émotionnelle de la confrontation d'un ou plusieurs individus au mal. De fait, que la sanction pénale dispose d'un caractère patrimonial ou non n'emporte aucune incidence sur la nature profondément symbolique de la réparation qu'elle est susceptible d'offrir. La patrimonialité de la sanction pénale découle seulement ici de la nature du bien juridique qu'elle a vocation à atteindre, de la nature de la contrainte qu'elle inflige au condamné. Autrement dit, sa patrimonialité s'observe seulement du point de vue du condamné, mais pas de celui du corps social. Les peines frappant le patrimoine du condamné ne poursuivent aucune finalité indemnitaire dans la mesure où elles n'ont vocation qu'à compenser un dommage idéal, extrapatrimonial par nature. L'on ne peut compenser une perte, un dommage, que par l'attribution d'un bien juridique de même nature ou de valeur équivalente lorsqu'il est d'une nature différente. Dans l'hypothèse du dommage causé au corps social, nous avons pu constater que celui-ci dispose d'une nature purement idéale résultant de la nature idéale de la valeur

⁹⁸⁵ A. FLÜCKIGER, R. ROTH, C.-N. ROBERT, *Droit et émotions. Le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Travaux CETEL n° 58, Université de Genève, 2010, 5.

⁹⁸⁶ V° not. : J. MOULY, « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime. I – Définitions et statut*, ibid. – J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », ibid. – X. PIN, « La privatisation du procès pénal », ibid.

sociale lésée par l'infraction. Est-ce à dire alors que la réparation pénale patrimoniale ne serait qu'une modalité de la réparation pénale extrapatrimoniale en ce qu'au lieu d'atteindre les droits du condamné, elle en frappe les biens ? Une réponse positive s'impose assurément pour ce qui concerne les infractions pénales portant atteinte à des biens juridico-pénaux au sein desquels le bien juridique concret érigé en valeur sociale appartient à un titulaire privé. Ainsi, dans l'exemple du meurtre, c'est la victime particulière de l'infraction qui subit matériellement et subjectivement l'infraction. C'est son corps (bien juridique concret) qui se trouve directement atteint par le comportement infractionnel de l'agent. L'atteinte à la vie humaine (valeur sociale) n'est qu'une conséquence de l'altération ou de la destruction du bien juridique concret protégé par le texte d'incrimination. Le dommage du corps social ne peut être ici qu'idéal dans la mesure où c'est la victime particulière de l'infraction qui en subit les effets matériels. Déjà l'on peut pressentir ici la faille dans la construction théorique d'un droit pénal moderne qui place l'État au-dessus des individus, et affirme, au nom de l'intérêt général, que la souffrance de la victime particulière se trouve contenue dans la rétribution publique. Si cette démarche se justifie pleinement en des temps où l'autorité de l'État comme sa légitimité se trouvent menacées, elle ne se justifie certainement plus lorsque la stabilité de l'État ne se trouve plus menacée, et devient même insupportable lorsque ce phénomène se double d'une montée de l'individualisme comme valeur sociale dominante.

290. – L'utilité du caractère patrimonial de la sanction pénale en question – Si les sanctions pénales ayant vocation à atteindre le patrimoine du condamné ne poursuivent aucune finalité indemnitaire vis-à-vis du corps social, l'on peut alors s'interroger sur l'utilité d'attribuer à une peine publique une dimension patrimoniale ? À dire vrai, plusieurs réponses s'offrent à nous. La première tient assurément au fait que l'atteinte au patrimoine constitue une modalité de la rétribution publique, au même titre que la privation de liberté ou la restriction de certains droits, qui permet de graduer la sévérité de la répression pénale. L'atteinte à la liberté ou aux droits d'un individu peuvent constituer, surtout dans une société où la personne humaine se trouve sacralisée, une réponse pénale d'une sévérité disproportionnée par rapport à la gravité du dommage causé à la collectivité. De fait, en présence d'atteinte de faible ou moyenne gravité, l'atteinte au patrimoine suffit à compenser le dommage causé au corps social. Ceci explique par exemple que les contraventions ne puissent faire l'objet d'une peine d'emprisonnement, et toutes se trouvent donc sanctionnées par des peines d'amende. La seconde tient au fait que la nature même du délinquant interdit de lui appliquer une peine privative de liberté. Il en est ainsi naturellement des personnes morales. Dans ce cas, l'atteinte au patrimoine s'impose comme la

seule peine susceptible de pouvoir leur être infligée, et parce que tel est bien le cas, le montant de la sanction pénale se trouve augmentée - jusqu'à cinq fois - par rapport à celui encourue par la personne physique pour la même infraction. La troisième tient au fait que le droit pénal ayant longtemps entretenu avec la religion des rapports très étroits, il en conservé quelques réflexes qui l'incitent souvent à vouloir sanctionner le délinquant par où il a « fauté ». Dans le cas des atteintes aux biens, la peine d'amende comme de confiscation d'ailleurs peuvent se justifier par leur caractère « expiatoire ». Puisque le délinquant s'est enrichi par le biais de ces activités délictueuses, la punition la plus « juste » réside dans l'atteinte portée à son patrimoine. Cette idée n'est d'ailleurs pas spécifique au droit pénal, et dans les récentes propositions de réforme du droit des obligations, l'on peut constater que l'idée de sanctionner l'auteur d'une faute lucrative en le contraignant à restituer intégralement les profits illicites qu'il a tiré de son activité, voire même dans l'hypothèse des dommages-intérêts punitifs à rendre plus que ce qu'il a perçu, fait son chemin. La quatrième tient au fait qu'en prévoyant au sein d'un même texte d'incrimination une peine privative de liberté et une peine d'amende, le législateur tend à garantir le principe de personnalisation de la peine par le juge répressif au stade de son prononcé. Le juge répressif pourra prononcer alternativement ou cumulativement ses peines, adaptant leurs quantum respectifs, en fonction d'un certain nombre de critères, au premier rang desquels figure en principe la gravité du dommage causé à la collectivité.

291. – En conclusion – Le dommage que subit le corps social est purement moral en ce qu'il trouve naissance dans les conséquences émotionnelles de l'infraction, à l'instar de celui de la victime particulière. Contrairement au dommage matériel qui peut être réparé par l'allocation d'une indemnité dont le montant, déterminé par l'utilisation de critères objectifs relevant d'opérations arithmétiques, doit compenser celui des pertes résultant des préjudices causés, le dommage moral, qui revêt une dimension exclusivement émotionnelle, ne peut faire l'objet que d'une réparation symbolique dont la nature et le quantum se trouvent déterminés par l'utilisation de critères nécessairement subjectifs ne relevant pas totalement du domaine de l'ordre ou de la raison. Le caractère patrimonial de la sanction pénale ne poursuit donc ici aucune finalité indemnitaire, mais constitue seulement une modalité de la punition rétribuant de manière symbolique les conséquences émotionnelles de l'infraction.

292. – Conclusion du paragraphe 1 – Bien que revêtant une nature patrimoniale, la sanction pénale ne poursuit aucune finalité indemnitaire dès lors que le dommage qu'elle répare ne revêt pas une nature matérielle. Tel est nécessairement le cas pour le corps social dès lors que le dommage qu'il subit du fait de l'infraction ne peut résider que dans la lésion de la valeur sociale, par nature idéale, pénalement protégée par le texte d'incrimination enfreint. Parce qu'il revêt une nature purement émotionnelle relevant du domaine de l'affect, le dommage causé à la société appelle fort logiquement une réparation pénale morale - à l'instar de la réparation du dommage moral causé à la victime particulière de l'infraction - consistant dans la compensation symbolique du mal subit par le prononcé et l'application d'un mal équivalent à l'auteur par l'autorité étatique compétente. Dans ce contexte, le caractère patrimonial du mal infligé au condamné ne constitue qu'une modalité de la punition rétribuant de manière symbolique les conséquences émotionnelles de l'infraction, et non la quelconque poursuite d'une finalité indemnitaire qui ne peut intéresser que la réparation du dommage matériel.

§.2 LE CARACTÈRE INDEMNITAIRE DE LA RÉPARATION PÉNALE PATRIMONIALE

293. – L'indemnisation du dommage assurée par la sanction pénale – Si la sanction pénale n'a, en principe, vocation à réparer le dommage causé au corps social que de manière symbolique, il peut toutefois être observé qu'aux confins du droit pénal commun, de véritables peines semblent poursuivre une finalité réellement indemnitaire en compensant pécuniairement les conséquences matérielles du dommage causé au corps social **(B)**. Tel est le cas lorsque le bien juridique concret pénalement protégé appartient, non pas à une victime particulière, mais à la collectivité. Il en est ainsi par exemple dans le domaine de la protection pénale du domaine public ou encore de la protection de l'environnement, par exemple **(A)**.

A – LE CARACTÈRE MIXTE DU DOMMAGE CAUSÉ AU CORPS SOCIAL

294. – Un caractère mixte résultant de la nature mixte du bien juridico-pénal – Si le dommage causé au corps social peut revêtir une dimension réellement concrète, c'est précisément parce que le bien juridico-pénal appartient exclusivement à la collectivité, et n'est plus partagé entre la collectivité - titulaire de la valeur sociale - et la victime particulière - titulaire du bien juridique concret **(1)**. Partant, la lésion de ce type de bien emporte nécessairement un dommage mixte - à la fois idéal et matériel - que des sanctions pénales particulières compensent **(2)**.

1) *Le caractère mixte du bien juridico-pénal appartenant exclusivement au corps social*

295. – Le caractère bicéphale du bien juridico-pénal – Comme le démontre Mlle Lacaze dans sa thèse consacrée au concept de bien juridique protégé par le droit pénal, l'objet de la protection pénale n'est pas la loi, mais un bien juridique concret (droit subjectif) qui, à un instant donné, parce qu'il apparaît comme essentiel à la vie collective, se trouve érigée en valeur sociale.⁹⁸⁷ Dans la théorie moderne du droit pénal, le bien juridico-pénal protégé par le texte d'incrimination se limite en principe à la seule valeur sociale, la norme pénale n'ayant pas pour fonction de protéger le bien juridique concret de la victime particulière. En d'autres termes, la valeur sociale éclipse en principe le bien juridique concret. Mais, nous avons pu observer que le droit pénal contemporain se caractérise, notamment, par une réévaluation de l'intérêt subjectif appartenant à un titulaire particulier, en d'autres termes le bien juridique concret, dans l'ordre des valeurs pénalement protégés, de sorte que le bien juridico-pénal revêt, dans la grande majorité des hypothèses, un caractère bicéphale. Dans l'immense majorité des textes d'incriminations, le corps social - titulaire de la valeur sociale - et la personne physique ou morale - titulaire du bien juridique concret - se trouvent être co-titulaires du bien juridico-pénal, de sorte qu'en présence d'une infraction, ils subissent tous deux un dommage. Si celui-ci revêt une nature purement morale pour le corps social - la valeur sociale ayant une nature idéale - il revêt une nature mixte pour la victime particulière qui subit les conséquences émotionnelles et matérielles de la lésion du bien juridique concret atteint par l'infraction.

296. – Le caractère mixte du bien juridico-pénal – En principe, dans la majorité des hypothèses, le titulaire du bien juridique concret protégé par le texte d'incrimination n'est pas le corps social, mais un particulier, personne physique ou morale. Il arrive toutefois dans certaines hypothèses que ce soit le corps social qui se trouve être titulaire du bien juridico-pénal. Dans cette situation, le corps social se retrouve dans la même position que la victime particulière. Il subit un dommage par définition mixte en ce qu'il revêt une dimension morale et matérielle. Plusieurs exemples peuvent illustrer notre propos. Le premier est celui que nous offre la protection pénale de l'environnement.⁹⁸⁸ À l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992, « *l'environnement s'[est] impos[é] en qualité de nouvelle valeur sociale protégée au point de recevoir un début de consécration dans l'article 410-1 du Code pénal qui intègre parmi les intérêts fondamentaux de la nation*

⁹⁸⁷ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, ibid.

⁹⁸⁸ F. CASORLA, *Le droit pénal et l'environnement*, coll. actualité et société, Arnaud Franel, 2012. – R. NÉRAC-CROISIER (dir.), *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2006.

“l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement“». ⁹⁸⁹ Si l'environnement constitue un bien juridique érigée au rang de valeur sociale, il revêt néanmoins un caractère tangible qui peut être altéré, voir détruit, en cas d'atteinte. Or, l'environnement n'appartenant pas à un individu particulier, mais à l'ensemble du groupe social, voire à l'humanité toute entière, le dommage résultant de l'infraction revêt une dimension idéale (atteinte à la valeur sociale) mais également une dimension matérielle (dégradation effective de l'environnement) n'intéressant pas tel ou tel individu en particulier, mais le groupe social occupant l'espace géographique atteint, voire plus largement l'humanité dans la mesure où les conséquences de la dégradation de l'environnement sont susceptibles de s'étendre au-delà des frontières de tel ou tel État. Le deuxième exemple est celui que nous offre la protection pénale du domaine public. L'on sait que l'émergence de l'État a nécessité l'institution d'un régime juridique permettant de protéger un ensemble de biens matériels très diversifiés (propriétés agricoles et forestières, places fortes, canaux et rivières, routes, rivages de la mer, îles, etc.) et de nombreux droits incorporels (droits de mines, de déshérence, d'anoblissement, de péages, de poste, etc.) composant le domaine de la couronne en vue de lutter contre le risque de dilapidation. ⁹⁹⁰ Parce que le domaine public appartient *in fine* à l'ensemble du corps social, en cas d'atteinte, ce n'est pas seulement l'État ou les collectivités territoriales qui sont lésés, mais l'ensemble de la collectivité dont l'État ne constitue qu'une émanation politique.

2) Le caractère mixte du dommage résultant de la lésion du bien juridico-pénal appartenant exclusivement au corps social

297. – Une conséquence de la mixité du bien juridico-pénal atteint par l'infraction – La lésion de la valeur sociale entraîne un dommage de nature idéale, tandis que l'atteinte au bien juridique donne naissance à un dommage de nature concrète, susceptible de pouvoir être évalué et compensé. En pareille situation, le dommage ne réside plus dans la seule lésion abstraite d'une valeur idéale, mais également dans la lésion concrète d'un bien juridique tangible. Le dommage causé au corps social revêt donc ici une dimension « matérielle » que la réparation pénale patrimoniale aura vocation à compenser concrètement. Prenons l'exemple du délit de pollution des eaux par rejet dans l'eau de substances nuisibles réprimé à l'article L. 216-6 alinéa 1^{er} du Code de l'environnement. L'élément matériel de cette infraction réside dans le fait de jeter, déverser ou laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer territoriale, directement ou indirectement, une ou des substances quelconques dont l'action ou la réaction

⁹⁸⁹ P. MISTRETTA, *La responsabilité pénale du délinquant écologique*, thèse, Lyon III, 1998, 5.

⁹⁹⁰ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e édition, coll. L'actualité juridique, Le Moniteur, 2001. – C. GUETTIER, *Droit administratif des biens*, coll. Thémis, PUF, 2008.

entraînent des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou à la faune. Le bien juridique concret protégé par l'incrimination est la préservation de la qualité de l'eau, et des milieux en dépendant. En cas de commission de l'élément matériel, le dommage résulte tout autant de l'altération du milieu aquatique, et de ses conséquences sur la flore ou la faune, que de la lésion de la valeur sociale « environnement ». Prenons un autre exemple. L'article 2132-3 du Code général de la propriété des personnes publiques procède, au premier alinéa, à la codification de l'article 2 de l'ordonnance de la marine d'août 1681. Selon ce texte, « *nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende* ». Or, à la lecture de l'incrimination, l'on peut observer que le bien juridique protégé ici est l'intégrité du domaine public maritime. En cas de commission de l'élément matériel de l'infraction, le dommage résulte ici tout autant de l'altération matérielle de l'intégrité du domaine public maritime que de la lésion de la valeur sociale.

298. – En conclusion – Dès lors que l'ensemble des composantes du bien juridico-pénal appartient à la collectivité, sa lésion n'entraîne plus seulement à son endroit un dommage symbolique, mais également un dommage matériel résultant de l'altération, de la dégradation ou de la destruction du bien juridique concret pénalement protégé dont celle-ci est titulaire. C'est précisément parce que le dommage revêt une nature mixte, à la fois symbolique et matériel, que le caractère patrimonial de certaines sanctions pénales amenées à réprimer ce type de dommage nous semble poursuivre une réelle finalité indemnitaire, à l'instar de la mesure de réparation civile, auxquelles elles empruntent d'ailleurs certaines des caractéristiques.

B – LA FINALITE INDEMNITAIRE DES PEINES REPARANT LE DOMMAGE SOCIAL MIXTE

299. – La fonction indemnitaire de certaines sanctions pénales – Aux confins du droit pénal commun, il est tout à fait possible de rencontrer certaines sanctions pénales qui ont pour particularité de poursuivre une finalité mixte en sanctionnant le coupable, d'une part, mais également en poursuivant l'indemnisation du dommage matériel, d'autre part. Nous prendrons ici deux exemples illustrant ce phénomène : d'une part, celui des contraventions de grande voirie qui ont pour fonction de protéger le domaine public par l'application de peine poursuivant une finalité indemnitaire **(1)**, d'autre part, celui des sanctions fiscales et douanières qui constituent des peines à finalité indemnitaire ayant vocation à réparer le dommage causé au Trésor Public **(2)**.

1) *L'indemnisation des dommages causés au domaine public par les contraventions de grande voirie*

300. – Des infractions pénales particulières – Les contraventions de grandes voiries ont vocation à préserver l'intégrité matérielle de certaines dépendances du domaine public, ainsi que l'usage auquel elles sont affectées⁹⁹¹, ce qui induit qu'en cas de mutation domaniale, la dépendance peut sortir du régime de protection pénale dont elle bénéficiait du fait de son affectation⁹⁹², ce qui fut le cas par exemple des biens publics de France-Télécom, à l'occasion de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996.⁹⁹³ Désireux d'assurer, tant la répression de l'auteur d'une atteinte au domaine public que la réparation du dommage causé à celui-ci, le législateur a institué trois sortes de contraventions de grande voirie susceptibles d'être prononcées alternativement ou cumulativement par le juge administratif : l'amende, l'obligation de réparer le dommage causé au domaine public, et le paiement des frais du procès-verbal. Selon le choix du juge administratif, la contravention de grande voirie pourra avoir une coloration plus ou moins pénale, plus ou moins civile. Le fait que la protection domaniale s'organise autour de deux objectifs de valeur équivalente - la réparation et la répression - pose clairement la problématique de la détermination de la nature juridique des contraventions de grande voirie. Si la coloration répressive de ces dernières interdit de leur attribuer une nature civile, dans la mesure où le principe de réparation intégrale des préjudices s'oppose, en théorie du moins, à toute idée de punition, leur coloration restitutive ne constitue nullement un obstacle à l'attribution d'une éventuelle nature pénale, notamment parce que le droit répressif connaît depuis quelques années déjà de nombreuses hypothèses dans lesquelles la peine revêt, partiellement ou totalement, une finalité réparatrice⁹⁹⁴, ce que le Conseil d'État⁹⁹⁵ et le Conseil Constitutionnel⁹⁹⁶ n'ont d'ailleurs pas manqué de rappeler en reconnaissant qu'il s'agissait de « véritables infractions pénales, mais extérieures à la classification tripartite ». ⁹⁹⁷

⁹⁹¹ J. DUFAU, *Le domaine public*, op. cit., n° 37.

⁹⁹² L. n°96-660 du 26 juil. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JORF* du 27 juill. 1996, 11398.

⁹⁹³ Toutefois, les dispositions de la loi n°96-660 du 26 juill. 1996 n'ont pas abandonné au droit pénal commun la protection des installations de France-Télécom, mais ont instauré un régime spécial codifié aux articles 65 et suivants du Code des Postes et Télécommunication. V° en ce sens : J. DUFAU, *Le domaine public*, op. cit., n°89.

⁹⁹⁴ B. PAILLARD, *La finalité réparatrice de la répression pénale*, ibid. – M. GIACOPPELLI, « Libre propos sur la sanction réparation », *D.* 2007, 1, 551.

⁹⁹⁵ CE, 22, juill. 1987 : *AJDA* 1988, II, 60, note Pretot.

⁹⁹⁶ Cons. Const. n° 87-151 DC du 23 septembre 1987, *JORF* du 26 sept. 1987, 11260.

⁹⁹⁷ S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, 42.

301. – La nature pénale de la réparation prévue par les contraventions de grande voirie –

Il peut paraître curieux d'associer les notions de réparation et de peine, étant entendue *a priori* que la répression se trouve totalement dissociée de la réparation. D'une part, il peut être observé que la peine d'amende se trouve distinguée des mesures de réparation consistant dans le paiement de dommages et intérêts permettant d'assumer les frais de remise en état ; dans l'obligation imposée au contrevenant de réaliser lui-même la remise en état du domaine public ; ou encore dans l'autorisation donnée par le juge à la collectivité d'opérer l'enlèvement des choses ou la démolition des installations et constructions aux frais et risques des contrevenants. D'autre part, la réparation de l'atteinte au domaine public est imprescriptible⁹⁹⁸, alors même que l'action répressive, en vue de la condamnation à une peine d'amende, se prescrit dans un délai d'une année à compter de la date de la commission des faits. Partant, la peine semble bel et bien dissociée, et distinguée, de la réparation. Pourtant, de longue date le caractère mixte des contraventions de grande voirie a été souligné en doctrine.⁹⁹⁹ Celui-ci résulte de ce que l'action répressive conduisant au prononcé de la peine d'amende¹⁰⁰⁰ et l'action domaniale¹⁰⁰¹ conduisant au prononcé de mesures réparatrices sont étroitement liées, au point qu'elles sont indissociables au niveau de l'engagement des poursuites - qui sont obligatoires du fait que les autorités compétentes ne disposent pas de l'opportunité des poursuites¹⁰⁰² - et ne peuvent donc être désolidarisées. De fait, bien que l'on se trouve en présence de deux actions distinctes, l'une tendant à la répression de la contravention de grande voirie, l'autre à la réparation du dommage causé par l'atteinte au domaine public, celles-ci s'exercent systématiquement de manière conjointe. Mais, le fait que les actions répressive et domaniale s'exercent de manière conjointe ne suffit pas, nous semble-t-il, à expliquer le caractère mixte des contraventions de grande voirie, lequel trouve également son fondement dans la nature indemnitaire de la peine d'amende et le caractère punitif des mesures de réparation susceptibles d'être prononcées par le juge administratif.

302. – La dimension indemnitaire de la peine d'amende –

L'une des caractéristiques des contraventions de grande voirie réside dans le fait que leur double finalité est en réalité systématiquement présente, même dans l'hypothèse où la sanction prononcée aurait *a priori* une nature exclusivement répressive ou exclusivement réparatrice. En effet, dans certaines

⁹⁹⁸ CE, 22 déc. 1965, *Cne Thyl* : Rec. CE 1965, 703.

⁹⁹⁹ P. GÉLARD, « Le caractère mixte de la contravention de grande voirie », *AJDA* 1967, 140.

¹⁰⁰⁰ Contrairement à de nombreux auteurs, (V° not. : G. BACHELIER, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, V° Contravention de grande voirie), il nous semble plus que discutable d'identifier l'action tendant au prononcé de la peine d'amende comme étant l'« action publique » visée à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale.

¹⁰⁰¹ J.-M. AUBY, « L'action domaniale », *AJDA* 1983, I, 507.

¹⁰⁰² CE, 21 janv. 1925, *Sté automobiles Bellanger* : Rec. CE, 66. – 15 mars 1961, *Sté dragages Saint-Georges* : Rec. CE, 184.

hypothèses, seule le prononcé d'une peine d'amende peut être demandée.¹⁰⁰³ Si la finalité répressive de l'amende ne saurait être remise en cause, l'on peut toutefois s'interroger sur l'existence de sa finalité indemnitaire ? Dans le cas des atteintes au domaine public, l'aspect émotionnel du dommage causé à la collectivité est extrêmement faible, pour ne pas dire inexistant, sauf dans l'hypothèse de catastrophes écologiques particulièrement destructrices pour l'environnement. Cela tend à dire que c'est davantage l'aspect matériel du dommage causé à la société que la contravention de grande voirie a vocation à compenser, et l'on peut alors s'interroger, eu égard au montant très élevé de l'amende encourue, si celle-ci ne poursuit pas, aux côtés de sa finalité répressive, une finalité indemnitaire sous-jacente ? Le dommage ayant un caractère matériel particulièrement marqué et un caractère moral quasi-inexistant, la réparation pénale ne peut être symbolique, de sorte que le caractère patrimonial de la peine nous semble poursuivre surtout une finalité indemnitaire. La peine d'amende poursuit une finalité double, même si sa fonction répressive domine très largement sur sa fonction indemnitaire. Elle tend naturellement, et prioritairement, à punir l'auteur de l'infraction ayant porté atteinte au domaine public, mais également, et dans une certaine mesure, à indemniser le préjudice patrimonial causé à un bien juridique pénalement protégé dont le titulaire n'est autre que le corps social.

303. – La dimension répressive des mesures de réparation. – Si le juge administratif doit, en principe, obligatoirement prononcer la peine d'amende prévue par le texte dès lors qu'il constate l'infraction, il y a toutefois de nombreuses hypothèses dans lesquelles il se trouvera saisi de la seule action domaniale, l'action répressive étant impossible.¹⁰⁰⁴ Or, parmi les mesures de réparation susceptibles d'être prononcées par le juge administratif, il en est une qui présente un intérêt particulier : la mesure de remise en état.¹⁰⁰⁵ Si les remises en état constituent depuis longtemps une mesure particulièrement appréciées du droit de l'urbanisme¹⁰⁰⁶ ou du droit de l'environnement¹⁰⁰⁷, et que la jurisprudence leur octroyait une nature exclusivement civile¹⁰⁰⁸, leur extension en direction d'autres branches du droit, notamment du droit pénal, leur a fait perdre peu à peu cette nature, et justifie que la chambre criminelle les ait qualifiées à un moment

¹⁰⁰³ V° en ce sens : CE, 26 oct. 1934, *Duhamel* : *Rec. Lebon*, 33. – 29 mai 1974, *Lambert* : *Rec. Lebon*, 329.

¹⁰⁰⁴ Il en est ainsi en cas de prescription de l'action répressive (CE, sect., 26 oct. 1934, *ibid.* – 22 déc. 1965, *ibid.*) ou d'amnistie (CE, 10 janv. 1940, *Rocca* : *Rec. Lebon*, 9. – 22 mars 1961, *Ville de Charleville* : *Rec. Lebon*, 204. – 19 avr. 1972, *Vacher* : *Rec. Lebon*, 298).

⁵ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, *opt. cit.*, n° 194.

¹⁰⁰⁶ F. BOULAN, « Infractions contre la qualité de vie : construction et urbanisme », *RJC* 1992, 596.

¹⁰⁰⁷ J.-F. COUTANT, O. SAVALDOR, « Le développement durable, un défi pour le droit, la remise en état d'un site ayant hébergé une installation classée : la nouvelle donne », *SJ I.* 2008, I, 34. – R. LECOMTE, « La place du principe "polluer-payeur" appliqué à la remise en état », *SJ G.* 2007, I, 13.

¹⁰⁰⁸ Cass. crim., 29 avr. 1970 : *Bull. crim.* n° 149.

de « peine ». ¹⁰⁰⁹ La solution est logique, et nous semble devoir être pleinement justifiée dans la mesure où il ne fait aucun doute, tant pour le Conseil d'État que le Conseil Constitutionnel, que les contraventions de grande voirie constituent des infractions pénales. Par définition, une infraction pénale, dès lors qu'elle est constatée par le juge doit, en principe, être réprimée par le prononcé d'une peine, et non d'une simple mesure de réparation. Dès lors qu'une sanction juridique vient sanctionner une infraction pénale, cette dernière constitue nécessairement une sanction pénale, même si elle poursuit une finalité restitutive, ce qui est le cas de la sanction-réparation par exemple. Pourtant, la chambre criminelle est revenue sur cette jurisprudence et considère, depuis maintenant un vingtaine d'années, que « *les remises en état constituent des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite* ». ¹⁰¹⁰ Cette qualification nous semble guère satisfaisante car si elle permet de dénier aux remises en état un quelconque caractère pénal, elle ne leur octroie pas pour autant une nature civile. Si la cessation de l'illicite est une des fonctions poursuivie par la responsabilité civile ¹⁰¹¹, encore faut-il observer que nous sommes ici dans le domaine du droit administratif pénal, bien loin des considérations de cette dernière. En réalité, cette qualification constitue une habile manœuvre du juge pénal tendant à purger les remises en état de leurs origines civiles pour leur donner une légitimité répressive ¹⁰¹², ce qu'il fait en ne leur attribuant pas expressément une qualification civile, tout en purgeant le mécanisme des principes contraignants du droit pénal, ce qu'il fait en leur déniaient la qualification de peine. Par sa neutralité, la qualification juridique de « *mesure à caractère réel destinée à faire cesser une situation illicite* » induit donc que les remises en état ne sont ni des mesures de réparation civile, ni des peines. Faut-il alors en déduire qu'elles seraient un peu des deux ? Une réponse positive s'impose par le fait que les remises en état sanctionnent ici une infraction pénale, et non un simple fait juridique générateur de dommage.

2) *L'indemnisation des dommages causés au Trésor Public par les sanctions fiscales et douanières*

304. – Les infractions fiscales et douanières : des infractions pénales particulières – Les sanctions fiscales et douanières dispose d'un caractère mixte, à la fois répressif et indemnitaire, de nature à répondre proportionnellement aux manquements constatés et aux préjudices qui en

¹⁰⁰⁹ Cass. crim., 20 janv. 1981 : *RDI* 1981, 533, note Roujou de Boubée..

¹⁰¹⁰ Cass. crim., 8 juin 1989 : *RSC* 1990, 103, note Boulan.

¹⁰¹¹ G. VINEY, « Cessation de l'illicéité et responsabilité civile », in *Liber Amirocum. Mélanges en l'honneur du professeur Giles Goubeaux*, coll. Mélanges, Dalloz-LGDJ, 2009, 547.

¹⁰¹² En ce sens : B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, opt. cit., n°249.

résultent.¹⁰¹³ Pour certains auteurs, « *l'affirmation du caractère réparateur des pénalités fiscales peine à convaincre : le préjudice engendré par la fraude - lorsqu'il apparaît effectivement - consiste essentiellement dans le non-paiement des droits applicables à l'opération douanière ou fiscale, ou encore en l'obtention d'un bénéfice indu. Or, la juridiction répressive peut, et doit ordonner, même en cas de relaxe (fondée par exemple sur la bonne foi de l'agent), et sans aucune faculté de dispense, "le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues", ce qui compense les conséquences dommageables de l'infraction, sans nécessité par conséquent de faire appel à un supplément d'indemnisation qui proviendrait de l'amende* ». ¹⁰¹⁴ Pourtant, comme le fait observer la chambre criminelle de la Cour de cassation, les sanctions fiscales et douanières sont prononcées par un juge judiciaire, qui a le pouvoir de les moduler en tenant compte du préjudice subi par rapport à la valeur de l'objet de fraude concernée, ce qui tend à dire que pour la haute juridiction, le respect du principe de personnalisation des peines est apprécié ici en référence à l'aspect restitutif de la sanction, et à la possibilité d'individualiser cette dernière en fonction du préjudice subi. C'est bien la nature partiellement indemnitaire de l'amende fiscale comme douanière qui permet de fixer le *quantum* de l'amende au tiers de son *minimum* normal, ce qui équivaut à une dispense totale de peine (pour l'aspect répressif), l'intégralité de l'amende servant alors à la réparation. Par ailleurs, il convient de rappeler que la chambre criminelle n'a pas hésité à affirmer, pour justifier la disproportion des amendes fiscales prononcées par le juge répressif, que « *le principe conventionnel de proportionnalité des peines ne peut être invoqué en matière de contributions indirectes, les sanctions ayant le double caractère de peines et de réparations civiles* ». ¹⁰¹⁵ Puisque les sanctions fiscales et douanières poursuivent visiblement une double finalité - mi répressive mi restitutive - « *deux théories peuvent alors être avancées qui, opposées dans leur point de départ, se rejoignent quant à leurs effets : selon la première, ces infractions sont des infractions pénales, mais soumises expressément ou implicitement à des règles spécifiques en raison de la fonction partiellement indemnitaire des pénalités ; selon la seconde conception, il s'agit d'infractions non pénales, mais soumises expressément ou implicitement au droit criminel en raison de la mission partiellement punitive de leurs sanctions. Au total, il apparaît que la loi et la jurisprudence considèrent les infractions douanières et les infractions fiscales relevant du juge répressif comme des infractions pénales d'un genre particulier* ». ¹⁰¹⁶

¹⁰¹³ N. RIAS, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, op. cit., n° 1032. – B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 106-157 et n° 165-183.

¹⁰¹⁴ S. DETRAZ, « Constitutionnalité du minimum légal de l'amende douanière », obs. sous Cass. crim. QPC, 26 janv. 2011 : RJC 2011, 634.

¹⁰¹⁵ Cass. crim., 22 sept. 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 181, obs. Robert. – 28 avr. 1997 : *Bull. crim.* n° 149. – 19 févr. 2003 : *Bull. crim.* n° 43.

¹⁰¹⁶ S. DETRAZ, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », op. cit., 43.

305. – La prééminence du caractère répressif des sanctions fiscales et douanières. – Le nombre important de condamnations pénales prononcées pour fraude chaque année traduit l'importance de l'étendue du dommage causé au Trésor public. Afin que la lutte contre les fraudeurs soit efficace, le législateur permet à l'administration fiscale de sanctionner directement le fraudeur, en se passant notamment de l'intervention du juge.¹⁰¹⁷ Dans cette perspective, la jurisprudence s'est longtemps montrée favorable à une lecture civile des sanctions fiscales et douanières, en dépit de leur forte coloration répressive. L'affirmation au plan européen, dès 1976, que toute sanction ayant un caractère punitif doit être considérée comme relevant de la « *matière pénale* » a conduit le législateur, à l'occasion de la loi n°77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière¹⁰¹⁸, a consacré la prééminence du caractère répressif des sanctions fiscales et douanières sur leur aspect indemnitaire. La Cour de cassation qui, bien qu'ayant consacré très tôt la nature hybride des amendes douanières¹⁰¹⁹, et en dépit d'un arrêt de 1890 dans lequel elle affirmait que l'amende fiscale constituait une peine¹⁰²⁰, a tiré toutes les conséquences de la lecture répressive des sanctions fiscales et douanières au plan procédural en modifiant sa jurisprudence.¹⁰²¹ Ainsi, la Cour de cassation a considéré, par exemple, à propos des sanctions douanières, que l'action exercée à titre principal, en vertu de l'article 434 du Code des douanes, ne peut en aucun cas être assimilée à l'action civile, ce qui induit *a priori* que l'action de l'administration des Douanes serait assimilée à l'action publique. De son côté, le Conseil d'Etat, qui a longtemps dénié aux sanctions fiscales et douanières une quelconque nature répressive, a fini par se résoudre, de manière quelque peu tardive, à modifier également sa jurisprudence en ce sens.¹⁰²² Alors que les contraventions de grande voirie se caractérisent par une nature juridique mixte, les sanctions fiscales et douanières semblent davantage se caractériser par une nature juridique répressive prédominante, ce qui tend à dire que leur nature indemnitaire ne serait finalement qu'accessoire.¹⁰²³

¹⁰¹⁷ Il convient d'observer que plusieurs administrations, ou autorités administratives, se sont vues reconnaître le droit de prononcer des sanctions pécuniaires, l'affaire n'étant portée devant le juge qu'en cas d'appel. Il en est ainsi pour l'administration fiscale (art. 1736 C.G.I.), de l'Autorité des marchés financiers (art. L.621-15 C. M. F.), le Conseil de la concurrence (article L.462-2 du Code de commerce), ou encore la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés qui a été tout récemment considérée comme une juridiction par le Conseil d'Etat (CE, Ord. Réf., 19 févr. 2008, Req. n° 311974, « Société Profil France »). Voir pour des développements sur cette question : R. PERRAY, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL ? », *Rev. Lamy dr. immat.* 2008, 82.

¹⁰¹⁸ *JORF* du 30 déc. 1977, 6279.

¹⁰¹⁹ Cass. crim., 6 juin 1811 : *Bull. crim.* n° 83.

¹⁰²⁰ Cass. crim., 10 déc. 1890 : *D.* 1891, I, 102.

¹⁰²¹ Cass. crim., 13 mai 1997 : *Bull. crim.* n° 104.

¹⁰²² CE, Avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c/ SARL Auto-Industrie Méric* : *Rec. Lebon*, 154.

¹⁰²³ En ce sens : C.-J. BERR, H. TREMEAU, *Le droit douanier communautaire et national*, 7^e éd., coll. Droit des affaires et de l'Entreprise, Série : études et recherche, 2006, *Economica*, n° 896.

306. – La nature indemnitaire accessoire des sanctions fiscales et douanières – L’aspect indemnitaire des sanctions fiscales et douanières a longtemps prévalu sur leur aspect pénal. Ainsi, dès 1911, la Chambre criminelle considérait en matière douanière, par exemple, que « *l’amende encourue par les contrevenants n’est point une peine proprement dite [mais] doit être considérée plutôt comme une réparation du préjudice causé à l’Etat par les effets de la fraude* ». ¹⁰²⁴ Cette solution a été rapidement critiquée par une partie de la doctrine ¹⁰²⁵, arguant, à l’instar de la solution retenue à propos des contraventions de grande voirie, que ces sanctions disposaient en réalité d’une nature juridique mixte, certains auteurs allant même jusqu’à considérer que ces sanctions juridiques n’avaient pour unique finalité que la punition du coupable, ce qui supposait alors de leur reconnaître une nature exclusivement pénale. Pour justifier leur position, ces auteurs considéraient, par exemple, que les sanctions douanières constituaient des peines dont le régime juridique n’est pas dérogoratoire aux principes du droit pénal, à l’exception notable d’une dérogation formelle au principe de personnalité des peines, en s’appuyant notamment sur l’article 377 *bis* du Code des douanes, lequel prévoit qu’en sus des pénalités fiscales, il y a lieu d’ordonner le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues. A l’évidence, ce texte remet en cause le caractère mixte de l’amende douanière en ce qu’il attribue effectivement une finalité purement répressive aux pénalités fiscales, tandis que le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues tiendraient lieu de dommages et intérêts. Reste que si les sanctions fiscales et douanières disposent d’une forte coloration pénale, non seulement leur *quantum* demeure étroitement lié à la gravité du préjudice causé par l’infraction, mais encore les règles du droit civil relatives à la responsabilité pour autrui trouvent-elles à s’appliquer, l’amende douanière pouvant être par exemple prononcée à l’encontre des civilement responsables ¹⁰²⁶, ce qui démontre qu’elles poursuivent bien une finalité indemnitaire qui exerce une influence certaine sur leur régime juridique. Les sanctions fiscales et douanières ne sanctionnent pas seulement une faute, elles ont également vocation à compenser un préjudice, et sur ce point, il peut être observé que le recouvrement de l’amende douanière est soumis aux règles générales des créances fiscales, ce qui induit nécessairement que cette sanction a, au moins partiellement, un caractère civil, le juge répressif disposant de la faculté d’utiliser l’article 464 alinéa 3 du Code de procédure pénale, qui prévoit l’exécution provisoire d’un jugement, nonobstant opposition ou appel, en ce qui concerne les dommages-intérêts auxquels l’amende douanière est assimilée à cet égard.

¹⁰²⁴ Cass. crim., 6 juin 1811 : *ibid.*

¹⁰²⁵ A. CHAVEAU, F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, Paris, 1872, n° 130.

¹⁰²⁶ Cass. crim., 19 janv. 1955 : *Bull. crim.* n° 48.

307. – En conclusion – Force est de constater que certaines sanctions répressives ont vocation, par leur caractère patrimonial, à poursuivre, en complément de leur finalité punitive, une véritable finalité indemnitaire au profit de l'État, que ce soit le cas des contraventions de grande voirie ou des sanctions fiscales et douanières. Alliant punition et indemnisation, ces sanctions offrent une réparation réellement intégrale du dommage causé au corps social par l'acte infractionnel. Par leur aspect punitif, elles poursuivent certaines des finalités classiques de la répression pénale - telles que la rétribution ou l'intimidation par exemple - et participent ainsi à la vigueur normative des incriminations protégeant les intérêts de l'État ; par leur aspect indemnitaire, elles tendent à garantir la réparation du dommage matériel causé aux intérêts de l'État, et donc *in fine* de la collectivité. Reste que la nature mixte de sanctions répressives se situant aux confins du droit pénal commun soulève quelques difficultés en ce qu'elles empruntent, concernant leur régime juridique, tantôt aux règles du droit pénal, tantôt à celles du droit civil, et que la jurisprudence a littéralement purgée certaines d'entre elles - ce qui est le cas des remises en état - de leurs origines pénales, ce qui nous semble guère satisfaisant au regard des exigences européennes.

308. – Conclusion du paragraphe 2 – Si la réparation pénale ne revêt, *a priori*, qu'une dimension symbolique quand elle répare le dommage causé à la collectivité, celui-ci étant par définition abstrait en ce qu'il résulte de la lésion d'une valeur sociale qui, de par sa nature éthérée ne peut emporter aucun préjudice matériel, il arrive toutefois que le caractère symbolique de la réparation pénale cède la place à une véritable indemnisation rapprochant la peine publique de la mesure de réparation civile. Il en est ainsi dans des domaines se situant notamment aux confins du droit pénal commun, et dans lesquels le dommage ne revêt plus seulement une dimension morale ou affective, mais matérielle. Qu'il s'agisse en effet des atteintes à l'environnement, au domaine public ou encore aux droits patrimoniaux du Trésor Public, toutes sans exception appellent une réparation d'ordre patrimonial que le droit pénal, par l'institution de sanctions pénales poursuivant une finalité mixte - à la fois répressive et indemnitaire - a vocation à offrir. Ainsi, bien qu'elle soit *a priori* purement symbolique, la réparation pénale patrimoniale peut, en certaines circonstances, poursuivre une réelle finalité indemnitaire. De ce point de vue, peine et réparation se retrouvent confondues de nouveau au sein d'une sanction juridique unique dont l'importance des pôles répressif et restitutif varie d'une sanction à l'autre. Tantôt la coloration pénale prédomine, tantôt l'aspect restitutif prévaut.

309. – Conclusion de la section 1 – La réparation pénale patrimoniale revêt un caractère protéiforme par le fait qu'elle peut tantôt poursuivre une finalité purement extrapatrimoniale, tantôt une finalité mixte. Selon que le bien juridico-pénal protège des intérêts privés ou seulement des intérêts appartenant exclusivement à la collectivité, le caractère patrimonial de la sanction pénale ne poursuit pas les mêmes finalités. Dans l'hypothèse où le bien juridico-pénal lésé par l'infraction protège des intérêts particuliers, le dommage causé à la collectivité se situe exclusivement dans la lésion de la valeur sociale protégée par le texte d'incrimination - par définition idéale - de sorte que la sanction pénale n'a vocation qu'à le compenser de manière symbolique, à l'instar du dommage moral de la victime particulière. Dans l'hypothèse d'un bien juridico-pénal dont les deux éléments - bien juridique concret et valeur sociale - appartiennent au corps social, le dommage causé à la collectivité revêt alors une dimension morale et matérielle qui donne au caractère patrimonial de la sanction pénale une dimension indemnitaire. C'est ainsi qu'aux confins du droit pénal, notamment dans le domaine de la protection pénale du domaine public comme dans celui des sanctions fiscales et douanières, les atteintes aux intérêts patrimoniaux de l'État se trouvent compenser par de véritables peines poursuivant une finalité mixte, punitive et indemnitaire, ce qui est le cas notamment de l'amende douanière dont le *quantum* demeure étroitement lié à la gravité du préjudice causé par l'infraction. Ce qui est intéressant dans la démonstration de la finalité indemnitaire des sanctions pénales ayant un caractère patrimonial, même si elle porte sur des domaines qui se situent aux confins du droit pénal commun, c'est qu'elle met en lumière la faculté des sanctions pénales à réparer de manière réellement intégrale le dommage résultant de l'infraction, en alliant punition et indemnisation, ce qui explique très certainement l'absorption contemporaine de la réparation civile du dommage privé causé à la victime particulière par la sanction pénale de droit commun.

SECTION 2. LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LA SANCTION PÉNALE

310. – L’indemnisation des préjudices de la victime particulière par la sanction pénale en droit pénal commun – À l’instar de la réparation symbolique à laquelle participe la peine prononcée et exécutée, l’indemnisation du préjudice résultant du prononcé, et de la mise à exécution, des peines revêtant un caractère patrimonial tend à ne plus seulement intéresser la société, mais également la victime particulière de l’infraction. L’extension de la fonction indemnitaire de la sanction pénale à la victime particulière de l’infraction résulte tout autant de l’instauration de mesures pénales susceptibles d’être proposées par le parquet dans le cadre des procédures alternatives aux poursuites (§.1) qu’à propos de la peine de sanction-réparation susceptible d’être prononcée par le juge dans le cadre de l’instance pénale classique (§.2).

§.1 – LA RÉPARATION PATRIMONIALE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LES MESURES PÉNALES

311. – L’infiltration de la réparation civile dans les alternatives aux poursuites – Bien avant de se manifester au sein même de la catégorie des peines, c’est dans le large éventail des mesures pénales susceptibles d’être mises en œuvre par les parquetiers dans le cadre des alternatives aux poursuites que l’infiltration de la réparation civile dans les finalités assignées à la répression pénale s’est exprimée en premier lieu. Si le souci de désintéresser la victime en même temps qu’une réponse pénale est apportée à un acte de délinquance a conduit la pratique parquetière, puis le législateur, à inclure la mesure de réparation civile du dommage parmi les nombreuses mesures pénales susceptibles d’être proposées à l’auteur des faits sur le fondement de l’article 41-1 ou 41-2 du Code de procédure pénale, il peut être observé toutefois que celle-ci apparaît tantôt comme un élément de la réponse pénale (A), tantôt comme une réponse pénale autonome (B).

A – LA RÉPARATION CIVILE ÉRIGÉE EN ÉLÉMENT DE LA RÉPONSE PÉNALE

312. – La finalité mixte de la mesure de composition pénale – *A priori*, la réparation civile s’impose comme un élément de la mesure de composition pénale, ce qui peut sembler curieux au regard du caractère consensuel, voire contractuel¹⁰²⁷, de la composition pénale. Pourtant, il peut être observé qu’en présence d’une victime identifiée, la mesure de réparation civile s’impose, tant au procureur de la République qu’à l’auteur des faits (1). Malgré son caractère obligatoire, la

¹⁰²⁷ En ce sens : Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », note ss Cass. crim., 20 nov. 2007 : D. 2008, II, 1035.

réparation civile s'impose comme un élément de la réponse pénale, et non comme une réponse pénale à l'acte de délinquance dès lors que les dimensions répressive et réparatrice de la mesure de composition pénale sont, en principe, nettement dissociées (2).

1) *Le caractère obligatoire de la mesure de réparation civile*

313. – La place de la mesure de réparation civile dans la composition pénale – Avec la loi n°99-515 du 23 juin 1999, le législateur a introduit à l'article 41-2 du Code de procédure pénale une procédure alternative aux poursuites par laquelle le procureur de la République, « *tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes* ». Le texte vise ainsi dix-sept mesures susceptibles d'être proposées, alternativement ou cumulativement, à l'auteur des faits. Parmi ces dix-sept mesures pénales, dont certaines d'entre elles ne sont rien de moins que de véritables peines dont la nature réelle se trouve travestie, d'une part, par une modification de leur dénomination, d'autre part, une atténuation de certaines de leur caractéristiques en vue de passer le filtre du Conseil Constitutionnel¹⁰²⁸, il doit être observé que la réparation civile du dommage privé causé à la victime n'apparaît nulle part, de sorte que la réponse pénale ne revêt *a priori* aucun caractère mixte en ce qu'elle ne poursuit aucune finalité indemnitaire à l'égard de la victime. Pourtant, la réparation civile apparaît bien comme une composante de la mesure de composition pénale, dès lors que l'alinéa 2 de l'article 41-2 du Code de procédure pénale dispose que « *lorsque la victime est identifiée, et sauf si l'auteur des faits justifie de la réparation du préjudice commis, le procureur de la République doit également proposer à ce dernier de réparer les dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois. Il informe la victime de cette proposition. Cette réparation peut consister, avec l'accord de la victime, en la remise en état d'un bien endommagé par la commission de l'infraction* ». Si elle se trouve distinguée des mesures pénales proprement dites, c'est que la réparation civile ne constitue pas une réponse pénale, mais bien une mesure à caractère civil ayant vocation à désintéresser la victime en compensant son dommage sans que cette dernière n'ait besoin de saisir la juridiction civil ou la juridiction pénale de sa seule action civile.

¹⁰²⁸ Cons. Const. n° 95-360 DC du 2 février 1995, *JORF* du 7 févr. 1995, 2097. V° égal. : J. PRADEL, « D'une loi avortée à un nouveau projet sur l'injonction pénale », *D.* 1995, I, 171. – J. VOLFF, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil Constitutionnel », *D.* 1995, II, 201.

314. – L’obligation faite au parquetier de proposer une mesure de réparation civile – Il résulte de l’alinéa 2 de l’article 41-2 du Code de procédure pénale qu’en présence d’une victime identifiée, la mesure de réparation civile s’impose aux magistrats du parquet. En affirmant que « *le procureur de la République doit* », l’article 41-2 alinéa 2 ne laisse planer aucun doute quant au fait que la mesure de réparation civile s’impose aux magistrats du parquet, dès lors que la victime de l’infraction est identifiée. Ainsi, à l’instar du juge saisi sur le fondement de l’action civile, le procureur de la République doit se prononcer sur le volet civil de la composition pénale. Mais, contrairement à ce dernier, et parce que c’est le parquet qui dispose du pouvoir d’impulsion de la procédure de composition pénale, ce dernier dispose de la faculté de faire à la victime des propositions concernant les modalités de la réparation civile. Contrairement au juge qui se contente de se prononcer sur les prétentions de la partie civile, le procureur est dans une démarche dynamique lui permettant de faire poursuivre à la réparation civile une finalité réadaptatrice ou restaurative. Ainsi, en présence d’un conflit de voisinage par exemple, le parquet pourra proposer à la victime que son dommage soit réparé par une mesure de remise en état du bien endommagé par l’infraction, autrement dit, une mesure de réparation en nature, qui permettra aux parties de renouer le dialogue, ou du moins à l’auteur de prendre conscience du caractère immature ou traumatisant de son acte. À ce stade, il est d’ailleurs particulièrement intéressant de constater que, si la mesure de réparation civile envisagée par le procureur de la République est une réparation en nature, le volet civil de la composition pénale adopte alors les traits de la médiation pénale puisque ce n’est plus, comme dans le volet pénal un accord à deux (parquet/auteur des faits), mais un accord à trois (parquet/victime/auteur des faits) qui doit être ici trouvé, dès lors que dans cette hypothèse, le parquet ne peut proposer une telle mesure à l’auteur des faits qu’à compter de l’instant où il a reçu l’accord de la victime.

315. – L’obligation faite à l’agent d’accepter la mesure de réparation civile – Il peut paraître extrêmement curieux, dans une procédure dont le consensualisme est particulièrement prégnant, d’affirmer que l’auteur des faits serait tenu d’accepter une mesure proposée par le parquet au titre de la composition pénale. Pourtant, il résulte de l’alinéa 6 de l’article 41-2 du Code de procédure pénale que la mesure de composition pénale ne peut être transmise pour validation au président du tribunal qu’à compter de l’instant où « *l’auteur des faits donne son accord aux mesures proposées* », et sur ce point, il peut être observé que le texte ne distingue pas la ou les mesures pénales de la mesure de réparation civile, de sorte que l’accord de l’auteur doit porter *a priori* sur le tout pour que la mesure de composition pénale puisse être transmise pour validation au président du tribunal. Pareillement, nous relèverons que l’alinéa 7 de ce texte dispose que « *si la personne n’accepte*

pas la composition pénale [...] le procureur de la République met en mouvement l'action publique ». Ici aussi, le texte ne distingue pas selon que le refus porte sur l'une ou l'autre des mesures pénales proposées par le parquet au titre du volet répressif de la composition pénale ou s'il porte sur le volet civil de cette dernière. De fait, s'il veut échapper à des poursuites pénales, l'auteur des faits n'a pas seulement intérêt à accepter la ou les mesures pénales proposées par le parquet, il doit également accepter la mesure de réparation civile que le procureur de la République a l'obligation de lui proposer. Au regard des textes précités, il faut convenir qu'*a priori*, en refusant la mesure de réparation civile, l'auteur refuse *de facto* la mesure de composition pénale dans son ensemble, de sorte que sanction et réparation se trouvent intrinsèquement liées dans la mesure de composition pénale.

316. – Le volet civil de la composition pénale s'impose à la victime – À l'instar du parquet et de l'auteur des faits, le volet civil de la composition pénale s'impose à la victime identifiée. Il s'impose tout d'abord en ce qu'elle ne dispose pas de la faculté de faire des propositions. C'est le parquet qui va, au regard des faits et de la nature du dommage, déterminer les modalités de la réparation civile. Le consentement de la victime ne sera requis que dans l'hypothèse où celui-ci envisage une remise en état. S'il opte directement pour l'indemnisation des préjudices, et que l'auteur des faits accepte la mesure, la victime n'a pas son mot à dire, comme en témoigne les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 41-2 du Code de procédure pénale. Ce texte ne faisant nulle part référence au consentement de la victime à la mesure de réparation, il faut en déduire qu'elle s'impose à cette dernière. La solution doit être approuvée dans la mesure où la composition pénale est avant tout une décision sur l'action publique, et la procédure pénale offre d'autres voies à la victime identifiée pour lui permettre d'obtenir l'indemnisation de ces préjudices, comme en témoigne les dispositions de l'alinéa 9 de l'article 41-2 qui permettent à la victime de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel afin qu'il soit statué sur ses seuls intérêts civils.

2) La dissociation des volets civil et pénal de la mesure de composition pénale

317. – La mesure de réparation civile distinguée de la mesure pénale – Dans la mesure de composition pénale, les dimensions répressive et réparatrice de la réponse pénale se trouvent clairement distinguées. À l'instar du jugement sur l'action publique, la mesure de composition pénale comporte un volet purement répressif consistant dans la proposition, l'acceptation et l'exécution de l'une ou plusieurs des mesures pénales visées du 1^o au 17^o de l'alinéa 1^{er} de l'article

41-2 du Code de procédure pénale. Ces mesures pénales constituent, par la finalité punitive qu'elles poursuivent, des sanctions pénales qui n'ont vocation qu'à réparer le dommage social causé à la collectivité, et dont l'exécution entraînera l'extinction de l'action publique. À côté de ce volet purement pénal, la mesure de composition pénale peut, en présence d'une victime identifiée, comporter un volet civil. La présence de ce volet civil interroge dans la mesure où il doit être rappelé qu'il ne figurait pas dans le dispositif initial résultant de la loi n°99-515 du 23 juin 1999, mais fut introduit par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004. Cette solution s'explique par le fait que l'analyse de la pratique parquetière démontrant que la composition pénale était utilisée prioritairement dans des contentieux sans victime ; en présence d'une victime, les magistrats du parquet avaient tendance à recourir au procès pénal classique en déclenchant l'action publique. Il fut donc décidé, afin de promouvoir davantage le dispositif en vue de ventiler plus encore le contentieux pénal, d'introduire la réparation civile au sein de l'article 41-2 pour inciter les parquetiers à recourir à la composition pénale même dans des contentieux avec victime.¹⁰²⁹ Introduire la réparation civile au sein de l'article 41-2, c'est garantir le droit à indemnisation de la victime dans la procédure pénale sans que celle-ci n'ait à exercer l'action civile devant les juridictions répressives ou civiles, de sorte que le déplacement de la réponse pénale en dehors de la mise en œuvre de l'action publique se double d'un déplacement de l'indemnisation des préjudices de la victime en dehors de la mise en œuvre de l'action civile.

318. – La réparation civile dissociée de la composition pénale au stade de son exécution –

Parce que la composition pénale est une décision sur l'action publique, l'inexécution de la mesure de réparation civile ne s'analyse pas en une inexécution de la mesure de composition pénale, ce dont il faut déduire que l'exécution de la mesure de composition pénale résulte de la seule exécution de la ou des mesures pénales proposées par le parquet et acceptées par l'auteur des faits. Parce que la composition pénale constitue une décision sur l'action publique, il est somme toute logique que les effets qu'elle emporte sur cette dernière ne soient que la conséquence de l'exécution ou l'inexécution des mesures pénales proposées par le ministère public, acceptées par l'auteur, et validées par un magistrat du siège. Par ailleurs, ce raisonnement fait écho à celui retenu à l'article 707 du Code de procédure pénale relativement aux décisions de condamnations pénales prononcées par les juridictions répressives : au parquet l'exécution des dispositions pénales prononcées sur le fondement de l'action publique, à la victime celles des dispositions civiles prononcées sur le fondement de l'action civile. Ce n'est ni plus ni moins que la dialectique

¹⁰²⁹ V° not. : J.-F. ZOCCHETTO, *Rapport de la Commission des lois du Sénat n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 2002-2003, 44.

retenue par le législateur au sein de l'article 42-1. Reste que, si la réparation civile ne se confond pas avec la mesure pénale, elle est toutefois partie intégrante de la réponse pénale résultant de la mise en œuvre de la procédure de composition pénale dès lors qu'elle constitue, dans la phase de proposition, « *une condition essentielle de la réussite de la composition pénale* »¹⁰³⁰, le procureur ayant l'obligation de la proposer à l'auteur des faits en présence d'une victime identifiée, et ce dernier ne pouvant la refuser sans faire échouer l'ensemble de la mesure.

319. – En conclusion – Si la réparation civile s'impose, en présence d'une victime identifiée, comme un élément non pénal de la mesure de composition pénale, encore faut-il observer qu'elle s'impose comme un élément obligatoire de cette dernière dès lors que le procureur de la République se trouve dans l'obligation de proposer à l'auteur des faits de réparer le dommage causé à la victime, mais encore que ce dernier ne peut refuser une telle proposition sans compromettre l'ensemble de la composition pénale. Malgré son caractère obligatoire, la réparation civile ne s'impose pas comme une réponse pénale autonome mais plutôt comme un élément de cette dernière, ce que la dissociation des volets répressif et civil de la mesure de composition pénale au stade de son exécution met en exergue. Si la mesure de réparation civile constitue un élément de la réponse pénale, c'est parce que l'acceptation de celle-ci conditionne le succès de la composition pénale au stade de son élaboration ; l'alinéa 7 de l'article 42-1 du Code de procédure pénale, lorsqu'il dispose que « *si la personne n'accepte pas la composition pénale [...], le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau* », ne distinguant pas entre les mesures pénales et civiles susceptibles de composer la mesure de composition pénale. De fait, la réparation civile constitue bien un élément intrinsèque de la réponse pénale dans le cadre de la composition pénale.

B – LA RÉPARATION CIVILE ÉRIGÉE EN RÉPONSE PÉNALE AUTONOME

320. – L'autonomisation de la réparation civile au sein des mesures pénales – Dans certaines hypothèses, la réparation civile s'impose, non pas comme un élément intrinsèque de la réponse pénale, mais comme une réponse pénale autonome. Deux exemples peuvent illustrer ici notre propos, et tous deux sont tirés de l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Le premier est celui que nous offre le classement sans suite sous condition de réparation **(1)**, le second celui que nous offre la médiation pénale **(2)**.

¹⁰³⁰ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, op. cit., n°480.

1) *Le classement sans suite sous condition de réparation du dommage*

321. – La dimension réparatrice de l'article 41-1 du Code de procédure pénale – Ce texte offre aux magistrats du parquet un ensemble de mesures que ces derniers peuvent proposer à l'auteur des faits qui, s'il les accepte, pourra échapper à la mise en œuvre d'une composition pénale ou à l'exercice de poursuites pénales devant les juridictions répressives. La lecture des dispositions de l'article 41-1 du Code de procédure pénale appelle plusieurs observations.¹⁰³¹ La première tient simplement au fait que ce texte fait une large place à la victime en prévoyant tout autant des mesures réparatrices que des mesures protectrices. La seconde tient au fait qu'il tend à garantir tout autant la réparation symbolique des victimes que l'indemnisation de leur préjudices. En effet, il peut être observé qu'en son alinéa 1^{er}, l'article 41-1, avant d'énumérer l'ensemble des mesures pénales susceptibles d'être proposées à l'auteur des faits dispose que « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République [...]* ». Il ne nous semble pas que ce soit réellement la réparation civile du dommage causé à la victime qui se trouve visée ici, mais davantage sa réparation symbolique, du fait qu'une réponse pénale va être apportée à l'acte de délinquance qu'elle a subi. À l'instar de l'article 132-24 du Code pénal qui invite le juge à prendre en considération les intérêts de la victime au stade du prononcé de la peine¹⁰³², l'alinéa 1^{er} de l'article 41-1 du Code de procédure pénale invite les magistrats du parquet à tenir compte de la réparation symbolique de la victime au stade de la détermination de la ou des mesures pénales qu'ils entendent proposer à l'auteur des faits. Cette analyse nous paraît d'autant plus pertinente que la réparation civile du dommage se trouve spécifiquement visée au 4^o de l'alinéa 1^{er} de l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Si la réparation civile est déjà une mesure susceptible d'être

¹⁰³¹ Selon ce texte, les parquets peuvent, s'il leur apparaît « *qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits* », de « 1^o Procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi ; 2^o Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, cette mesure [pouvant] consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, et notamment d'un stage de citoyenneté, d'un stage de responsabilité parentale ou d'un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ; en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l'accomplissement, par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière ; 3^o Demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements ; 4^o Demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci ; 5^o Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime [...] ; 6^o En cas d'infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique [...] ».

¹⁰³² V^o supra n^o...

proposée par le procureur de la République, pour quelle autre raison, sinon le souci de réparer symboliquement la victime, le législateur affirmerait-il que, « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, [...] le procureur de la République peut, [...]* » proposer l'une des mesures visées par le texte ?

322. – La réparation civile comme condition au classement sans suite – La réparation civile du dommage causé à la victime particulière de l'infraction s'impose au 4^o de l'article 41-1 du Code de procédure pénale nécessairement comme une mesure pénale autonome dans la mesure où ce texte ne permet qu'une application alternative des six mesures référencées. Ainsi, lorsque le parquet propose à l'auteur des faits de réparer le dommage causé à la victime, la réparation civile s'impose *de facto* comme la seule mesure constituant ici la réponse pénale qui sera apportée à un acte de délinquance par l'institution judiciaire.¹⁰³³ La réparation civile prend ici une dimension répressive par le fait qu'elle se trouve totalement confondue à la réponse pénale. Elle n'est plus un élément intrinsèque de la réponse pénale, elle est *la* réponse pénale. Partant, la mesure alternative aux poursuites pénales poursuit une finalité indemnitaire qui ne concerne que la victime particulière de l'infraction, et non la collectivité. Or, si les mesures pénales ne peuvent être assimilées à des peines, elles constituent néanmoins à n'en point douter des sanctions pénales en ce qu'elles sont des sanctions juridiques applicables à des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale. En principe, les sanctions pénales n'ont pas vocation, si l'on en croit la présentation traditionnelle qui en est faite, à compenser les préjudices de la victime, mais seulement à réparer le dommage social causé à la collectivité. Pourtant, la mise en œuvre du 4^o de l'article 41-1 du Code de procédure pénale conduit à l'application d'une sanction juridique qui a vocation à s'appliquer à des faits pouvant recevoir une qualification pénale, mais dont la finalité est entièrement tournée vers la réparation patrimoniale du dommage de la victime. De fait, la collectivité accepte de classer une affaire sans suite, au seul motif que le dommage causé à la victime se trouve réparé. Le classement sans suite conditionnel témoigne donc d'une certaine autonomisation de la réparation civile comme mesure alternative aux poursuites, ce qui peut également être observé dans l'hypothèse de la médiation pénale.

¹⁰³³ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, op. cit., n°484.

2) *La mesure de médiation pénale*

323. – Une mesure inspirée de la théorie de la « *restorative justice* » – Selon un courant de pensée d'origine anglo-saxonne, à l'origine d'un mouvement général de création de systèmes alternatifs de règlement des litiges sur lesquels les pays de *Common law* ont su mener une réflexion, et mettre en place des pratiques qui ont fait leur preuve¹⁰³⁴, le règlement du litige pénal ne doit pas seulement conduire à la punition du coupable, mais plus largement à une restauration du lien social rompu par la commission de l'infraction. La justice restaurative invite l'auteur de l'infraction, sa ou ses victimes, ainsi que la collectivité à envisager ensemble, au sein du système de justice pénale, les conséquences et répercussions du crime éprouvé, et à trouver les solutions, équitables pour tous, de sortie du conflit.¹⁰³⁵ Malgré les réticences qu'elle peut susciter en France, le concept de « justice réparatrice » fait son chemin, et la mesure qui en demeure, pour l'instant, la plus emblématique est probablement la médiation pénale.¹⁰³⁶ Celle-ci se trouve consacrée à l'article 41-1, alinéa 1, 5° du Code de procédure pénale¹⁰³⁷, lequel prévoit que le parquet peut « faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime ». Tout l'intérêt de la médiation pénale réside dans le fait de permettre à la victime d'une infraction pénale de participer activement au règlement amiable du litige pénal, et d'obtenir ainsi une réparation complète de son dommage, laquelle inclut naturellement l'indemnisation de ses préjudices, sans avoir à agir en justice, que ce soit au pénal ou au civil.¹⁰³⁸ Il doit être rappelé d'ailleurs que l'introduction des « conciliations pénales » dans l'arsenal procédural répressif français est d'abord « née de la rencontre d'un triste constat sur le fonctionnement et l'efficacité des juridictions

¹⁰³⁴ M.-C. DESDEVISES, « L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique », *RSC* 1993, 45.

¹⁰³⁵ A. GARAPON, D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Seuil, 2006, 67. V° égal. : R. CARIO, *Jeunes délinquants. À la recherche de la socialisation perdue*, 2^e éd., coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000. – *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 3^e éd., coll. Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2006. – *Justice restaurative. Principes et promesses*, 2^e éd., coll. Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2010. – *Victimes : du traumatisme à la restauration*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2002. – R. CARIO, D. SALAS (dir.), *oeuvre de justice et victimes*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2001.

¹⁰³⁶ I. AERTSEN (dir.), *Renouer les liens sociaux. Médiation et justice restaurative en Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, 2004. – R. CARIO, *La médiation pénale : entre répression et réparation*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan 1997. – J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, coll. Trajets, Érés, 1997. – M. JACOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2003. – J.-P. BONAFÉ-SCHIMTT, *La médiation : une justice plus douce*, coll. alternatives sociales, Syros alternatives, 1992. – C. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, 86.

¹⁰³⁷ Ce texte résulte des dispositions de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale pour que la médiation pénale soit consacrée légalement, et introduite tant l'article 41-1 du Code de procédure pénale pour les auteurs majeurs qu'à l'article 12-1 de l'Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante pour les auteurs mineurs, même si dans une telle hypothèse, l'on parlera davantage de médiation-réparation. V° : M. GIACOPELLI, « La médiation en matière pénale en France : l'exemple de la médiation réparation », *RPDP* 2006, 37.

¹⁰³⁸ R. CARIO, « Les victimes et la médiation pénale en France » in *Justice réparatrice et médiation pénale, convergence ou divergence ?*, M. JACOUD (dir.), L'Harmattan, 2003, 55.

pénales »¹⁰³⁹, entre les acteurs judiciaires, principalement les magistrats du parquet et les associations d'aide aux victimes. C'est la perspective de trouver des issues alternatives aux poursuites qui soient susceptibles de répondre, outre aux nécessités sociales, aux besoins exprimés par les victimes, que le recours à la médiation pénale s'est progressivement imposé. Après une première circulaire en date du 7 octobre 1988, qui mentionnait pour la première fois la médiation pénale, ce fut celle du 2 octobre 1992 qui vint définir ce mécanisme nouveau, ainsi que son champ de compétence. Selon ce texte, « *la médiation pénale consiste à rechercher, grâce à l'intervention d'un tiers, une solution librement négociée entre les parties, à un conflit né d'une infraction* ». Son domaine de prédilection est « *les conflits familiaux ; les conflits de voisinage ; et de manière plus générale, les conflits relationnels* ». ¹⁰⁴⁰ À la lecture de ces dispositions, la médiation pénale française se présente bien comme une mesure réparatrice, mais plus encore, comme une mesure restauratrice, confirmant bien son lien de filiation avec les médiations anglo-saxonnes. Si la participation de la victime à l'élaboration de la mesure de médiation pénale participe assurément à sa réparation symbolique, ce qui sera particulièrement vrai lorsqu'elle intervient dans le cadre de conflits familiaux ou de voisinage, elle tend également, et parfois surtout, à favoriser une juste indemnisation des préjudices, ce qui sera le cas lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un contentieux pénal opposant une victime et un auteur qui ne se connaissent pas ou peu. Dans cette dernière hypothèse, la fonction indemnitaire de la mesure de médiation pénale s'impose comme la finalité prééminente de celle-ci dès lors que c'est la réparation patrimoniale du dommage matériel qui est prioritairement recherchée. La médiation pénale, parce qu'elle constitue une réponse pénale tournée vers la victime, et notamment l'indemnisation de ses préjudices, érige toutefois les magistrats du parquet en « *juge de l'indemnisation des petits délits* »¹⁰⁴¹

324. – Le parquet est juge de l'indemnisation des petits délits – Du fait de sa nature, il faut bien admettre qu'en pratique, les choix que le parquet est amené à prendre dans le cadre d'une mesure de médiation pénale dépassent considérablement le champ de ses compétences pour empiéter sur celles du juge. Cela nous semble évident, « *en ce qu'il [le parquet] se prononce entre diverses solutions que lui proposent les parties, explicitement ou par le canal du médiateur* ». ¹⁰⁴² Le procureur de la République se trouve donc dans la même situation que le juge civil lors d'une procédure de conciliation ou de médiation, ce qui a pu faire dire à certains auteurs que le parquet devient, dans

¹⁰³⁹ S. POKORA, « La médiation pénale », *AJ pénal* 2003, 58.

¹⁰⁴⁰ Référence citée par T. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJP* 2011, 216.

¹⁰⁴¹ A. WYWEKENS, « Entre médiation et justice pénale. L'activité judiciaire des maisons de justice du Rhône », *APC* 1997, 91.

¹⁰⁴² J. PRADEL, *Procédure pénale*, 9^e éd., Cujas, 1997, 526.

le cadre de la médiation pénale, mais cela est vrai aussi pour les procédures alternatives aux poursuites dans leur ensemble, le « *juge de l'indemnisation des petits délits* ». En effet, dans la médiation pénale, comme dans les autres mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, c'est au procureur de la République d'apprécier le caractère réel, actuel, direct et personnel du dommage dont prétend souffrir la victime, et d'en évaluer l'étendue, pour approuver ou désapprouver le projet de médiation qui lui est soumis par les parties. C'est là une mission bien incongrue pour celui qui n'est, normalement, que le représentant des intérêts de la société. Sous prétexte de régler à l'amiable les litiges de faibles gravité, l'on admet, sous couvert de consentement, que la partie publique au procès pénal détermine et fixe le sort d'une autre partie : la victime. Bien évidemment l'on nous opposera ici que la médiation pénale est une procédure consensuelle à laquelle l'auteur comme la victime participent et consentent, et que, du point de vue de la victime, la médiation pénale n'ayant pas le caractère d'une transaction civile, au sens des articles 2044 et suivants du Code civil, celle-ci pourra, dans tous les cas, saisir le juge civil afin d'obtenir la réparation intégrale de ses préjudices, dès lors qu'elle ne serait que partiellement assurée par la mesure de médiation pénale. Soit ! Sauf que cette vision de la mesure de médiation pénale nous semble être purement théorique. En pratique, ni l'auteur ni la victime n'ont intérêt à ce que la médiation pénale échoue, quand bien même leurs attentes se situeraient à un niveau autre. Si le refus n'est pas envisageable, c'est qu'à compter de l'instant où la médiation pénale présente un caractère présentenciel « *de nature à sérieusement influencer la décision qui sera finalement rendue* »¹⁰⁴³, il est évident que l'auteur n'accepte cette mesure que pour échapper à la mise en œuvre d'une procédure pénale plus répressive, de sorte que de sérieux doutes planent sur le caractère réellement libre de son consentement. Du côté des victimes, la médiation pénale est bien souvent acceptée faute de mieux, celles-ci comprenant assez rapidement qu'à défaut d'acceptation de leur part, celles-ci devront intenter une action justice longue et coûteuse, dépassant souvent le montant de leur dommage.

325. – En conclusion – À la différence de la composition pénale, les alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale érigent la réparation civile en réponse pénale autonome. Confondant les notions de peine et réparation au sein de mesures poursuivant une finalité mixte, le législateur admet que la réparation civile puisse constituer, parfois, la seule réponse apportée par l'institution judiciaire à un acte de délinquance, et assigne à cette dernière les principales finalités dévolues en principe à la sanction pénale - rétribution, amendement et

¹⁰⁴³ R. CARIO, « Les victimes et la médiation pénale en France » in *Justice réparatrice et médiation pénale, convergences ou divergences ?*, opt. cit., 190.

réinsertion sociale de l'auteur - même si dans l'ordre des priorités, la réparation du dommage causé à la victime s'impose au premier plan, devant la cessation du trouble à l'ordre public ou le reclassement de l'auteur des faits. Si la coloration punitive des alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale est relativement faible, elle n'est pas pour autant inexistante dans la mesure où l'une de ses mesures constituera dans bien des cas la seule réponse pénale apportée à un acte de délinquance de faible gravité, et que son inexécution est susceptible d'entraîner la mise en œuvre d'une procédure pénale aux conséquences plus répressives, telle la composition pénale, la CRPC, et dans certains cas, le renvoi devant la juridiction de jugement.

326. – Conclusion du paragraphe 1 – En mettant en œuvre une procédure alternative aux poursuites le parquet prive la victime de l'infraction de pouvoir se constituer partie civile en vue d'obtenir plus rapidement et facilement l'indemnisation de ces préjudices, de sorte que pour remédier à cette lacune le législateur a cru bon, soit d'inclure la réparation civile du dommage dans la réponse pénale, soit d'ériger celle-ci en réponse pénale autonome. Dans les deux cas, la réponse pénale absorbe la réparation civile du dommage causé à la victime ce qui tend à réactiver l'ancienne confusion existant jadis entre les notions de peine et de réparation. Cela apparaît de manière d'autant plus flagrante lorsque la réparation civile se trouve être la seule réponse apportée par l'institution judiciaire à un acte de délinquance, mais pas seulement. Nous avons pu constater que dans la procédure de composition pénale, en présence d'une victime identifiée, la réparation civile du dommage s'impose comme une mesure que le parquet a l'obligation de proposer à l'auteur des faits, qui à son tour n'a d'autre choix que de l'accepter, sauf à compromettre l'offre de composition pénale. En complétant de manière quasi-automatique les mesures pénales susceptibles d'être retenues par le parquet et acceptées par l'auteur des faits, la réparation civile s'impose comme un élément intrinsèque de la réponse pénale apportée à l'acte de délinquance. Qu'elle soit simplement un élément de la réponse pénale ou qu'elle se trouve érigée en réponse pénale autonome, la réparation civile fait partie du large éventail des mesures offertes au ministère public pour sanctionner un acte de délinquance de faible ou moyenne gravité, de sorte que la réponse pénale aura bien vocation à réparer le dommage causé à la victime particulière de l'infraction.

§.2 – LA RÉPARATION CIVILE DU DOMMAGE ASSURÉE PAR LA SANCTION-RÉPARATION

327. – La pénalisation de l’obligation de réparer le dommage – À l’occasion de la réforme opérée par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007¹⁰⁴⁴, le législateur a institué une nouvelle peine : la sanction-réparation. Cette nouvelle sanction pénale présente un caractère résolument original en ce qu’elle a pour finalité de garantir l’effectivité de la réparation du dommage causé à la victime en menaçant d’une sanction pénale, dont le nature et le *quantum* sont déterminés par la juridiction de jugement au moment du prononcé de la sanction-réparation, l’auteur de l’infraction qui ne procéderait pas, dans des délais et selon des modalités fixées par cette dernière, à la réparation du dommage. De ce point de vue, il peut être observé que la sanction-réparation emporte une pénalisation de l’obligation de réparer de manière effective le dommage causé à la victime particulière **(A)** qui, par voie de conséquence, en érigeant la réparation civile en élément intrinsèque de la sanction pénale **(B)**.

A - LA PÉNALISATION DE L’OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE DE LA VICTIME

328. – La double finalité de la sanction-réparation – En introduisant la sanction-réparation dans l’arsenal répressif mis à disposition du juge, le législateur entendait renforcer l’effectivité de l’obligation de réparer le dommage incombant à l’auteur d’une infraction, et non le droit à réparation des victimes, comme l’on peut parfois l’entendre. De ce point de vue, la sanction-réparation s’inscrit pleinement dans un mouvement de politique criminelle favorable aux victimes, mais également aux auteurs. En effet, en garantissant l’effectivité de l’obligation de réparer le dommage causé à la victime particulière de l’infraction **(1)**, la sanction-réparation ne semble poursuivre qu’une finalité réparatrice qui ne peut, *a priori*, qu’intéresser les seuls intérêts de la victime. Mais, la sanction-réparation figurant au catalogue des peines selon les dispositions de l’article 131-3 du Code pénal, qu’il faut en déduire, conformément aux dispositions de l’article 132-24 du même Code¹⁰⁴⁵, elle poursuit nécessairement une finalité réadaptatrice à l’égard du condamné **(2)**.

¹⁰⁴⁴ relative à la prévention de la délinquance, *JORF* du 7 mars 2007, 4297.

¹⁰⁴⁵ Lequel, rappelons-le, dispose notamment que « *la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l’insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ».

1) *L'effectivité de l'obligation de réparer le dommage assurée par la sanction-réparation*

329. – La sanction pénale au soutien de la réparation du dommage – En disposant que « *la sanction-réparation consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime* », l'article 131-8-1 du Code pénal tend en à garantir l'effectivité de la réparation du dommage causé à la victime particulière de l'infraction. Est-ce à dire que la sanction-réparation soutient l'effectivité d'un droit à valeur constitutionnelle : le droit à réparation ? Une distinction doit être opérée entre le droit à réparation et l'obligation de réparer le dommage. Bien que consacré à l'article 1382 du Code civil ainsi qu'à l'article 2 du Code de procédure pénale, et il peut être observé qu'il n'existait pas de dispositions particulières du droit substantiel de la responsabilité civile dans le bloc de constitutionnalité, et encore moins de dispositions spécifiques au droit à réparation.¹⁰⁴⁶ Par une décision en date du 22 octobre 1982, le Conseil Constitutionnel est venu affirmer, pour la première fois, que « *nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». ¹⁰⁴⁷ Par cette décision, le Conseil Constitutionnel a donné valeur constitutionnelle au droit à réparation - et non au principe fondateur de la responsabilité civile - en protégeant la victime contre toute discrimination dans la mise en œuvre de ce dernier. Si l'on ne peut que se féliciter de ce que les sages de la rue Montpensier ont reconnu au droit à réparation une valeur constitutionnelle, encore faut-il observer qu'il n'y a que celui-ci qui se voit octroyer une telle valeur dans la mesure où, comme l'affirmait le doyen Carbonnier, si « *le droit à dommages et intérêts est un droit fondamental, [...] l'obligation de réparer, non* ». ¹⁰⁴⁸ Il faut donc distinguer entre le droit à réparation, qui s'analyse comme étant le droit à toute personne souffrante d'un dommage d'obtenir des dommages et intérêts en vue de le réparer, et l'obligation de réparer effectivement le dommage causé à autrui, qui demeure hors du champ de la décision du Conseil Constitutionnel de 1982. Or, en pratique, c'est bien l'effectivité de l'indemnisation prononcée par les juridictions répressives, comme civiles d'ailleurs, qui soulève le plus de difficultés, comme en témoigne le contenu même des différents rapports parlementaires ayant précédés l'adoption de la loi n°2007-297 du 5 mars 2007¹⁰⁴⁹, et décourage souvent les victimes d'agir lorsque le montant de

¹⁰⁴⁶ En ce sens : G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle » in *Liber amicorum. Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, 220.

¹⁰⁴⁷ Cons. Const. n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *JORF* du 23 oct. 1982, 3210.

¹⁰⁴⁸ J. DE GUILLENCHMIDT, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit civil », rencontre franco-arménienne du 23 janvier 2007 sur le patrimoine juridique commun, XI^e conférence de la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie, 2007, 5.

¹⁰⁴⁹ En ce sens : E. FORTIS, « Janus et la responsabilité. Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, op. cit., 449.

l'indemnisation n'est pas suffisamment important pour justifier les frais qu'engendre une action en justice, d'une part, mais également ceux résultant des procédures de recouvrement, d'autre part. En disposant que « *la sanction-réparation consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime* », sauf pour ce dernier à s'exposer au prononcé de sanctions pénales - consistant soit dans une peine d'emprisonnement qui ne peut excéder six mois, soit une peine d'amende qui ne peut excéder 15.000 € - l'article 131-8-1 du Code pénal fait de l'obligation de réparer le dommage une obligation pénalement sanctionnée.

330. – La dimension pénale de l'obligation de réparer le dommage – Pour garantir l'effectivité de la réparation du dommage causé à la victime, l'article 131-8-1 du Code pénal prévoit que si le condamné n'exécute pas son obligation d'indemniser la victime dans le délai, et selon des modalités fixés par la juridiction de jugement, celui-ci encourt une sanction pénale dont la nature et le *quantum* sont fixés par la juridiction de jugement au jour du prononcé de la sanction-réparation. Sur ce point, il peut être observé que l'alinéa 5 de l'article 131-8-1 du Code pénal dispose que « *lorsqu'elle prononce la peine de sanction-réparation, la juridiction fixe la durée maximum de l'emprisonnement, qui ne peut excéder six mois, ou le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder 15.000 Euros, dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie dans les conditions prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation. Si le délit n'est puni que d'une peine d'amende, la juridiction ne fixe que le montant de l'amende, qui ne peut excéder 15.000 Euros, qui pourra être mis à exécution. Le président de la juridiction en avertit le condamné après le prononcé de la décision* ». À l'instar de la médiation-réparation prévue pour les mineurs à l'article 12-1 de l'Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante¹⁰⁵⁰, et dont elle ne semble constituer qu'une extension aux majeurs¹⁰⁵¹, la sanction-réparation apparaît comme une manifestation supplémentaire de la fonction supplétoire du droit pénal, ce dernier étant utilisé ici pour venir au soutien de l'effectivité d'une obligation civile, confirmant ainsi la privatisation de la fonction réparatrice de la loi pénale, en l'occurrence celle de la sanction pénale. En sanctionnant par l'application d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende l'inexécution de l'obligation de réparation du dommage, le droit répressif vient, une fois de plus, au renfort du droit civil, dès lors que le dommage trouve sa cause dans une infraction pénale. Reste qu'en garantissant l'effectivité de la réparation civile du dommage de la victime particulière

¹⁰⁵⁰ JORF du 4 févr. 1945, 530. – P. MILBURN, C. BONNEMAIN, V. THOMAS-NETH, *La réparation pénale. Eléments d'analyse de l'application d'une mesure de justice restaurative*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien du GIP, Mission recherche Droit et Justice, 2001.

¹⁰⁵¹ En ce sens : M. GIACOPELLI, « Libre propos sur la sanction-réparation », *ibid.*

de l'infraction, il doit être observé que la sanction-réparation réactive la confusion entre les responsabilités pénale et civile, dès lors que « *le coupable d'une faute pénale n'est pas traité autrement que l'auteur d'une simple faute civile* »¹⁰⁵², mais encore conduit-elle dans une certaine mesure à confondre les finalités de l'action publique et de l'action civile, dès lors que sera prononcée par la juridiction de jugement, sur le fondement de la première une peine poursuivant les finalités de la seconde. La confusion se trouve renforcée, nous semble-t-il, par le fait que l'article R. 131-45 du Code pénal prévoit que, « *dès que la condamnation est exécutoire, la personne condamnée à la peine de sanction-réparation est informée par le procureur de la République ou par son délégué qu'elle doit lui adresser, au plus tard à l'expiration du délai fixé pour indemniser la victime ou procéder à la remise en état des lieux, la justification qu'il a été procédé à cette indemnisation ou à cette remise en état. Si l'indemnisation se fait en plusieurs fois selon des modalités fixées par la juridiction, la justification doit intervenir pour chaque versement, sauf décision contraire du procureur ou de son délégué. Lorsque la réparation s'exécute en nature et consiste en une remise en état des lieux, ou en cas de retard dans l'indemnisation de la victime, le délégué du procureur peut convoquer le condamné, le cas échéant avec la partie civile, afin de faciliter l'exécution de la peine ou d'en vérifier l'exécution* ». Non seulement, le texte réglementaire vise la "partie civile", ce qui paraît contestable car l'article 131-8-1 n'évoque que la "victime", mais encore érige-t-il le procureur de la République ou ses services en agents de contrôle de l'effectivité de l'indemnisation du dommage de la victime particulière. Si cette mission est parfaitement logique dans la mesure où la sanction-réparation constitue une peine, de sorte qu'il revient au ministère public, sur le fondement de l'article 707-1 du Code de procédure pénale d'en assurer la mise à exécution, il est pour le moins choquant, au regard des difficultés auxquelles se heurtent les parquetiers dans le suivi et la gestion de la mise à exécution des peines, que le législateur monopolise des moyens humains et matériels pour veiller à l'indemnisation effective des dommages des particuliers. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que la sanction-réparatrice vient finalement compéter un ensemble de mécanisme ayant déjà vocation à garantir l'effectivité de la réparation du dommage.

331. – L'utilité de la sanction-réparation – Si les finalités assignées à la peine n'ont cessé de croître depuis la fin du XVIII^e siècle - au point d'ailleurs que celle-ci soit devenue un « *mécanisme embarrassé de vives contradictions* »¹⁰⁵³ - l'introduction de la sanction-réparation par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 complète les nombreux dispositifs tendant à utiliser le droit pénal comme un instrument de garantie de l'effectivité de l'indemnisation des victimes. De nombreux dispositifs pénaux poursuivent comme finalité d'imposer au condamné d'indemniser effectivement sa

¹⁰⁵² P. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude 7.

¹⁰⁵³ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, opt. cit., n°29.

victime, que ce soit dans le cadre de mesures alternatives aux poursuites - médiation pénale, composition pénale, par exemple - au stade de l'instance pénale classique - ajournement et dispense de peine ; aménagement des peines restrictives de liberté ou privatives de liberté lors de leur prononcé en usant de mesures telles que le sursis avec mise à l'épreuve – ou au cours de leur exécution, l'aménagement de la peine étant très souvent conditionnée par l'indemnisation effective de la victime.¹⁰⁵⁴ En outre, l'efficacité de ces mécanismes se trouve renforcée par d'autres dispositifs ayant vocation à garantir l'indemnisation effective des victimes d'infraction pénale en actionnant tantôt le levier du droit des assurances, tantôt celui de la solidarité nationale. C'est principalement par l'utilisation de ce second levier que l'effectivité de l'indemnisation des dommages subis par les victimes d'infraction pénale s'est accrue, comme en témoigne les dispositions de la loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines.¹⁰⁵⁵ Cette loi nous intéresse ici en ce qu'elle prévoit notamment que « *toute personne physique qui, s'étant constituée partie civile, a bénéficié d'une décision définitive lui accordant des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction pénale [...] peut solliciter une aide au recouvrement de ces dommages et intérêts ainsi que des sommes allouées en application des articles 375 ou 475-1* »¹⁰⁵⁶ et ce, même si l'auteur de l'infraction fait l'objet d'une obligation d'indemnisation dans le cadre d'une peine de sanction-réparation, d'un sursis avec mise à l'épreuve, d'une décision d'aménagement de peine ou d'une libération conditionnelle. Si l'introduction de la sanction-réparation s'inscrit donc dans une politique pénale favorable aux droits des victimes, elle témoigne surtout de l'intérêt croissant que le droit répressif porte à la réparation des victimes. Comment expliquer la profusion de ces mécanismes indemnitaires en droit pénal, et en périphérie de ce dernier ? Faut-il réellement voir dans ce fatras de dispositions législatives et réglementaires la manifestation d'un déplacement du centre de gravité du droit pénal vers les victimes ? Il nous semble qu'une réponse plus nuancée s'impose dans la mesure où l'introduction de la sanction-réparation s'impose comme une manifestation supplémentaire de ce que la réparation du dommage constitue aujourd'hui un véritable outil de réinsertion sociale.

¹⁰⁵⁴ Les articles D. 320-1 à D. 320-3 du Code de procédure pénale prévoient d'ailleurs la possibilité d'effectuer des prélèvements obligatoires sur le compte du détenu en vue d'indemniser la victime.

¹⁰⁵⁵ *JORF* du 2 juillet 2008, 10610.

¹⁰⁵⁶ Art. 706-15-1 C. proc. pén.

2) *La réinsertion de l'auteur de l'infraction recherchée par la sanction-réparation*

332. – La réinsertion sociale recherchée par la réparation effective du dommage – Il résulte des dispositions de l'article 132-24 du Code pénal que la peine prononcée par la juridiction de jugement doit favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné en vue de prévenir la commission de nouvelles infractions. Au stade de l'exécution des peines, il doit être rappelé que l'article 707 du Code de procédure pénale prévoit que « *l'exécution des peines favorise [...] l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* », et que l'article 1^{er} de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dispose que « *le régime d'exécution de la peine privative de liberté [prépare] l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». ¹⁰⁵⁷ Il peut être observé que la réparation du dommage causé à la victime constitue aujourd'hui, tant au stade du prononcé de la peine qu'au stade de son exécution, un outil au service de l'insertion ou de la réinsertion de l'auteur de l'infraction. Tout d'abord, nous avons pu constater que la réparation civile est utilisée, au sein de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, comme une mesure susceptible de permettre le reclassement de l'auteur des faits. ¹⁰⁵⁸ Nous avons pu constater pareillement que la réparation civile du dommage constitue une mesure à caractère civil s'imposant, en présence d'une victime identifiée, tant à l'autorité de poursuite qu'à l'auteur des faits dans le cadre de la composition pénale, de sorte qu'en s'imposant comme un élément intrinsèque de la réponse pénale, elle concourt *de facto* à l'insertion ou la réinsertion de l'auteur des faits en lui permettant de mesurer l'ampleur des conséquences dommageables de son comportement asocial. La réparation civile conditionne le prononcé de nombreux dispositifs tendant à favoriser l'insertion ou la réinsertion de l'auteur de l'infraction au stade du prononcé de la peine. Il en est ainsi par exemple de l'ajournement et la dispense de peine ¹⁰⁵⁹ ou encore du sursis avec mise à l'épreuve. ¹⁰⁶⁰ Au stade de l'exécution des peines, l'octroi et le maintien de nombreuses mesures d'aménagement de peine sont conditionnées par l'indemnisation effective de la victime qui est envisagée ici comme un critère d'appréciation du degré de réinsérabilité des condamnés. Par exemple, l'article 723-4 du Code de procédure pénale, par renvoi aux obligations particulières contenues à l'article 132-45 du

¹⁰⁵⁷ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC* 1996, 155.

¹⁰⁵⁸ V° supra n°....

¹⁰⁵⁹ La réparation du dommage apparaît comme une condition de la dispense de peine à l'article 132-59 du Code pénal mais également de l'ajournement simple (art. 132-60 C. pén.) comme de l'ajournement avec mise à l'épreuve (art. 132-63 C. pén.). Sur ces questions, V° : C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, préf. M. DELMAS-MARTY, Nouv. bibl. de thèses, Dalloz, 2004.

¹⁰⁶⁰ L'indemnisation de la victime apparaît comme une obligation particulière du sursis avec mise à l'épreuve comme du sursis sig. V° en ce sens : art. 132-45, alinéa 5, du Code pénal.

Code pénal, conditionne l'octroi d'une mesure de placement à l'extérieur, de la semi-liberté ou de la permission de sortir à l'indemnisation effective de la victime. Bien d'autres dispositions pourraient étayer notre propos, et tous démontreraient que l'insertion ou la réinsertion sociale de l'auteur de l'infraction passe par la réparation effective du dommage causé à la victime. De ce point de vue, la sanction-réparation s'inscrit dans la droite ligne d'une politique criminelle qui s'inspire à l'évidence des théories de la justice restaurative¹⁰⁶¹, de sorte que « *à la superposition de deux souffrances, celle de la victime, puis celle de l'auteur de l'infraction inhérente à la logique rétributive, est préférée une réparation effective et perceptible (dommages-intérêts) de la victime par l'auteur, entendu comme un acteur actif et responsable* ». ¹⁰⁶²

333. – La réinsertion de l'auteur de l'infraction recherchée par la sanction-réparation – Il y a quelques années de cela, M. Merle s'interrogeait sur le fait de savoir si la pénitence du condamné ne nécessite-t-elle pas la réparation du dommage ?¹⁰⁶³ En introduisant, à la suite d'autres dispositifs pénaux poursuivant une finalité identique¹⁰⁶⁴, la peine de sanction-réparation dans l'arsenal répressif, le législateur érige assurément la réparation civile en outil de reclassement ou de resocialisation des délinquants, et répond positivement à cette question. Parce qu'elle constitue une peine selon les dispositions de l'article 131-3 du Code pénal, d'une part, et que les dispositions de l'article 132-24 du Code pénal sont en principe applicables à l'ensemble des sanctions pénales prononcées par les juridictions judiciaires, d'autre part, il n'est pas douteux d'affirmer que la sanction-réparation poursuit de fait une finalité réadaptatrice dont la réparation effective du dommage causé à la victime particulière constitue le catalyseur. L'insertion ou à la réinsertion sociale de l'auteur de l'infraction, notamment en cas d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne humaine, passant nécessairement par une redéfinition chez ce dernier de la manière dont il appréhende la personne d'autrui, et plus largement le groupe social auquel il appartient, l'on serait bien avisé de douter de la sincérité d'un condamné prétendant être en voie de réinsertion sociale, alors même que celui-ci est demeuré relativement indifférent au sort de sa victime. De ce point de vue, le choix du juge de prononcer, en guise de peine sanctionnant un acte de délinquance, une sanction-réparation n'est pas motivé par le seul désir de satisfaire les

¹⁰⁶¹ R. CARIO, « La justice restaurative, vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal* 2007, 373. – L. WALGRAVE, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie, d'un programme », *Criminologie*, Vol. 32, 1999, 6.

¹⁰⁶² E. TILLET, *Répertoires de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2010, V° Histoire des doctrines pénales.

¹⁰⁶³ R. MERLE, *La pénitence et la peine*, Cujas, 1985, 143.

¹⁰⁶⁴ P. LARMAILLARD, « L'indemnisation des victimes, moteur du reclassement social du probationnaire », *RPDP* 1970, 639.

seuls intérêts particuliers de la victime, mais également ceux de la société en cherchant à obtenir, au travers de la sanction, l'insertion ou la réinsertion de l'auteur de l'infraction.

334. – La sanction anticipée de l'échec de la réinsertion de l'auteur – S'il ne fait aucune doute que la peine de sanction-réparation poursuit une finalité réadaptatrice, à l'instar d'une grande majorité de sanctions pénales, il doit être toutefois observé que l'originalité du mécanisme réside ici dans le fait que les conséquences de l'échec de l'insertion ou la réinsertion sociale du condamné, résultant de l'inexécution de l'obligation de réparer de manière effective le dommage causé à la victime, sont anticipés dès le prononcé de la peine de sanction-réparation. En effet, nous avons pu observer que la juridiction de jugement, lorsqu'elle prononce la peine de sanction-réparation, prononcé dans le même temps une peine anticipée qui aura vocation à être mise à exécution dans le cas où le condamné n'aurait pas exécutée son obligation de réparer le dommage causé à la victime particulière de l'infraction dans les délais et selon les modalités déterminées par cette dernière. De fait, au jour même du prononcé de la sanction-réparation, le condamné se retrouve avec une « épée de damoclès » prête à frapper dès lors qu'il manquera à son obligation de réparer le dommage, telle que définie par la juridiction de jugement. L'article R. 131-45 du Code pénal fait ainsi obligation au procureur de la République, dès que la condamnation est exécutoire, d'informer la personne condamnée à la peine de sanction-réparation qu'elle doit lui adresser, « *au plus tard à l'expiration du délai fixé pour indemniser la victime ou procéder à la remise en état des lieux, la justification qu'il a été procédé à cette indemnisation ou à cette remise en état* ». Si la juridiction de jugement a prévu au sein de sa décision que l'indemnisation se ferait en plusieurs fois, selon des modalités fixées par elle, la justification doit intervenir pour chaque versement, sauf décision contraire du procureur ou de son délégué. Toutefois, il peut être observé que, et cela démontre bien que la peine de sanction-réparation poursuit une finalité réadaptatrice, ce texte prévoit en son alinéa 2 que « *lorsque la réparation s'exécute en nature et consiste en une remise en état des lieux, ou en cas de retard dans l'indemnisation de la victime, le délégué du procureur peut convoquer le condamné, le cas échéant avec la partie civile, afin de faciliter l'exécution de la peine ou d'en vérifier l'exécution* ». De fait, l'on voit bien que le législateur ne cherche pas à satisfaire les seuls intérêts de la victime, mais également à obtenir l'insertion ou la réinsertion du condamné qu'il encourage ici - au détriment parfois des intérêts de la victime dont l'indemnisation pourra être retardée par rapport au calendrier fixé par la juridiction de jugement - en rejetant l'hypothèse d'une application automatique de la peine prononcée de façon anticipée par le juge pour sanctionner l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation de réparer le dommage en cas de manquement du condamné à ses obligations.

335. – En conclusion – Si la sanction-réparation, en garantissant l'effectivité de la réparation civile du dommage trouvant sa cause dans une infraction pénale, procède assurément à une pénalisation de l'obligation pesant sur les auteurs d'infractions de réparer de manière effective les dommages causés à leurs victimes, il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue pas seulement une peine réparatrice, mais bien un mécanisme hybride poursuivant prioritairement une finalité réadaptatrice. De ce point de vue, la sanction-réparation n'est pas sans rappeler certaines mesures pénales rencontrées dans le cadre des alternatives aux poursuites ou de certaines sanctions pénales se situant aux confins du droit pénal commun, en ce qu'elle poursuit une finalité mixte. La peine de sanction-réparation poursuit une finalité réparatrice en ce qu'elle tend à garantir, par la menace de la sanction pénale, l'effectivité de l'indemnisation des préjudices de la victime, mais elle poursuit une finalité réadaptatrice propre aux sanctions pénales, et dont on peut même constater qu'elle prédomine sur la première, de sorte que, si la sanction-réparation témoigne bien d'une privatisation de la fonction réparatrice de la sanction pénale, celle-ci ne nous semble nullement menacer les fondements de la répression pénale.

B – LA RÉPARATION CIVILE ÉRIGÉE EN ÉLÉMENT INTRINSÈQUE DE LA SANCTION PÉNALE

336. – Le double visage de la sanction-réparation – Véritable point de jonction du volet pénal et du volet civil de la décision de condamnation pénale, la sanction-réparation, au regard de sa nature et de la double finalité qu'elle poursuit, constitue tout autant une obligation civile revêtue des habits de la peine **(1)** qu'une sanction pénale poursuivant une finalité réparatrice **(2)**.

1) Une obligation civile revêtue des habits de la peine

337. – L'obligation civile de réparer le dommage érigée en sanction pénale – L'obligation de réparer le dommage causé par l'infraction s'impose bien évidemment comme une obligation morale tout d'abord, mais d'un point de vue juridique, elle s'impose comme une obligation de nature civile qui trouve ses fondements dans les dispositions de l'article 1382 du Code civil, et son expression au pénal au sein des dispositions de l'article 2 du Code de procédure pénale, ce qui justifie notamment que l'action civile s'inscrive dans le champ des contestations portant sur des droits et obligations de nature civile.¹⁰⁶⁵ Or, en définissant la peine de sanction-réparation comme « *l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à*

¹⁰⁶⁵ CEDH, 11 févr. 2003, *Y. c/ Norvège ; Ringvold c/ Norvège*, cité par F. MARCHADIER, « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.* 2009, 245.

l'indemnisation du préjudice de la victime», le législateur procède à une pénalisation de l'obligation civile de réparer le dommage qui se trouve érigée en peine. Si l'on a pu constater à de multiples reprises que la norme pénale, en venant au soutien de dispositions impératives de nature civile structurant des ordres publics particuliers (ordre public social, ordre public de protection, etc.), sanctionne l'inexécution de certaines obligations civiles¹⁰⁶⁶, l'hypothèse de la sanction-réparation est quelque peu différente en ce qu'elle place l'obligation de réparer le dommage au cœur de la peine. Ainsi, bien qu'elle soit une sanction pénale, la sanction-réparation présente assurément un caractère civil particulièrement prononcé¹⁰⁶⁷, au point qu'elle nous semble davantage influencée par le principe de la réparation intégrale des préjudices qui gouverne le droit de l'indemnisation que celui de la légalité des délits et des peines auquel elle s'accorde mal dès lors qu'elle est indéterminée dans son montant¹⁰⁶⁸, de sorte que la question de son assurabilité se pose.

338. – L'éventuelle assurabilité de la sanction-réparation – La question peut paraître *a priori* saugrenue dans la mesure où le droit des assurances est en principe gouverné par un principe simple : celui de l'inassurabilité des sanctions pénales. La sanction-réparation figurant dans le catalogue des peines contenu dans le Code pénal, la question de son éventuelle assurabilité peut sembler totalement hors de propos. Pourtant, nous l'avons dit, le droit pénal n'a pas le monopole de la peine, et l'on constate même ces dernières décennies une expansion des sanctions para-pénales dans les différentes branches du droit privé, mais aussi du droit public, de sorte que la question de l'assurabilité de ces sanctions fait l'objet d'un débat, dont l'actualité se trouve renforcée par le projet d'introduire en droit français le principe de dommages-intérêts punitifs bien connus du droit anglo-saxons.¹⁰⁶⁹ Dans ce contexte, et parce que la sanction-réparation, à l'instar de nombreuses sanctions para-pénales, poursuit une finalité mixte - mi-répressive, mi-restitutive - la question de son éventuelle assurabilité se pose nécessairement. Sur ce point, il peut

¹⁰⁶⁶ C'est ainsi, par exemple, que l'article L. 121-28 du Code de la consommation réprime d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros, ou de l'une de ces deux peines seulement, le non-respect du droit de rétractation consacré au profit du consommateur par l'article L. 121-25 du Code de la consommation.

¹⁰⁶⁷ L. PERDRIX, « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, op. cit., 344.

¹⁰⁶⁸ En ce sens : E. DREYER, *Droit pénal général*, coll. Manuel, Litec, 2010, n°1287.

¹⁰⁶⁹ V° sur cette question : P. RÉMY-CORLAY, « De la réparation », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, 2011, spéc. 199-201. – A. ANZIANI, L. BÉTEILLE, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information du Sénat n° 558, 2008-2009, 97-98. – Ph. PIERRE, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *RDC* 2010, 1117. – S. ROWAN, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français : étude comparative » *SLC* 2010, 353. – J.-L. BAUDOIN, « Les dommages-intérêts punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *Common law* », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, 1. – S. CARVAL, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, 822. V° égal. : V. WESTER-OUISE, « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010 : *RCA* 2011, Étude 5.

être observé que l'analyse démontre que, selon que le caractère punitif ou le caractère indemnitaire de ces sanctions est considéré comme prédominant, leur assurabilité se trouve tantôt rejetée, tantôt retenue. C'est ainsi que de nombreux auteurs plaident actuellement en faveur de l'assurabilité de certaines sanctions pécuniaires à caractère punitif prononcées par des autorités administratives indépendantes (A.A.I.)¹⁰⁷⁰ ou celle des dommages-intérêts punitifs.¹⁰⁷¹ Concernant ces derniers, il peut être observé que l'admission de leur éventuelle assurabilité ne ferait que renforcer les interrogations concernant celle de la sanction-réparation, ce d'autant qu'elles se posent avec d'autant plus d'acuité au regard des dispositions de la loi n°2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines. Ce texte prévoit en effet que « *toute personne physique qui, s'étant constituée partie civile, a bénéficié d'une décision définitive lui accordant des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction pénale [...] peut solliciter une aide au recouvrement de ces dommages et intérêts ainsi que des sommes allouées en application des articles 375 ou 475-1* »¹⁰⁷² et ce, même si l'auteur de l'infraction fait l'objet d'une obligation d'indemnisation dans le cadre d'une peine de sanction-réparation. Le fait que la victime puisse solliciter du FGTI une aide au recouvrement des sommes allouées au titre de la réparation de son dommage, alors même que la réparation civile se trouve érigée ici en sanction pénale tend à démontrer que le caractère civil prédominant de la sanction-réparation est susceptible de lui ouvrir la voie de l'assurabilité, ce qui emporterait alors une profonde remise en cause du principe de l'exclusion de garantie concernant les sanctions pénales, voir plus largement les sanctions pécuniaires à caractère punitif, gouvernant actuellement le droit des assurances. L'introduction de la sanction-réparation emporte de sérieuses perturbations dans le champ civil qui ne font écho à celles susceptibles d'être observées dans le champ pénal.

2) Une sanction pénale poursuivant une finalité civile

339. – L'effacement du caractère pénal de la sanction prononcée – Parce qu'elle constitue le point de jonction du volet pénal et du volet civil de la décision de condamnation pénale, la peine de sanction-réparation revêt aux yeux des justiciables les atours d'une « pénalité accessoire » destinée à inciter l'auteur de l'infraction à indemniser effectivement et promptement les préjudices résultant du dommage causé à la victime particulière, de sorte qu'elle n'est pas réellement comprise comme une véritable peine sanctionnant la violation d'un interdit érigé dans

¹⁰⁷⁰ N. BICHERON, « L'assurabilité des sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF », *Bulletin Lamy Assurances*, févr. 2010, n° 169. – J. KULLMANN, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurabilité raisonnée », *JCP E*. 2009, 226.

¹⁰⁷¹ L'avant-projet Catala s'était prononcé en faveur de leur assurabilité : art. 1371 de l'avant-projet.

¹⁰⁷² Art. 706-15-1 C. proc. pén.

l'intérêt général. Si ce constat est déjà inquiétant en terme de pédagogie de la peine lorsque la sanction-réparation est prononcée cumulativement à d'autres sanctions pénales de nature correctionnelle ou contraventionnelle, il devient alarmant lorsque celle-ci constitue la seule peine prononcée par la juridiction de jugement. En effet, lorsqu'elle est prononcée à titre de peine principale, et sans qu'aucune autre sanction pénale ne l'accompagne, il faut en déduire que la rétribution publique se trouve donc entièrement contenue dans la réparation effective du dommage causé à la victime particulière de l'infraction, de sorte que les notions de peine publique et de réparation se trouvent totalement confondues. De ce point de vue, « *le coupable d'une faute pénale [n'étant] pas traité autrement que l'auteur d'une simple faute civile* »¹⁰⁷³, celui-ci aura l'impression d'avoir bénéficié de la clémence de la juridiction de jugement, puisque les conséquences de l'infraction se résumeront à exécuter une simple obligation civile de faire : réparer le dommage de sa victime. L'absorption de la réparation civile par la sanction pénale conduit à effacer, dans l'esprit du justiciable, le caractère pénal de la sanction qui lui est infligée en rétribution de son acte infractionnel, bien que celle-ci soit prononcée sur le fondement de l'action publique, et que le suivi de son exécution relève de la compétence de l'appareil judiciaire pénal. En pénalisation l'obligation de réparer le dommage, le législateur réactive assurément l'ancienne confusion entre les notions de peine et de réparation, ce qui ne peut que perturber les fondements de la peine.

340. – La perturbation des fonctions de la répression pénale. – Si les finalités assignées à la peine n'ont cessé de croître depuis la fin du XVIII^e siècle, aucune d'elle n'a toutefois conduit à remettre en cause la frontière séparant le droit répressif du droit civil, même s'il est vrai que celle-ci n'a eu de cesse de devenir de plus en plus perméable. Reste qu'il n'est plus seulement question de perméabilité ici dans la mesure où la sanction-réparation transforme tout simplement une obligation civile en peine. Partant, il ne peut y avoir qu'une perte de repères pour l'auteur de l'infraction, comme pour la victime, relativement au sens de la peine dès lors que ce n'est plus la réparation des victimes qui se trouve contenue dans la rétribution publique, mais la rétribution publique qui se trouve contenue dans la réparation civile du dommage causé à la victime particulière de l'infraction. Dès lors que « *le coupable d'une faute pénale [n'étant] pas traité autrement que l'auteur d'une simple faute civile* »¹⁰⁷⁴, les responsabilités civile et pénale tendent à se confondre de nouveau, entraînant *de facto* une confusion des actions publique et civile. En effet, la faculté reconnue aux juridictions répressives de prononcer, sur le fondement de l'action publique, une peine de sanction-réparation dont la finalité exclusive est de garantir l'effectivité de la réparation

¹⁰⁷³ Ph. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *ibid.*

¹⁰⁷⁴ Ph. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *ibid.*

civile du dommage de la victime particulière de l'infraction illustre le retour manifeste d'un confusionnisme entre les notions de peine publique et de réparation civile, et par voie de conséquence, entre les notions d'action publique et d'action civile. Au regard de la définition retenue par l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, l'action publique est une action en répression exercée au nom de la société par son représentant, en vue d'obtenir la réparation symbolique du dommage causé au corps social par le prononcé d'une peine publique rétribuant l'auteur d'un acte infractionnel. L'action civile en revanche, est définie par l'article 2 du Code de procédure pénale, comme l'action en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention, exercée par la victime particulière de l'infraction. Si elles sont *a priori* distinctes l'une de l'autre par leur objet, les actions publique et civile se trouvent toutefois confondues dès lors que le représentant de la société requiert, sur le fondement de la première, l'application d'une peine poursuivant comme principale finalité l'effectivité de l'indemnisation des préjudices de la victime. Cette situation n'est pas sans rappeler celle où certaines administrations exercent devant les juridictions répressives une action en justice pour obtenir le prononcé de peines poursuivant une finalité mixte ; action en justice se distingue de l'action publique visée à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale. En effet, la jurisprudence considère, par exemple, que l'action pour l'application des sanctions fiscales exercée par l'administration des Douanes et des contributions indirectes sur le fondement de l'article 343-2 du Code des douanes a « *le caractère d'une action publique qui trouve à s'exercer indépendamment du droit d'obtenir le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues* »¹⁰⁷⁵, la Haute juridiction distingue clairement l'action publique strictement répressive, exercée par le parquet sur le fondement de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, de l'« *action publique réparatrice* » exercée par l'administration des Douanes et des contributions indirectes.¹⁰⁷⁶ Néanmoins, l'on peut se demander si l'introduction de la sanction-réparation ne rapproche pas finalement l'action publique de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale de l'action publique réparatrice exercée par certaines administrations devant les juridictions répressives ? En permettant au parquet de requérir, et au juge de prononcer, sur le fondement de l'action publique, l'application d'une peine ayant pour finalité, en sus de celles visées à l'article 132-24 du Code pénal, de garantir l'effectivité de la réparation du dommage causé à la victime particulière, le législateur fait nécessairement poursuivre à cette dernière une finalité mixte qui la rapproche de l'action publique réparatrice exercée par certaines administrations devant les juridictions répressives.

¹⁰⁷⁵ Cass. crim., 6 févr. 1997 : *Bull. crim.* n°51. La jurisprudence exclue de longue date la possibilité de voir dans l'action fiscale une action civile. En ce sens : Cass. crim., 29 janv. 1975 : *Bull. crim.* n° 34. – 25 janv. 2006 : *Dr. pén.* 2006, comm. 58, note Robert.

¹⁰⁷⁶ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n°120.

341. – En conclusion – Parce qu'elle fait de l'obligation civile pesant sur l'auteur de l'infraction de réparer le dommage causé à la victime une peine, la sanction-réparation revêt un caractère civil particulièrement prononcé qui s'accorde mal avec les principes gouvernant le droit pénal, notamment le principe de légalité des délits et des peines. À l'instar des sanctions hybrides rencontrées aux confins du droit pénal commun, la sanction-réparation poursuit à l'évidence une finalité mixte - mi répressive, mi restitutive - qui ne peut que conduire à une réactivation de l'ancienne confusion entre les notions de peine et de réparation, de responsabilité pénale et de responsabilité civile, d'action publique et d'action civile, générant ainsi des perturbations dans le champ pénal, mais également dans les autres champs du droit, notamment le droit des assurances, dès lors que la question de l'assurabilité de certaines sanctions para-pénales est actuellement au cœur du débat. Plus particulièrement, les perturbations que la sanction-réparation entraîne dans le champ de la répression pénale, notamment en ce qui concerne la définition de la finalité de l'action publique visée à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, témoignent des difficultés d'adaptation de notre système pénal à l'intrusion de la réparation civile parmi les éléments de la peine. Si certains ne manqueront pas de voir dans la sanction-réparation l'illustration des excès d'une politique pénale favorable aux victimes, nous demeurerons plus nuancé dans la mesure où il apparaît que l'intrusion de la réparation civile dans les éléments de la peine s'inscrit dans la poursuite d'une politique pénale favorable aux délinquants.

342. – Conclusion du paragraphe 2 – Avec l'introduction de la sanction-réparation, la réparation civile, *via* l'obligation de réparer le dommage de la victime, s'impose comme un élément intrinsèque de la sanction pénale. La forte coloration civile de la sanction-réparation pourrait donner l'impression qu'elle ne constitue au fond qu'une sorte de sanction hybride, telles que l'on peut en croiser aux confins du droit pénal commun, une « pénalité accessoire » constituant le point de jonction des volets civil et pénal de la décision de condamnation prise par la juridiction de jugement. L'analyse démontre pourtant qu'il n'en est rien. Malgré un caractère civil fortement prononcé, la sanction-réparation constitue une véritable peine qui poursuit, conformément aux dispositions de l'article 132-24 du Code pénal, une finalité réadaptatrice à l'égard des délinquants. De fait, si la sanction-réparation peut donner l'illusion que « *le coupable d'une faute pénale n'est pas traité autrement que l'auteur d'une simple faute civile* »¹⁰⁷⁷, ou que la peine se trouve entièrement dévolue à la satisfaction des intérêts des victimes, il n'en est rien. Celle-ci témoigne non seulement de la privatisation des termes du litige pénal en présence d'infractions de faible et moyenne gravité, mais également de l'utilisation croissante de la réparation civile comme

¹⁰⁷⁷ P. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *ibid.*

outil de réinsertion sociale. Concernant le premier point, à compter de l'instant où les intérêts particuliers se trouvent situés au premier rang de l'objet pénalement protégés dans un nombre croissant d'incrimination, dans la grande majorité des cas, les infractions de faible ou moyenne gravité ne génèrent qu'un dommage léger à la collectivité, de sorte que le litige pénal se transforme en réalité en litige privé opposant la victime à l'auteur de son dommage. Dans ce cas, si le recours à une « véritable peine » est susceptible de constituer une réponse disproportionnée, l'absence de sanction pénale n'est pas pour autant souhaitable, de sorte que l'obligation pénalement sanctionnée de réparer le dommage causé à la victime particulière dans des délais et selon les modalités fixées par la juridiction de jugement s'impose comme un bon compromis. Concernant le second point, la sanction-réparation s'inscrit dans la droite ligne d'une politique pénale qui fait de la réparation du dommage un outil d'insertion ou de réinsertion des condamnés, démontrant l'influence grandissante des théories de la justice restaurative sur notre législation pénale contemporaine.

343. – Conclusion de la section 2 – L'influence grandissante des théories de la justice restaurative s'illustre dans le fait que la sanction pénale absorbe très largement la réparation civile au sein de ses éléments. Que ce soit au sein des mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, de la mesure de composition pénale prévue à l'article 41-2 du même Code ou encore de la sanction-réparation prévue aux articles 131-8-1 et 131-15-1 du Code pénal, les exemples démontrant que la réparation civile constitue un élément intrinsèque de la sanction pénale ne manquent pas. Que la sanction pénale ait pour finalité directe la réparation du dommage causé à la victime particulière (comme dans l'hypothèse des mesures alternatives aux poursuites) ou contraindre l'auteur de l'infraction à exécuter son obligation de réparer le dommage dans des délais et selon des modalités déterminées par la juridiction de jugement par la menace de l'application d'une peine prononcée de manière anticipée (comme dans l'hypothèse de la sanction-réparation), force est de constater que celle-ci poursuit aujourd'hui une finalité réparatrice au profit des victimes d'infractions pénales. L'intrusion de la réparation civile du dommage privé au sein des éléments de la sanction pénale témoigne de la mise en œuvre d'une politique pénale tendant, par un ensemble de dispositifs pénaux ou extra pénaux, à garantir l'indemnisation effective des victimes d'infractions pénales. Si cette évolution perturbe les fondements de la répression pénale en ressuscitant l'ancienne confusion entre les notions de peine et réparation, de responsabilité pénale et de responsabilité civile, d'action publique et d'action civile, encore faut-il observer qu'elle ne se défait pas des considérations d'intérêt général qui guident, en principe, les choix de politique pénale. Il peut être observé, de ce

point de vue, que la privatisation de la fonction réparatrice de la sanction pénale sert les desseins d'une politique pénale qui instrumentalise les victimes en vue de favoriser l'insertion ou la réinsertion sociale des condamnés. Que ce soit au stade présentenciel, sentenciel ou post-sentenciel, force est de constater que la réparation du dommage de la victime particulière s'impose comme un outil par lequel le reclassement, l'insertion ou de la réinsertion sociale des auteurs d'infraction pénales est recherchée, de sorte que, loin de marquer une « victimisation » du droit pénal, l'intrusion de la réparation civile dans les éléments de la sanction pénale sert aussi bien les intérêts particuliers des victimes dont l'indemnisation se trouve ainsi garantie que ceux des condamnés qui peuvent ainsi solder leur dette à l'égard de la collectivité en échappant à des peines dont le caractère coercitif dépasse très largement celui résultant de la simple indemnisation du dommage. Si la réparation du dommage particulier par la sanction pénale génère des perturbations, elle répond toutefois aux exigences sociales contemporaines - exigences auxquelles le système issu des codes napoléoniens ne répond plus - en ce qu'elle cherche à garantir la réparation effective du dommage de la victime particulière, tout en favorisant l'insertion ou la réinsertion sociale des condamnés.

CONCLUSION DU CHAPITRE DEUXIÈME

344. – La finalité indemnitaire de la sanction pénale – L'étude de la réparation que le droit pénal est susceptible d'offrir fait apparaître que cette dernière ne revêt en principe qu'une dimension symbolique parce qu'elle a vocation à compenser un dommage de nature symbolique en ce qu'il n'est que la conséquence de la nature idéale de la valeur sociale lésée par l'infraction. C'est la tension émotionnelle que l'infraction suscite dans le corps social que la sanction pénale a vocation à rétribuer. Si la réparation offerte par la peine publique ne revêt *a priori* qu'une dimension symbolique, l'exploration des confins du droit pénal commun a révélé que la sanction pénale peut, en certaines occasions, poursuivre une réelle fonction indemnitaire en compensant des dommages patrimoniaux, comme en témoigne l'existence de sanctions pénales hybrides - mi répressives, mi restitutives - dans le domaine de la protection pénale du domaine public, de l'environnement, ou encore des infractions fiscales et douanières. L'existence de sanctions pénales poursuivant une finalité indemnitaire dans le droit pénal commun peut être également constatée dès lors que la réparation civile du dommage est progressivement devenue un élément intrinsèque de certaines sanctions pénales.

345. – L'indemnisation des préjudices de la victime particulière assurée par la sanction pénale – C'est à la pratique parquettière que l'on doit les premières manifestations de la réparation civile au sein des éléments de la réponse pénale dès lors que ces derniers ont cherché à pallier l'impossibilité pour les victimes d'obtenir l'indemnisation de leurs préjudices au pénal en intégrant cette dernière dans l'équation pénale au stade de la mise en œuvre des alternatives aux poursuites. Le législateur s'est inscrit dans cette logique en érigeant la réparation civile du dommage causé à la victime particulière de l'infraction, d'une part, en mesure pénale autonome dans le cas des mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale et en condition essentielle de réussite de la mesure de composition pénale, d'autre part, en élément intrinsèque de la sanction pénale à l'occasion de l'introduction dans le catalogue des peines de la sanction-réparation par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007. De fait, la peine n'a plus seulement vocation à compenser symboliquement le dommage causé au corps social, mais également, de manière plus ou moins directe, à permettre la réparation patrimoniale du dommage causé à la victime particulière de l'infraction, ce qui illustre bien la réalité du phénomène de privatisation de la fonction réparatrice du droit pénal.

CONCLUSION DU TITRE II

346. – La privatisation effective de la fonction réparatrice de la loi pénale – Si la réparation constitue traditionnellement une notion que l'on rattache volontiers au droit de la responsabilité civile, nous avons pu observer que la peine publique poursuit également une fonction réparatrice revêtant une dimension principalement symbolique, plus exceptionnellement patrimoniale, et qui se trouve étendue aujourd'hui aux victimes particulières de l'infraction, conséquence logique de la privatisation des qualifications pénales. La privatisation de la fonction réparatrice de la loi pénale résulte tout d'abord de ce que le droit pénal substantiel offre aux victimes la réparation symbolique de leur dommage, d'une part, en intégrant dans le texte d'incrimination des éléments matériels ou moraux propres à représenter idéellement la faute morale à l'origine de leur souffrance, d'autre part, en obligeant le juge, au stade de la personnalisation de la peine, à intégrer dans l'équation pénale les intérêts de ces dernières. Elle résulte ensuite de ce que la réparation patrimoniale du dommage causé à la victime particulière se trouve intégrée aux finalités de la répression pénale dès lors que la réparation civile est érigée un élément intrinsèque de la sanction pénale. Ainsi, la norme pénale, et à sa suite la sanction pénale, ne se contentent plus d'assurer la réparation du dommage causé à la collectivité, mais également celle du dommage causé à la victime particulière, tant dans sa dimension symbolique que patrimoniale. Si la privatisation de la fonction réparatrice de la loi pénale s'impose comme la conséquence logique de la privatisation de sa fonction normative, elle accentue *de facto* l'importance du phénomène de rapprochement des matières civile et pénale, et donc le risque d'une réactivation de la confusion des notions de peines et de réparation.

347. – Le retour à une confusion des notions de peine et de réparation – Le phénomène de privatisation de la fonction réparatrice de la loi pénale heurte deux constructions culturelles capitales que sont « *la parole du Christ et le grand récit mythique de la fondation de la justice moderne* ». ¹⁰⁷⁸ Selon l'enseignement chrétien, il ne faut jamais rendre le mal par le mal, ne pas répondre à la violence par la violence, ce qui implique que la peine doit être éloignée de toute idée de vengeance qui ne serait que l'expression d'une violence aveugle. De ce point de vue, l'intrusion de la réparation du dommage privé causé à la victime particulière de l'infraction dans les finalités de la répression pénale apparaît comme une menace pour les fondements contemporains de la justice étatique, dès lors qu'elle est susceptible d'entraîner un retour aux logiques vindicatives en

¹⁰⁷⁸ F. GROS, *Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine*, in « *Le droit pénal. La bioéthique en débat* », APD 2010, t. 53, 167-168.

faisant « *supposer dans la victime des affects de haine et de vengeance propres à déstabiliser le procès pénal* ». ¹⁰⁷⁹

En apparaissant, pour la doctrine dominante, comme un retour aux logiques vindicatoires caractéristiques des droits archaïques proches de la vendetta, et que l'émergence de l'État, garant du bien commun, aurait permis d'annihiler en favorisant l'expression d'une violence rationalisée à l'égard des comportements attentatoires aux intérêts de la collectivité ¹⁰⁸⁰, la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale ne peut que constituer une menace, une dangereuse dérive, dès lors que la loi pénale n'aurait plus nécessairement vocation à préserver des valeurs qui, par leur caractère, ont vocation à garantir entre les membres composant le groupe le maintien du lien social, mais de simples intérêts individuels. Cette évolution est d'autant moins bien acceptée qu'à l'instar de « *la figure du roi, étendue sur les dalles de la cathédrale de Reims, les bras en croix à l'image du Christ, [portant] désormais sur lui la douleur des victimes* » ¹⁰⁸¹, l'État, au travers de la défense du bien commun, rétribue implicitement la souffrance des victimes en mettant en scène, « *non seulement symboliquement, mais également dans les faits, une répression de nature à apaiser la souffrance et la soif de justice des victimes* ». ¹⁰⁸² Si la privatisation de la fonction cathartique de l'interdit pénal, comme de la sanction pénale qui l'accompagne, peut effectivement s'analyser comme une menace, elle peut aussi s'analyser plus simplement, et moins dramatiquement, comme la nécessaire adaptation du droit répressif aux évolutions idéologiques et philosophiques de notre société. Depuis Platon dans « *La République* », l'homme cherche à répondre à une question fondamentale : « *qu'est-ce qui peut justifier qu'on impose à un homme les souffrances d'un châtiment ?* ». ¹⁰⁸³ Les réponses à ces questions sont connues, elles tournent toutes autour de l'autorité de la loi, de la défense sociale, et de la réinsertion du coupable par son éducation. Toutefois, bien que largement présentes dans le débat contemporain, ces réponses sont complétées aujourd'hui par une revendication nouvelle : la reconnaissance publique et la réparation de la souffrance des victimes. Que ce soit au plan national, européen, et même international, l'apaisement de la victime constitue aujourd'hui l'un des prismes par lequel l'efficacité de la justice pénale se trouve évaluée, ce qui, au-delà d'une recomposition du procès pénal, impose une redéfinition des finalités de la peine dès lors que la réparation du dommage de la victime particulière - qui ne réside pas dans la seule indemnisation de ses préjudices - constitue une fonction contemporaine de la répression pénale.

¹⁰⁷⁹ F. GROS, *Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine*, in « *Le droit pénal. La bioéthique en débat* », ibid.

¹⁰⁸⁰ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit., 143.

¹⁰⁸¹ E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi : Essai sur la théologie politique au Moyen-Âge*, cité par J.-P. ALLINNE, *une victime longtemps dépossédée dans la tradition pénale*, in « *Œuvre de justice et victimes* », R. CARIO (dir.), D. SALAS (dir.), coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2001, 19.

¹⁰⁸² J. MOULY, *Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale*, op. cit., 299.

¹⁰⁸³ F. GROS, *Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine*, in « *Le droit pénal. La bioéthique en débat* », 164.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

348. – La privatisation des fonctions de la loi pénale par l’ascension des intérêts particuliers dans le champ pénal. – Alors qu’il est classiquement enseigné que le droit répressif a vocation à défendre l’intérêt général en protégeant au premier plan les valeurs essentielles de la société, tandis que les autres branches du droit privé auraient vocation à réguler les rapports sociaux entre les particuliers, ce schéma est actuellement dépassé du fait que les intérêts privés, individuels comme collectifs, des particuliers se trouvent placés au premier rang de la hiérarchie de l’ordre des priorités de la protection pénale, de sorte que ce n’est plus la valeur sociale qui se trouve au premier rang de l’ordre des valeurs pénalement protégées, mais l’intérêt particulier, individuel ou collectif. Cette mutation emporte, de fait, une privatisation de l’objet de la protection pénale, mais également une privatisation des règles de la responsabilité pénale, dès lors que celles-ci vont être invoquées dans la résolution de litiges opposant prioritairement des intérêts privés, ainsi qu’une privatisation des fonctions de la peine, appelée, d’une part, à sanctionner la lésion d’intérêts privés, et d’autre part, à réparer les conséquences dommageables résultant de celle-ci.

349. – La privatisation de l’objet de la protection pénale – Dans un nombre croissant d’incriminations, il peut être observé que la liberté de décision des individus ou leurs droits patrimoniaux - réels ou personnels - apparaissent au premier rang de l’ordre des intérêts protégés, et de fait, concurrencent, ou supplantent parfois, l’intérêt général. La privatisation des fonctions de la loi pénale se trouve d’ailleurs renforcée par l’intégration dans le champ de la protection pénale d’intérêts collectifs appartenant à des entités collectives et s’intercalant entre l’intérêt individuel et l’intérêt général. Nous avons pu constater que cette évolution résulte tout autant de l’intervention du droit pénal dans les autres branches du droit privé en vue de renforcer la force normative de dispositions impératives de nature civile structurant des ordres publics particuliers (ordre public de protection, ordre public social, *etc.*), que de l’habilitation octroyée à certaines entités collectives regroupées en association en vue de leur permettre de se constituer partie civile pour la défense d’intérêts collectifs constituant des sous-produits de l’intérêt général. Dès lors qu’il peut être parfaitement observé que la *ratio legis* d’un grand nombre d’incrimination ne placent plus la défense de l’intérêt général au premier rang de la hiérarchie des valeurs qu’elles défendent, mais des intérêts privés, individuels ou collectifs, appartenant à des titulaires particuliers, la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale ne fait plus de doute. Parce qu’une telle évolution ne s’explique pas seulement par l’attrait du caractère dissuasif attaché à la fonction

symbolique de la norme pénale, elle semble se justifier également par l'attrait du caractère coercitif attaché à sa fonction sanctionnatrice, traduisant ainsi une redistribution des rôles entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile dans la défense des intérêts particuliers qui s'impose, paradoxalement, tout à la fois comme le fondement et la conséquence de la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale.

350. – La privatisation des règles de la responsabilité pénale. – L'efficacité des règles substantielles dans la sanction des actes portant atteinte aux intérêts pénalement protégés constitue tout à la fois le fondement et la conséquence de la privatisation des qualifications pénales. Il peut être observé que la sollicitation croissante de la fonction supplétive du droit répressif par les autres branches du droit se fonde sur l'attrait du caractère coercitif des règles du droit pénal desquelles découlent le caractère dissuasif de la fonction symbolique de la norme pénale. L'attrait de la responsabilité pénale, et de la peine la sanctionnant, se trouve nécessairement renforcé du fait de l'affaiblissement de la fonction normative de la responsabilité civile résultant des manipulations réalisées tant par le juge que par le législateur sur les éléments en conditionnant l'existence en vue de favoriser l'indemnisation des victimes. La prééminence contemporaine de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile ne lui permettant plus de sanctionner des coupables, mais seulement de désigner des débiteurs d'assurance en mesure d'indemniser la victime, la responsabilité pénale apparaît alors comme seule capable de sanctionner la faute morale à l'origine d'un comportement antisocial ou asocial. Cela explique d'ailleurs que certains auteurs proposent de confier au droit pénal la sanction de tout comportement dommageable.¹⁰⁸⁴ Ainsi, en se constituant partie civile devant la juridiction répressive, les victimes peuvent obtenir ce qu'elles obtiendraient du juge civil - à savoir l'indemnisation de leurs préjudices - mais également ce qu'elles n'obtiendront que de manière très exceptionnelle de ce dernier : la sanction de l'auteur réel de leur dommage. Cela s'explique par les évolutions divergentes qui ont marqué l'évolution des conditions des responsabilités civile et pénale. Alors que la culpabilité a été évacuée des conditions de la responsabilité civile, de sorte que ce n'est plus l'auteur d'un comportement fautif qui se trouve désigné comme civilement responsable mais un simple responsable prédéterminé sur lequel pèse une obligation d'assurance, celle-ci est demeurée le fondement de la responsabilité pénale, de sorte que c'est bien l'auteur de l'infraction - et donc du dommage causé à la victime particulière - qui se trouve désigné comme pénalement responsable, et non un simple répondant. De ce point de vue, cela explique que, non

¹⁰⁸⁴ En ce sens : Y. LAMBERT-FAIVRE, « Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du Code civil) » in « *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité* », RDC 2007, spéc. 165.

seulement tout un chacun aspire à voir ses intérêts subjectifs protégés par la loi pénale, mais encore que ceux dont les intérêts subjectifs sont protégés par la norme pénale préfèrent utiliser les règles de la responsabilité pénale pour faire sanctionner la lésion de ces derniers plutôt que celle de la responsabilité civile, ce qui est d'autant aisé que le droit français octroie aux victimes un droit d'option leur permettant de porter leurs demandes indemnitaires devant la juridiction répressive. De fait, la privatisation des règles de la responsabilité pénale réside dans le fait que ces dernières sont utilisées aujourd'hui pour résoudre des litiges qui opposent en réalité prioritairement des intérêts privés, ce qui apparaît tout autant comme la conséquence directe que le moteur de la privatisation des qualifications pénales.

351. – La privatisation des fonctions de la sanction pénale – L'ascension des intérêts privés dans l'ordre des priorités de la protection pénale ne pouvait qu'entraîner, par voie de conséquence, une privatisation des finalités de la sanction pénale qui résulte de ce que cette dernière ne sanctionne plus seulement la lésion d'une valeur sociale, mais également la lésion d'un intérêt privé, individuel ou collectif, protégé au premier plan par l'incrimination, conduisant ainsi à une redéfinition de ses finalités en vue d'y intégrer la réparation du dommage privé. Cette évolution s'inscrit d'ailleurs dans un mouvement de fond, en Europe notamment, tendant à faire de la réparation de la souffrance des victimes - qui ne réside pas dans la seule indemnisation de ses préjudices - l'un des prismes par lequel l'efficacité de la justice pénale se trouve évaluée. La convergence de ces facteurs explique l'extension de la fonction cathartique de la sanction pénale, mais également en amont de l'interdit pénal, aux victimes afin d'assurer leur réparation symbolique, mais également l'intégration de l'indemnisation de leur dommage au sein des finalités assignées à la sanction pénale. L'existence de facteurs contextuels à caractère socio-culturel, qu'il s'agisse du « *climat pénalisant* »¹⁰⁸⁵ ou de la « *béance des solidarités collectives* »¹⁰⁸⁶, conduit à faire du droit pénal, et donc de la sanction pénale, la « *nouvelle grille d'intelligibilité des rapports sociaux* »¹⁰⁸⁷, de sorte que celle-ci n'est plus seulement invitée à sanctionner la violation de l'interdit légal, elle est invitée, d'une part, à réprimer l'atteinte effective portée à des intérêts particuliers pénalement protégés, d'autre part, à réparer symboliquement et patrimoniallement les conséquences dommageables d'une telle atteinte. De fait, comme nous pouvons le constater, l'ascension des intérêts privés dans l'ordre des valeurs pénalement protégées conduit à une privatisation de l'ensemble des fonctions de la loi pénale.

¹⁰⁸⁵ A. REINHARD, « Droit pénal, droit vénal ? Récit d'un glissement de frontières », *Dr. pén.* 2003, étude 25.

¹⁰⁸⁶ D. SALAS, « Les enfants d'Orphée. Anciennes et nouvelles victimes », in *Vengeance. Le face à face victime/agresseur*, R. Verdier (Dir.), coll. Mutations, 2004, 209.

¹⁰⁸⁷ A. GARAPON, D. SALAS, *La République pénalisée*, coll. Question de société, Hachette Littérature, 1996, 14.

DEUXIÈME PARTIE

L'ASCENSION DES INTÉRÊTS PRIVÉS EN PROCÉDURE PÉNALE

352. – Le procès pénal, lieu de résolution des litiges privés – Dès lors que les règles de forme ne tendent en principe qu'à la mise en œuvre des règles de fond, la privatisation des fonctions du droit pénal substantiel ne peut qu'entraîner, par voie de conséquence, une privatisation des règles de procédure régissant le déroulement du procès pénal, celui-ci n'étant plus seulement le lieu de résolution d'un litige opposant l'auteur de l'infraction au représentant de la société dont les intérêts ont été lésés, mais également celui de la résolution d'un litige privé opposant ce dernier à sa victime particulière. Cette mutation de l'objet procédural du procès pénal entraîne une mutation de la répartition traditionnelle des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance que les principes directeurs du procès pénal¹⁰⁸⁸ ne traduisent pas encore. Puisque le procès pénal tend à devenir aujourd'hui un lieu de résolution des litiges privés, la prééminence du modèle classique de procès pénal diligenté par l'État ne peut que s'amoinrir au profit d'un modèle de procès pénal orienté vers les parties¹⁰⁸⁹ ; évolution à laquelle participe le droit européen par la construction d'un « *fonds commun processuel* »¹⁰⁹⁰ qui, bien que transcendant les schémas classiques du modèle inquisitoire et du modèle accusatoire, se rapproche toutefois davantage du second que du premier par les principes qu'il édicte.

353. – Le modèle européen de procès équitable : facteur et catalyseur de l'ascension des intérêts privés dans le procès pénal – Si le « *fonds commun processuel* » issu de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme transcende la distinction classique entre modèle accusatoire et modèle inquisitoire au profit de l'avènement d'une procédure contradictoire gouvernée par le principe de l'égalité des armes¹⁰⁹¹, en imposant l'idée d'équilibre entre les parties lors du procès - ce qui est l'une des caractéristiques du modèle accusatoire - ce dernier s'impose tantôt comme un facteur de l'ascension des intérêts privés dans le procès pénal,

¹⁰⁸⁸ A. GIUDICELLI, « Principes directeurs du procès pénal », *RSC* 2003, 122. – F. CASORLA, « Les principes directeurs du procès, principes généraux du droit ? » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 53. – E. PUTMAN, « l'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une théorie législative du procès pénal ? », *Ann. Fac. droit Avignon*, 2000, 43. V° plus larg. : E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, thèse, Aix-en-Provence, 2000.

¹⁰⁸⁹ En ce sens : F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n° 616.

¹⁰⁹⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 9^e éd., coll. Manuels, Litec, 2013, n° 9. V° : F. SUDRE, C. PICHERAL, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, ibid. – J. PRADEL, « Vers des principes directeurs communs aux différentes procédures pénales européennes », in *Droit pénal, droit européen. Mélanges offerts à Georges Lenasseur*, Gazette du Palais, Litec, 1992, 459.

¹⁰⁹¹ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie général du procès*, 1^{re} éd., coll. Thémis, PUF, 2010, n° 100.

tantôt comme le catalyseur de celle-ci, et dans tous les cas, rapproche indubitablement cette dernière de la procédure civile¹⁰⁹² en lui faisant davantage emprunter au modèle accusatoire.¹⁰⁹³ Le droit européen est, de fait, un facteur de privatisation du procès pénal lorsque, sous l'effet de l'application de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le procès pénal en répression, centré sur l'intérêt général, devient un procès en défense, centrés sur les intérêts privés du condamné. Il apparaît davantage comme un catalyseur de la privatisation du procès pénal lorsque, actant de la présence de la victime constituée partie civile devant les juridictions répressives, la Cour européenne des droits de l'homme lui applique l'article 6 §.1, et donc le principe de l'égalité des armes qui en découle au nom de son intérêt à la répression.¹⁰⁹⁴ En bâtissant un « *fonds commun processuel* » plus proche du modèle accusatoire que du modèle inquisitoire par les principes qu'il affirme, le droit européen participe à l'ascension des intérêts privés en procédure pénale et favorise, en le soutenant, un phénomène de calque du modèle processuel civil au procès pénal.

354. – L'émergence de certains principes directeurs propres au procès civil – S'il est classiquement enseigné que, contrairement au procès civil, qui est présenté comme la chose commune des parties, le procès pénal ne le serait point au regard de la spécificité de son objet procédural. Cette opposition traditionnelle ne peut que s'estomper sous l'effet de la privatisation des qualifications pénales, qui emporte par voie de conséquence une privatisation du contenu même de l'objet procédural du procès pénal en le rapprochant, d'une certaine manière, de celui du procès civil, et l'influence du modèle de procès équitable qui se manifeste par l'affirmation d'un principe commun de coopération efficiente du juge et des parties dans l'élaboration de la décision qui ne peut que conduire la procédure pénale à intégrer certains principes directeurs propre au procès civil. Si la lecture des articles 1^{er} et suivants du Code de procédure civile met en exergue que certains principes directeurs du procès civil sont communs aux procédures voisines, notamment parce qu'ils relèvent de ce « *fonds commun processuel* » contenu dans l'article 6 §.1 - ce qui est le cas du principe contradictoire¹⁰⁹⁵ ou du principe de publicité des débats par exemple - il en est d'autres en revanche qui s'attachent avec plus de densité au procès civil en ce qu'ils lui

¹⁰⁹² B. BOULOC, « Procédure civile et procédure pénale », in *Rapport au colloque sur XXX^e anniversaire du Nouveau Code de Procédure Civile*, J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), Economica, 2006, 369. – E. VERGÈS, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, I, 1441.

¹⁰⁹³ Fl. BUSSY, « L'attraction des principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, 39. Le phénomène inverse se constate aussi puisque la procédure civile emprunte davantage au modèle inquisitoire (V^o en ce sens : S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, I, 65. – J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997).

¹⁰⁹⁴ V^o supra, n°...

¹⁰⁹⁵ L. MINIATIO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNER, bibl. dr. privé, t. 483, LGDJ, 2008.

donnent sa tonalité propre. Il en est ainsi du principe d'initiative, qui se trouve appelé parfois principe accusatoire ou principe d'impulsion¹⁰⁹⁶ ; du principe dispositif ; ou encore du principe d'immutabilité et d'indisponibilité du litige. Il peut être observé que certains de ces principes, propres au procès civil, tendent à s'imposer aujourd'hui dans le procès pénal.

355. – La configuration des rôles processuels du juge et des parties inspirée par le modèle procédural civil – Conséquence directe de la privatisation des qualifications pénales en droit substantiel, mais également du renforcement de l'accusatoire en procédure pénale sous l'influence du droit européen, le procès pénal intègre progressivement certains principes directeurs propres au procès civil à son modèle processuel. Cette évolution ne peut que bouleverser la répartition classiquement retenue des rôles processuels du juge et des parties dans la délimitation de la matière litigieuse comme la direction de l'instance en procédure pénale. Du fait de sa forte connotation civile, l'emploi du terme « instance » peut surprendre ici tant il est vrai qu'il est fort peu utilisé par les pénalistes qui lui préfèrent le terme de « procès ». Pourtant, envisagée dans son essence, la notion d'instance « *est le rapport de droit processuel, ou procédural, dont l'objet est de régler un litige relatif à un rapport de droit substantiel, ou fondamental, opposant une ou plusieurs personnes* »¹⁰⁹⁷, ce qui induit qu'elle n'est pas seulement une préparation formaliste de la décision du juge, mais bien un dialogue rituel entre le demandeur, le défendeur et le juge en vue de la réalisation du droit, ce qui convient mieux à notre étude que le terme de « procès ». S'il y a encore une quinzaine d'années de cela, l'étude de l'émergence des principes directeurs du procès civil dans le procès pénal se serait limitée à l'analyse des principes à l'œuvre dans l'instance pénale, elle doit s'étendre aujourd'hui, compte-tenu de la juridictionnalisation de l'application des peines, à la phase d'exécution des condamnations pénales. L'extension de l'étude à cette dernière se révèle particulièrement pertinente dans la mesure où le principe d'individualisation de la peine centre toute la phase de l'exécution de la peine autour de la réinsertion sociale du condamné. L'ascension des intérêts du condamné, et dans une proportion croissante ceux de la victime, met à mal la suprématie de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence au stade de l'exécution des peines, sauf en ce qui concerne la phase post-sentencielle où des mesures de sûreté à forte coloration pénale peuvent venir prolonger les effets de la peine. De fait, que ce soit dans l'instance pénale (**titre 1**) ou au stade post-sentenciel (**titre 2**), il convient d'observer que l'ascension des intérêts privés dans l'objet procédural du « procès pénal » rapproche la physionomie de ce dernier de celle du procès civil.

¹⁰⁹⁶ S. GUINCHARD, C. CHANAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 31^e éd., coll. précis droit privé, Dalloz, 2012, n° 656.

¹⁰⁹⁷ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., coll. Manuels, Litec, 2009, n° 484.

TITRE 1.

LA PRIVATISATION DU CADRE PROCÉDURAL DE L'INSTANCE PÉNALE

356. – L'émergence des principes d'initiative et dispositif dans l'instance pénale – Parmi les principes directeurs qui donnent au procès civil sa tonalité propre, deux d'entre eux tendent aujourd'hui à s'imposer dans l'instance pénale : le principe d'initiative, d'une part, le principe dispositif, d'autre part. Appelé parfois principe d'impulsion ou principe accusatoire¹⁰⁹⁸, le principe d'initiative donne aux parties la maîtrise de la conduite de l'instance, sous réserve de l'office importante du juge, tandis que le principe dispositif réserve aux seules parties la faculté de déterminer la matière litigieuse, l'objet et la cause de la demande, à l'exclusion du juge donc.¹⁰⁹⁹ *A priori*, ces deux principes n'ont pas leur place en procédure pénale du fait de sa dominante inquisitoire. Pourtant, bien avant que le droit européen n'impose un modèle universel de procès équitable, ces deux principes ont pénétré, lentement mais sûrement, le champ de la procédure pénale. Il en est ainsi tout autant du principe d'initiative (accroissement des droits de la défense dans l'instance pénale¹¹⁰⁰, reconnaissance progressive des droits processuels des condamnés dans la phase d'exécution des peines¹¹⁰¹, extension des prérogatives dévolues à la victime constituée partie civile¹¹⁰²) que du principe dispositif (faculté reconnue à la partie civile de participer à la délimitation de la matière litigieuse dans le procès pénal).

357. – L'ascension des intérêts privés : fondement de l'émergence des principes d'initiative et dispositif dans le procès pénal – Si le modèle européen de procès équitable a indéniablement accéléré la mutation de la répartition des rôles processuels du juge et des parties en jouant un rôle de catalyseur particulièrement efficace, l'émergence des principes d'initiative et dispositif dans le procès pénal trouve ses origines dans la privatisation progressive de l'objet procédural du « procès pénal » résultant du déclin du modèle de procès pénal centré prioritairement sur des considérations d'intérêt général au profit de l'avènement d'un modèle de procès pénal orienté vers les parties et centré sur leurs intérêts privés. Cette évolution s'observe tant au stade du déclenchement de l'instance (**chapitre 1**) qu'au stade de son déroulement (**chapitre 2**).

¹⁰⁹⁸ S. GUINCHARD, C. CHANAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, ibid.

¹⁰⁹⁹ G. BOLARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, coll. Dalloz-action, Dalloz, 2012, n° 221-211.

¹¹⁰⁰ Débuté de manière significative par la loi du 8 décembre 1897. V° : C. FURBY, *Le juge d'instruction et les droits de la défense. Loi du 8 décembre 1897. Discours*, Kessinger Publishing, 2010.

¹¹⁰¹ Comme en témoigne la création du juge de l'application des peines dans le Code de procédure pénale de 1958.

¹¹⁰² V° l'évolution jurisprudentielle débutée par l'arrêt Laurent-Atthalin (infra, n° ...).

CHAPITRE 1 – LE RÔLE ACCRU DES PARTIES PRIVÉES AU STADE DU DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE

358. – Le déclenchement de l'instance pénale partagée par l'ensemble des titulaires des intérêts lésés par l'infraction – Classiquement, l'infraction ne lésant au premier plan que l'intérêt général, il revient en principe au parquet¹¹⁰³ d'introduire l'instance pénale devant les juridictions pénales, et de définir ainsi les contours de la matière litigieuse. Toutefois, la procédure pénale française puisant ses racines dans le système accusatoire, celle-ci a toujours maintenu un lien entre l'action publique, exercée par le représentant de la société, et l'action civile de la victime particulière. La privatisation du litige pénal résultant de la privatisation des qualifications pénales ont considérablement fait évoluer la répartition des rôles processuels du parquet et de la victime au stade du déclenchement de l'instance pénale dans le sens d'une égalisation progressive de leurs droits respectifs sur la mise en mouvement de l'action publique. En allant dans le sens d'une « *action pénale partagée* »¹¹⁰⁴ entre le représentant de la société (**section 1**) et la victime particulière (**section 2**), leur permettant ainsi de définir, chacun dans la défense de leurs intérêts, la matière litigieuse dont le juge pénal se trouve saisi. Cette évolution, extérieure aux exigences du modèle de procès équitable européen, illustre, nous semble-t-il, l'émergence du principe d'initiative et du principe dispositif du procès civil dans l'instance pénale.

SECTION 1 - LES RÔLE DU PARQUET DANS LE DECLENCHEMENT DE L'INSTANCE

359. – L'extension des prérogatives du parquet dans le déclenchement de l'instance – En faisant le choix de confier à un corps de magistrats la défense de l'intérêt général devant les juridictions répressives, le législateur français a rejeté *de facto* le système de l'accusation populaire au profit du système de l'accusation publique.¹¹⁰⁵ Parce qu'il défend l'intérêt général, et non ses intérêts particuliers ou ceux de l'État, le parquet est une partie originale au procès pénal dont les prérogatives n'ont eu de cesse de croître ces dernières décennies, surtout au stade du déclenchement des poursuites pénales, lui garantissant ainsi une certaine prééminence dans l'initiative de l'instance pénale sur les autres demandeurs potentiels. En ce sens, il doit être

¹¹⁰³ Sur la distinction des notions de « parquet » et « ministère public », V° : T. SERGE-RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », in *Quel avenir pour le ministère public ?*, coll. Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2008, 35.

¹¹⁰⁴ R. PARIZOT, « Vers une action pénale partagée ? » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, op. cit., 247.

¹¹⁰⁵ Même s'il est possible de voir dans les dispositions de l'article 40-3 du Code de procédure pénale, qui permet à toute personne ayant dénoncé des faits au procureur de la République de former un recours devant le procureur général contre la décision de classement sans suite, une réminiscence de l'accusation populaire.

observé que le parquet a vu ses pouvoirs se renforcer quant à la faculté qui lui est reconnue d'apprécier l'opportunité de la poursuite pénale, et donc de l'introduction de l'instance pénale (§.1), mais également la faculté d'individualiser la voie procédurale par laquelle ce dernier entend apporter une réponse pénale à un acte infractionnel. Sur ce point, il doit être observé que le redéploiement des prérogatives du parquet dans la répression de l'infraction témoigne d'une forme de privatisation, puisque celui-ci se voit reconnaître la faculté, à l'instar des parties privées au procès civil, de régler le litige pénal par voie d'accord transactionnel, en amont de l'instance ou sein de celle-ci (§.2).

§.1 - L'APPRÉCIATION DE L'OPPORTUNITÉ D'IMPULSER L'INSTANCE PAR LE PARQUET

360. – L'autonomisation du parquet comme véritable « partie » au procès pénal – Le parquet étant une autorité publique¹¹⁰⁶ défendant les intérêts d'une collectivité qu'il n'incarne pas mais représente, l'on aurait pu penser que le système français opte pour le principe de la légalité des poursuites qui contraint le parquet à saisir systématiquement les juridictions répressives en présence de faits susceptibles de constituer une infraction. Pourtant, il peut être observé, d'une part, que non seulement le Code de procédure pénale permet aux magistrats du parquet exerçant le ministère public d'apprécier l'opportunité d'impulser l'instance pénale (A), mais encore les réformes les plus récentes tendent-elles à garantir la prééminence de ces derniers au stade de l'initiative d'une telle instance (B).

A - LA CONSÉCRATION DU SYSTÈME DE L'OPPORTUNITÉ DE LA POURSUITE PÉNALE

361. – Le choix du système français – Contrairement à certains de ces voisins européens qui ont opté pour le système de la légalité des poursuites (1), le système français se caractérise par la faculté laissée au parquet d'apprécier l'opportunité de la poursuite pénale (2), ce qui tend à démontrer que celui-ci est amené, au regard des intérêts qu'il défend, à apprécier l'opportunité d'introduire une instance pénale devant la juridiction répressive, et à y renoncer le cas échéant, comme le ferait un simple particulier dans la défense de ses intérêts. Cette faculté offerte au parquet tend à démontrer que celui-ci incarne autre chose qu'une simple institution publique fonctionnarisée.

¹¹⁰⁶ À défaut d'être pour la Cour européenne des droits de l'homme une autorité judiciaire : CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France* : D. 2013, Actu., 1687, obs. Bachelet. – 23 nov. 2010, *Moulin c/ France : Procédures* 2011, comm 30, Chavent-Leclerc. – 29 mars 2010, *Medvedyev c. France* : *SJ G.* 2010, 454, Sudre ; D. 2010, II, 1386, note Renucci.

1) *Le rejet du système de la légalité de la poursuite pénale*

362. – L’automaticité de la poursuite pénale – Dans certains pays européens, tels l’Italie, l’Espagne, la Grèce ou encore l’Allemagne, les magistrats chargés de l’exercice du ministère public se voient contraint de poursuivre systématiquement toutes les infractions portées à leur connaissance, quelles qu’en soient la gravité ou les circonstances, et une fois l’action publique mise en mouvement, ceux-ci ne peuvent enrayer le cours de la justice par un abandon de l’accusation. Même si le système de la légalité des poursuites fait l’objet de certains assouplissements dans la plupart de ces pays, il n’empêche que la mise en mouvement et l’exercice de l’action publique se trouvent retirés de la libre appréciation du parquet.¹¹⁰⁷ Pris sous sa forme pure, ce système présente de sérieux inconvénients dès lors que la mise en mouvement systématique de l’action publique ne peut que conduire à un encombrement des tribunaux - à moins que des moyens considérables soient mis à disposition de la justice - et une banalisation de la répression pénale résultant de ce que même les fautes pénales les plus insignifiantes donnent lieu à des poursuites devant les juridictions répressives. Par ailleurs, par son manque de souplesse, il interdit *de facto* toute individualisation de la répression au stade des poursuites. Mais, à côté de ces inconvénients, le système de la légalité des poursuites présente des avantages indéniables en ce qu’il garantit, par exemple, « *la complète indépendance des juridictions dès lors qu’il ne dépend que d’elles - et non de la partie poursuivante - de mettre fin aux procès qui leur ont été soumis en prononçant les décisions qui s’imposent à la suite de procédures régulièrement conduites jusqu’à leur terme* »¹¹⁰⁸, et se montre surtout plus respectueux des principes fondamentaux - notamment du principe de légalité criminelle - gouvernant le droit pénal, en offrant la certitude de la sanction des actes délictueux et de l’égalité des particuliers devant la loi. En effet, toutes les personnes impliquées dans la commission d’une infraction, et identifiées, se trouvent poursuivies devant le juge pénal. Malgré ses avantages, le système de la légalité des poursuites, par l’automaticité de la poursuite pénale qu’il impose, conduit à faire du parquet un organe objectif de l’instance pénale, et plus largement du procès pénal, à l’instar d’une simple autorité administrative. Ceci explique aussi qu’il ne fasse, dans aucun des pays précités qui y recourent, l’objet d’une application pure, et que tous en retiennent une conception modérée en admettant des atténuations, voir comme en Allemagne, des cas de classements sans suite sous condition.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁷ V° not. : E. MATHIAS, *Les procureurs de droit. De l’impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, préf. M. DELMAS-MARTY, coll. « Droit », CNRS, Paris, 1999.

¹¹⁰⁸ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, op. cit., n° 278.

¹¹⁰⁹ V° sur ce point : E. MATHIAS, *Les procureurs de droit. De l’impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, op. cit., 147.

363. – Le rejet du système de la légalité des poursuites en droit français – Le rejet du système de la légalité des poursuites ne résulte pas vraiment, à l'origine, d'un choix du législateur, le Code d'instruction criminelle ne faisait nullement référence à une quelconque faculté reconnue au parquet d'apprécier l'opportunité de la poursuite pénale. La lecture des dispositions du chapitre IV du Code d'instruction criminelle relatives à la compétence des procureurs démontre en effet que le procureur de la République devait connaître de l'ensemble des plaintes, des procès-verbaux et des dénonciations, transmises par les officiers de police judiciaire, et les poursuivre. Reste qu'à l'instar de ce qui se passe actuellement, un premier tri était effectué par les forces de police qui ne transmettaient aux services du parquet que les affaires qu'elles jugeaient suffisamment sérieuses pour éventuellement faire l'objet de poursuites pénales. Malgré l'existence de ce premier filtre, les services du parquet se trouvaient, comme aujourd'hui, confrontés à un contentieux de masse qui comportait des faits délictueux ne présentant pas tous le même degré de gravité, au point que pour certains d'entre eux, le déclenchement des poursuites pénales paraissait inopportun. Confrontés, dès la fin du XIX^e siècle, à une inflation du nombre de plaintes, de procès-verbaux et autres dénonciations, les parquetiers ont été contraints de renoncer à poursuivre certains faits en recourant à la pratique dite du « *classement sans suite sec* ». ¹¹¹⁰ C'est l'instauration du classement sans suite par les parquets qui a marqué la préférence de la pratique parquetière pour le principe de l'opportunité des poursuites, lequel fut consacré par le législateur à l'article 40 du Code de procédure pénale en ces termes : « *Le 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* ».

2) Le choix du système de l'opportunité de la poursuite pénale

364. – Les caractéristiques du système de l'opportunité des poursuites – Comme le font observer de nombreux auteurs, au départ, des démarches intellectuelles semblables s'imposent toujours au parquet dans les deux systèmes évoqués ici. Dans le système de la légalité des poursuites, comme dans celui de l'opportunité des poursuites, « *le parquet doit d'abord examiner la réalité des faits délictueux commis et, au besoin, ordonner une enquête préliminaire dont les résultats lui permettront de connaître plus exactement les circonstances, l'ampleur et la gravité de ces faits. Mais cela ne suffit pas. Il importe en second lieu de qualifier les faits venus à la connaissance du parquet (c'est-à-dire vérifier si une disposition pénale leur est applicable et laquelle), et de rechercher si l'action publique est recevable, en d'autres termes s'il n'existe pas des obstacles procéduraux au déclenchement des poursuites (présence d'une cause d'extinction de l'action publique, tels que la prescription, la chose jugée, le décès du coupable, l'amnistie, - ou nécessité d'une*

¹¹¹⁰ C. BRUSCHI, *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, coll. droit et justice, PUF, 2002, 96.

plainte, d'un avis ou d'une autorisation préalable) ». ¹¹¹¹ Ce n'est que lorsqu'il aura vérifié l'existence de toutes les exigences juridiques pour une mise en œuvre de la répression, que les systèmes divergent. Soit le parquetier doit poursuivre (système de la légalité des poursuites), soit il peut poursuivre (système de l'opportunité des poursuites). Alors que dans le premier cas, le procureur de la République n'est que l'instrument de la loi qui présume que l'intérêt général exige des poursuites, dans l'hypothèse du système de l'opportunité des poursuites, la loi laisse au parquetier « *le soin d'apprécier l'utilité concrète de la répression et l'intérêt de la société à voir punie l'infraction commise : c'est sur ce point fondamental que se marque la différence des deux systèmes* ». ¹¹¹² Le principe de l'opportunité des poursuites, par sa souplesse, permet ainsi aux magistrats du parquet de faire des choix, non seulement au stade de l'impulsion de l'instance pénale, mais également tout au long de cette dernière. L'expérience montre qu'une affaire se modifie, parfois même d'une façon considérable, entre l'ouverture des poursuites et le jugement qui sera rendu, notamment parce que des éléments nouveaux aggravent l'infraction originellement poursuivie, ou que celle-ci prend au contraire une dimension plus modeste. En reconnaissant au parquet la possibilité d'arrêter le cours de l'action répressive, non en se désistant de son action publique, mais en formulant des demandes ayant vocation à mettre un terme à l'instance - réquisitions de non-lieu devant les juridictions d'instruction ; réquisitions de relaxe ou d'acquiescement devant les juridictions de jugement par exemple - « *on renonce à l'idée d'une immutabilité du procès jusqu'à la décision juridictionnelle [ce qui induit que] l'appréciation des exigences de l'intérêt général n'a pas lieu une fois pour toutes au début des poursuites, mais sous-tend chacune des décisions essentielles prises par le ministère public, aux moments marquants du déroulement de la procédure* ». ¹¹¹³ Ce principe se trouve consacré à l'article 40 du Code de procédure pénale qui dispose que « *le procureur de la République [...] apprécie la suite à [...] donner [aux plaintes qu'il reçoit] conformément aux dispositions de l'article 40-1* ». En prévoyant expressément que le procureur de la République apprécie les suites qu'il entend donner aux plaintes et autres dénonciations qui sont portées à sa connaissance, l'article 40 du Code de procédure pénale consacre *ipso facto* au profit du parquet la faculté d'apprécier l'opportunité des poursuites pénales. ¹¹¹⁴ Cette faculté se trouve toutefois encadrée par les dispositions de l'article 40-1 du même Code, en vertu desquelles « *lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance [...] 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*

¹¹¹¹ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, op. cit., n° 279.

¹¹¹² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, ibid.

¹¹¹³ R. MERLE, A. VITU, ibid.

¹¹¹⁴ L. AUBERT, « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil », *Droit & Société* 2010, 8.

en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° Soit d'engager des poursuites ; 2° Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

365. – Les conséquences du choix du principe de l'opportunité des poursuites sur la conception du parquet – S'il répond de prime abord à une logique gestionnaire, le choix du principe de l'opportunité des poursuites démontre que le parquet n'est pas simplement perçu comme une institution fonctionnarisée dont l'automatisme des décisions lui donnerait un caractère administratif - ce qu'induit en théorie le système de la légalité des poursuites pénales - mais davantage comme un véritable mandataire doté d'une autonomie certaine dans l'accomplissement de sa mission : la défense des intérêts du corps social. Cette conception individualisée du parquet implique que, même en présence d'une infraction, ce dernier doit pouvoir apprécier le caractère opportun de la poursuite pénale pour la collectivité qu'il représente. De fait, à l'instar de n'importe quel particulier, le parquet n'est nullement tenu d'agir en justice, il peut le faire si cela lui semble opportun au regard des intérêts de la collectivité qu'il défend, mais également au regard de la politique pénale mise en oeuvre dans le ressort de la juridiction près de laquelle il exerce le ministère public.¹¹¹⁵ Parce que les procureurs sont apparus, au fil de l'histoire, non seulement comme « *les gardiens [de] l'ensemble du ministère royal* » ou encore « *les protecteurs de tous ceux que leur faiblesse recommande à la sollicitude particulière du Prince parce qu'ils sont investis comme le Roi lui-même d'un « ministère public » de justice* »¹¹¹⁶, ils ne sont pas seulement envisagés, par la doctrine dominante comme une partie au procès pénal, mais davantage comme une institution publique en ce qu'il représente l'intérêt général au nom duquel ils exercent l'action publique. Parce qu'il est une institution publique, il était somme toute légitime que ce dernier dispose de prérogatives procédurales exorbitantes par rapport à celles dont disposaient alors les parties privées au procès pénal. Mais, l'avènement d'un « *fonds commun processuel* » au plan européen a entraîné une modification du rapport de force existant entre les parties au procès pénal, en renforçant considérablement les droits procéduraux et processuels des autres parties d'une part, et en cherchant à établir un équilibre dans le rapport de force entre l'ensemble des parties au procès pénal, à l'aune de l'application du principe de l'égalité des armes tiré de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg, d'autre

¹¹¹⁵ J. VOLFF, « Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet », *ibid.* – J. DALLEST, « Le parquet et ses partenaires extérieurs ou comment mettre en oeuvre une « politique étrangère » active et bien comprise », *AJ pénal* 2007, 74. – *Ibid.*, « Parquet et partenaires judiciaires ou comment mettre en oeuvre une politique intérieure performante et acceptée », *ibid.* 471.

¹¹¹⁶ J.-M. CABARSSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n°...

part. Cette mutation des équilibres en présence dans le procès pénal ne peut raisonnablement que conduire à ne plus envisager le parquet seulement comme une institution, mais davantage comme une véritable partie au procès, usant de l'ensemble des prérogatives procédurales qui lui sont offertes par la loi pour défendre au mieux les intérêts de la société qu'il représente. La modification de la perception du parquet comme partie au procès pénal est merveilleusement illustrée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a été saisie de la question de savoir si, le fait que, dans une salle d'audience, le représentant du ministère public soit placé sur une estrade surélevée alors que l'accusé et son avocat se trouvent placés en contrebas, ne mettrait pas en cause le principe de l'égalité des armes ? Pour l'heure, celle-ci considère, fort justement nous semble-t-il, que « *si cette circonstance donne au procureur une position "physique" privilégiée dans la salle d'audience* », elle ne place pas « *l'accusé dans une situation de désavantage concret pour la défense de ses intérêts* ». ¹¹¹⁷ Il est bien évident que ce type de demande illustre le fait que le parquet apparaît de moins en moins comme une « institution », et de plus en plus comme une « partie publique au procès pénal ».

366. – En conclusion – si le choix du système de l'opportunité des poursuites est fondé à l'origine sur des considérations gestionnaires, il illustre la profonde mutation qui s'est progressivement opérée dans la conception que notre société retient du parquet. Celui-ci n'apparaît plus aujourd'hui comme un organe objectif du procès pénal, une institution fonctionnarisée à caractère administratif défendant de manière quasi-automatique les intérêts de la société sans grande considération pour les autres intérêts en présence, mais bien une véritable partie à l'instance pénale capable d'apprécier l'opportunité de la réponse pénale, comme celle du cadre processuel dans laquelle celle-ci sera apportée, en fonction de critères intéressant la société, tels que la gravité des faits, du trouble causé à l'ordre public, mais également de critères plus « humanistes » : adaptation de la réponse pénale au profil socio-psychologique de l'auteur, pertinence celle-ci au regard des attentes de la victime, etc. ¹¹¹⁸ Cette évolution est logique dans la mesure où le représentant du ministère public agit dans l'intérêt de la société, et non de l'État comme l'on peut parfois l'entendre, le procureur de la République doit pouvoir apprécier l'opportunité d'impulser l'instance pénale au regard d'un certain nombre de facteurs lui permettant de jauger du caractère pertinent de la réponse judiciaire qu'il entend donner à des faits infractionnels dont il se trouve saisi au regard de l'intérêt général qu'il défend.

¹¹¹⁷ CEDH, 31 mai 2012, *Dirioz c/ Turquie* : req. n° 38560/04. V° déjà en ce sens : CEDH, 21 juin 2011, *Carballo et Pinero c. Portugal* : req. no 31237/09. – 9 déc. 2003, *Chalmont c. France* : req. no 72531/01.

¹¹¹⁸ Cette évolution s'observe également au stade de l'instance *post-sententiam*. V° infra, n°...

B - LA PRÉÉMINENCE DU PARQUET DANS L'IMPULSION DE L'INSTANCE

367. – Une prééminence mouvante – En disposant dans son alinéa 1^{er} que « *l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi* » avant d'affirmer, au sein de son alinéa 2, que celle-ci « *peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée* »¹¹¹⁹, l'article 1^{er} du Code de procédure pénale consacre le partage du pouvoir d'impulsion de l'instance pénale entre le représentant de la société et la victime particulière. Cherchant à tirer le meilleur profit du système inquisitoire et du système accusatoire, le législateur a autorisé l'impulsion de l'instance pénale par un accusateur privé uniquement pour pallier les éventuels manquements du parquet dans l'exercice du ministère public¹¹²⁰, et ainsi éviter que des infractions demeurent impunies. Si l'article 1^{er} du Code de procédure pénale fait prévaloir l'accusation publique sur l'accusation privée dans l'initiative de l'instance pénale, sans priver cette dernière de la possibilité de jouer son rôle de contre-pouvoir, il doit être observé que l'esprit de ce dernier n'a pas toujours été respecté **(1)**, ce dont le législateur comme le juge semblent avoir pris conscience récemment **(2)**.

1) *L'atténuation de la prééminence du parquet dans l'initiative de l'instance*

368. – Le renforcement du pouvoir pénal des victimes sur l'action publique – Il résulte des dispositions combinées des articles 1^{er} et 2 du Code de procédure pénale que toutes les personnes qui ont souffert personnellement du dommage causé directement par une infraction pénale peuvent, en se constituant partie civile, participer au procès pénal¹¹²¹, et pour se faire, sont autorisées à mettre elles-mêmes l'action publique en mouvement. Sur le fondement de ces deux textes, les victimes remplissant les conditions de l'article 2, peuvent, en se constituant partie civile,

¹¹¹⁹ Sous réserve toutefois que les conditions d'exercice de l'action civile posées à l'article 2 du Code de procédure pénale soient remplies.

¹¹²⁰ La commission de révision présidée en 1993 par le doyen Georges Vedel préconisait d'inscrire dans le texte même de la Constitution que « *les magistrats du parquet exercent le ministère public* ». V° : *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*, G. VEDEL, coll. rapports officiels, La documentation française, 1993, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics.

¹¹²¹ Ph. BONFILS, « la participation de la victime au procès pénal. Une action innommée ? » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 179. – R. MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point ou fluctuations ? », in *Droit pénal contemporain. Mélanges offerts à André Vitu*, Cujas, 1989, 397. – J. GRANIER, « La partie civile au procès pénal », *RJC* 1958, 1. – J. DE POULPIQUET, « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *ibid.* – C. ROCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *ibid.* – R. PARIZOT, « Vers une action pénale partagée ? » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *ibid.* V° égal : J. LEROY, *La constitution de partie civile à fins vindicatives (défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale)*, thèse, Paris XII, 1990. – F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile (contribution à la théorie de l'action civile)*, thèse, Poitiers, 1972.

agir devant la juridiction pénale, soit par voie d'intervention lorsque le procureur de la République ou une autre partie lésée a déjà déclenché l'action publique, mais dans ce cas la constitution incidente n'est recevable que pour les seuls faits visés dans le réquisitoire introductif et pour lesquels l'instruction préparatoire est ouverte¹¹²², soit par voie d'action en mettant elle-même l'action publique en mouvement.¹¹²³ En matière criminelle, les magistrats ont témoigné pendant longtemps une certaine résistance en refusant de reconnaître que la constitution initiale de partie civile devant le juge d'instruction ouvrait une information judiciaire. C'est bien évidemment le célèbre arrêt « *Laurent-Atthalin* », au sein duquel la Haute juridiction affirmait que « *la plainte déposée entre les mains d'un juge d'instruction par la personne qui se dit victime d'un crime ou d'un délit, lorsqu'elle est accompagnée d'une constitution de partie civile, produit, pour la mise en mouvement de l'action publique, les mêmes effets qu'un réquisitoire du procureur de la République* »¹¹²⁴. En affirmant que la plainte avec constitution de partie civile emportait, concernant la mise en mouvement de l'action publique, les mêmes effets qu'un réquisitoire introductif du procureur de la République, l'arrêt « *Laurent-Atthalin* » consacrait de fait une égalité de droit entre la victime et le parquet dans la mise en mouvement de l'action publique.¹¹²⁵ Tant que cette solution se limitait à la victime directe de l'infraction, et que les dispositions de l'article 2 du Code de procédure pénale était strictement appliquée, cette solution ne soulevait que peu de difficulté, et ne remettait pas réellement en cause la prééminence du procureur de la République dans l'initiative de l'instance pénale. Mais, à compter de l'instant où la jurisprudence se mit à élargir considérablement, d'une part, la liste des titulaires privés ayant le droit de mettre en mouvement l'action publique, d'autre part, les conditions de constitution de partie civile posée à l'article 2 du Code de procédure pénale, et qu'en plus de cela, le législateur a multiplié les habilitations législatives permettant à des associations d'impulser l'instance pénale au lieu et place du parquet, la prééminence de ce dernier devait nécessairement être remise en cause. Non seulement toutes les « *victimes pénales* »¹¹²⁶ - ce qui inclut, au-delà de la victime personne physique ou morale qui souffre personnellement et directement de l'infraction, des groupements privés défendant des intérêts collectifs apparaissant comme des sous-produits de l'intérêt général habilités, par le législateur, à exercer les droits reconnus à la partie civile - mais également certaines « *victimes civiles* » se voyaient reconnaître le droit de concurrencer directement le représentant de la société dans l'impulsion de l'instance pénale.

¹¹²² Cass. crim., 28 févr. 2006 : *RPDP* 2006, 391, obs. Ambroise-Castérot.

¹¹²³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1043. – C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2^e éd., coll. Abrégé illustré, Gualino, 2009, 139.

¹¹²⁴ Cass. crim., 8 déc. 1906 : *DP*. 1907, 207, rapp. Laurent-Atthalin.

¹¹²⁵ G. DI MARINO, « Le ministère public et la victime », *ibid.*

¹¹²⁶ En ce sens, V° : Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, op. cit., n° 75.

369. – La privatisation de l'action publique – Qu'elle ait été qualifiée de rampante¹¹²⁷ ou plus largement englobée dans celle du procès pénal¹¹²⁸, la privatisation de l'action publique a fait l'objet de très nombreux commentaires en doctrine ces dernières années.¹¹²⁹ Ceux-ci tendent dans l'ensemble à mettre en évidence l'existence d'un double mouvement de privatisation résultant, d'une part, de la consécration par le droit prétorien d'une « *action pénale privée* »¹¹³⁰ par laquelle la victime se voit reconnaître le droit de mettre en mouvement l'action publique en vue de la corroborer tout au long de l'instance pénale, d'autre part, de l'élargissement des titulaires de cette action pénale privée aux proches¹¹³¹ comme aux héritiers¹¹³² de la victime directe de l'infraction, ainsi qu'à certains groupements ou associations bénéficiant d'une habilitation législative en ce sens. La montée en puissance de la « victime » - au sens large - sur la scène pénale a conduit à l'émergence d'une armée de « *sous-procureurs privés* »¹¹³³ venant concurrencer le parquet dans la mise en mouvement de l'action publique. La prééminence du parquet dans l'initiative de l'instance pénale s'en est trouvée d'autant plus atteinte que la jurisprudence a même admis ces « *sous-procureurs privés* » à se constituer partie civile dans des domaines où leur présence était a priori exclue. Nous en voulons pour preuve le fait que la théorie des infractions d'intérêt général, en vertu de laquelle la constitution de partie civile devant les juridictions répressives est impossible dès lors que le préjudice invoqué par la victime n'est pas distinct du « *préjudice social résultant du trouble apporté à l'ordre public par l'infraction* »¹¹³⁴ s'est considérablement assouplie¹¹³⁵, la jurisprudence admettant désormais que certaines infractions d'intérêt général ne sont pas exclusives de tout préjudice individuel¹¹³⁶, ce qui est le cas par exemple du délit d'obstacle à la manifestation de la vérité¹¹³⁷ ou du délit de recel de malfaiteur.¹¹³⁸

¹¹²⁷ J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* – J.-H. ROBERT, « L'éparpillement et la privatisation de l'action publique », *Dr. pén.* 1995, 17.

¹¹²⁸ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*

¹¹²⁹ V° not. : J. BROUCHOT, « L'arrêt "Laurent-Attbalin", sa genèse et ses conséquences », in *Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, 423. – A. DECOQ, « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF & Jurisclasseur, 1999, 741. – J. LARGUIER, « L'action publique menacée (à propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives) », *ibid.*

¹¹³⁰ Sur cette notion, V° *infra* n°...

¹¹³¹ Cass. crim., 9 févr. 1989 : *Bull. crim.*, n° 63 ; *Les grands arrêts du droit criminel, t. II, Le procès, la sanction*, 2^e éd., 1998, n° 6, obs. Pradel ; RSC 1989, 742, obs. Levasseur ; RTD *civ.* 1989, 653, obs. Jourdain ; RCA 1989, comm. 10, obs. Groutel.

¹¹³² Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 (deux arrêts) : *Bull. crim.*, n° 135 et n° 136.

¹¹³³ J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.*

¹¹³⁴ Cass. crim., 24 juill. 1956 : *Bull. crim.*, n° 570.

¹¹³⁵ S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *ibid.*

¹¹³⁶ Cass. crim., 3 nov. 1994 : *Bull. crim.*, n° 145.

¹¹³⁷ Cass. crim., 23 févr. 2000 : *Bull. crim.*, n° 78.

¹¹³⁸ Cass. crim., 17 sept. 2003 : *Bull. crim.*, n° 165.

370. – L'accroissement du rôle de l'accusation privée dans l'impulsion de l'instance – Les évolutions jurisprudentielles et législatives dès le début du XX^e siècle ont conduit à affaiblir la prééminence du parquet dans l'impulsion de l'instance pénale en permettant à un nombre croissant d'acteurs privés considérés comme « victimes » de se substituer à ce dernier, et d'introduire l'instance pénale en se constituant partie civile. Si l'on ne peut que se féliciter que, dans un état démocratique, l'accusation privée puisse, en palliant les insuffisances de l'autorité publique chargée de la poursuite pénale dans l'exercice de sa mission, constituer un contre-pouvoir permettant d'assurer, entre autre, non seulement l'effectivité du principe de légalité des délits et des peines, mais encore celle du principe d'égalité des citoyens devant la loi, certains auteurs ont vu dans l'égalisation progressive des droits du parquet et des « victimes » dans l'impulsion de l'instance pénale le risque d'une régression de notre système répressif dévoyé à la satisfaction des revendications vindicatives, individuelles ou collectives, des particuliers conduisant à un déséquilibre découlant d'une « *sur-représentation de l'accusation privée* »¹¹³⁹ dans l'instance pénale. Il est regrettable que le renforcement du rôle de l'accusation privée dans l'impulsion de l'instance pénale ait été perçu, par la doctrine dominante, comme une menace - ce qui serait effectivement le cas si l'accusation publique se trouvait supplantée par l'accusation privée - dès lors qu'il ne s'agissait nullement de remettre en cause le principe de l'accusation publique, mais seulement de permettre à toute personne dont les intérêts pénalement protégés sont directement lésés par l'infraction de pallier les lacunes de l'autorité étatique en charge du déclenchement des poursuites pénales. Quoi de plus légitime au regard de la privatisation des qualifications pénales ? N'appartient-il pas d'ailleurs au juge, et seulement à ce dernier, de déterminer le bien-fondé d'une demande en justice ? Le renforcement de l'accusation privée dans l'impulsion de l'instance pénale doit être approuvé, nous semble-t-il, parce que souhaitable dans un État démocratique, même si certaines dérives doivent être sanctionnées. Il aura suffi d'un scandale - en l'occurrence, celui de l'« affaire d'Outreau » - pour que le législateur l'utilise comme prétexte à une nouvelle réforme législative sensée rééquilibrer les pouvoirs des parties dans l'impulsion de l'instance pénale. Si ce texte a satisfait certains auteurs¹¹⁴⁰ qui y ont vu la garantie de la prééminence de l'accusation publique dans l'impulsion de l'instance pénale, nous doutons de la pertinence comme de l'efficacité de cette réforme au regard de sa mise en œuvre en pratique.

¹¹³⁹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », op. cit., spéc. 257. Dans ce sens : « Le dévoiement pénal : journées d'études organisées par l'Institut de criminologie de Paris le 16 janvier 1995 », *Dr. pén.* 1995, suppl. au n° 4, 14 à 18. – S. GUINCHARD, « Les moralisateurs au prétoire », in *Jean Foyer auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, 477.

¹¹⁴⁰ E. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude », *Procédures* 2007, 6.

2) *Le renforcement de la prééminence du parquet dans l'impulsion de l'instance*

371. – Le raffermissement législatif de la prééminence du parquet dans l'initiative de l'instance – C'est à l'occasion de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale que le législateur a réaffirmé la suprématie du procureur de la République dans la mise en mouvement de l'action publique. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, l'article 85, alinéa 2, du Code de procédure pénale dispose que « *la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire. Cette condition de recevabilité n'est pas requise s'il s'agit d'un crime ou s'il s'agit d'un délit prévu par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou par les articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du code électoral. La prescription de l'action publique est suspendue, au profit de la victime, du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois* ». De fait, la partie lésée perd ainsi, en matière délictuelle, son pouvoir de saisine immédiate du juge d'instruction dès lors que « *la ratio legis du nouvel article 85 du Code de procédure pénale [étant] clairement d'entraver, par un mécanisme en deux temps, le recours à la plainte avec constitution de partie civile* ». La victime est « *intellectuellement incité[e] à se conformer à l'appréciation du ministère public et à renoncer à saisir le juge d'instruction* ». ¹¹⁴¹ Le dispositif introduit par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 ne convainc guère, et ne donnera satisfaction ni aux tenants d'une action publique purement « étatique », qui nous semble peu souhaitable, ni aux tenants d'une action publique réellement partagée entre l'autorité publique chargée des poursuites et la partie lésée, dans la mesure où la personne privée est seulement retardée dans son action au stade de l'ouverture d'une information judiciaire. La pratique judiciaire tend d'ailleurs à démontrer que le dispositif est totalement inefficace dès lors que, dans la très grande majorité des cas, les parquets ne donnent jamais de réponse dans le délai de trois mois institué par le texte. ¹¹⁴² De fait, la victime se trouve totalement libre de former une plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction sans avoir connaissance de la décision du parquet.

¹¹⁴¹ S. DETRAZ, « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *JCP G.* 2008, I, 111.

¹¹⁴² Ph. BONFILS, « Table ronde – Les acteurs du procès pénal », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 146.

372. – Le raffermissement jurisprudentiel de la prééminence du parquet dans l’initiative de l’instance – S’insérant dans les pas du législateur, la Cour de cassation est venue réaffirmer la prééminence du parquet en supprimant, fort logiquement nous semble-t-il, la faculté précédemment reconnue à certaines « *victimes civiles* » d’initier l’instance pénale en mettant elles-mêmes en mouvement l’action publique. Par deux arrêt en date du 9 mai 2008, l’assemblée plénière de la Cour de cassation a confirmé une solution retenue par la chambre criminelle en 2004¹¹⁴³, interdisant à l’héritier de la victime directe de l’infraction le droit de mettre en mouvement l’action publique en se constituant partie civile au titre de l’action successorale dès lors que, ni la victime de son vivant, ni le procureur de la République n’ont déclenché les poursuites pénales.¹¹⁴⁴ Cette solution se fonde assurément sur une distinction stricte entre le droit de demander réparation du dommage, lequel fonde l’action civile, et celui de réclamer la répression de l’auteur d’une infraction, lequel fonde l’action pénale privée.¹¹⁴⁵ Celle-ci ne peut qu’appartenir à la victime directe de l’infraction car elle seule réunit sur sa tête la qualité et l’intérêt à agir en répression devant les juridictions pénales. L’héritier ne reçoit du *de cuius* que le droit de demander réparation du dommage né dans le patrimoine de ce dernier au moment de l’infraction. Parce que l’héritier agissant en réparation du préjudice successoral ne constitue qu’une victime indirecte, celui-ci ne saurait être titulaire de l’action pénale privée appartenant en principe à la seule victime directe de l’infraction. De ce point de vue, la solution retenue par la Cour de cassation doit être approuvée. Si cette décision a été fortement commentée, il convient toutefois de ne point être dupe quant à ses effets en pratique dans la mesure où celle-ci n’aura en réalité que peu d’impact sur le pouvoir pénal des héritiers agissant sur le fondement de l’action civile successorale. En effet, ces derniers peuvent invoquer devant la juridiction répressive à la fois le préjudice du *de cuius* et leur préjudice personnel, notamment leur préjudice moral, et dans ce cas de figure, ils apparaissent comme des « *victimes pénales* ». Il est donc tout à fait possible d’imaginer que l’héritier pourra déclencher l’action publique en déposant une plainte avec constitution de partie civile en sa qualité de « *victime pénale* », pour ensuite se constituer partie civile par voie d’intervention en sollicitant la réparation du préjudice successoral en sa qualité de « *victime civile* », la condition de mise en mouvement de l’action publique antérieurement à la saisine de la juridictions répressive étant alors remplie. De fait, la prééminence du parquet dans la

¹¹⁴³ Cass. crim., 27 avr. 2004 : *Bull. crim.*, n° 96.

¹¹⁴⁴ Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, (deux arrêts) : *Bull. Ass. plén.*, n° 1 ; *JCP G.* 2008, II, 10124, note Maréchal. Confirm. : Cass. crim., 20 mai 2008 : *Bull. crim.*, n° 123. – 1er sept. 2010 : *AJ pénal* 2010, 34, obs. Lasserre-Capdeville. – 27 mars 2013 : *RCA* 2013, comm. 215, obs. Groutel.

¹¹⁴⁵ En ce sens : M. SANCHEZ, « Vers une meilleure définition de la partie lésée par l’infraction : à propos de deux arrêts rendus par l’assemblée plénière le 9 mai 2008 », *Dr. pén.* 2008, étude 12.

mise en mouvement de l'action publique ne nous semble pas renforcée par les arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008.

373. – En conclusion – Si la prééminence du parquet dans l'impulsion de l'instance pénale instaurée par les articles 1 et 2 du Code de procédure pénale se justifie pleinement dans un système qui fait prévaloir l'accusation publique sur l'accusation privée, encore faut-il observer que cette dernière tend à s'affaiblir malgré les correctifs apportés tant par le législateur que le juge. En réalité, il nous semble que la phase d'initiative de l'instance pénale est actuellement marquée par un mouvement tendant à l'égalisation des droits du parquet et des « *victimes pénales* » dans l'impulsion de l'instance pénale qui trouve ses racines dans la jurisprudence « *Laurent-Attalin* » de 1906. Ce mouvement ne nous semble pas témoigner d'un déclin du système de l'accusation publique ou d'une « *victimisation* » de la procédure pénale, ni même d'un retour à l'accusation populaire, mais plus simplement de la recherche de nouveaux équilibres dans l'initiative de l'instance pénale entre la partie publique et la partie civile au procès pénal, ce qui nous semble logique au regard de la privatisation des qualifications pénales observée en droit substantiel. Il nous semble que toute personne dont les intérêts pénalement protégés se trouvent lésés par un acte infractionnel doit pouvoir saisir l'ensemble des juridictions pénales, nonobstant la position du représentant de la société qui est parfaitement libre d'apprécier, au regard de l'intérêt général qu'il défend, l'opportunité de la poursuite pénale. C'est le système vers lequel nous nous dirigeons avant la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 et les revirements jurisprudentiels de 2008. Nous pensons qu'il ne s'agit là que d'obstacles temporaires qui n'empêcheront nullement le système de continuer d'évoluer vers une parfaite égalité de droits entre le parquet et les « *victimes pénales* » dans l'initiative de l'instance pénale, ce qui rapprochera encore davantage le procès pénal du procès civil.

374. – Conclusion du paragraphe 1 – Le choix du système de l'opportunité de la poursuite pénale témoigne de ce que le parquet n'est pas perçu, en France du moins, comme un organe objectif du procès pénal, une institution fonctionnarisée à caractère administratif contraint de saisir systématiquement les juridictions répressives en présence de faits infractionnels. Il est une autorité publique, mandatée par le corps social pour agir en son nom dans la défense de ses intérêts. Cette mission particulière le conduit nécessairement à apprécier l'opportunité de l'instance pénale au regard de sa fonction : l'exercice du ministère public. La défense de l'intérêt général commande en effet au parquet d'adapter la réponse pénale en fonction de la gravité de l'infraction, du passé pénal de l'auteur, de la gravité du trouble causé à l'ordre public ou de la gravité du dommage causé à la victime, de sorte que, pour répondre à cet impératif, les magistrats

du parquet doivent disposer de la faculté d'apprécier l'opportunité de la poursuite pénale, et le cas échéant, être libre de faire le choix de ne pas initier l'instance pénale, si une telle réponse paraît disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction, au passé pénal de l'auteur ou encore à la gravité du trouble causé à l'ordre public ou du dommage causé à la victime particulière. Mais, parce que l'intérêt privé se trouve maintenant placé au sommet de la hiérarchie des valeurs pénalement protégées dans un nombre croissant de texte d'incriminations, le principe de l'opportunité de la poursuite pénale se trouve aujourd'hui menacé par le renforcement progressif du rôle de l'accusation privée dans la mise en mouvement de l'action publique résultant d'une tendance à l'égalisation des droits du parquet et des « *victimes pénales* » dans l'impulsion de l'instance pénale qui trouve ses racines dans la jurisprudence « *Laurent-Attbalin* » de 1906. Cette évolution, même si elle connaît actuellement une phase de ralentissement, illustre néanmoins l'émergence du principe d'impulsion ou d'initiative de l'instance par les parties - principe directeur du procès civil - en procédure pénale, dès lors que le droit de mettre en mouvement l'action publique n'est plus « *la chose* » du seul représentant du ministère public, mais également celle des « *victimes pénales* ».

§.2 - L'IMPULSION DE L'INSTANCE PÉNALE SUBORDONNÉE A L'ÉCHEC DU RÉGLEMENT TRANSACTIONNEL DU LITIGE PÉNAL

375. – Le règlement du litige pénal par voie de transaction – À l'instar de la procédure civile qui fait une large place aux modes alternatifs de règlement des contentieux¹¹⁴⁶, la procédure pénale permet au parquet de conditionner l'impulsion de l'instance pénale à l'échec d'un règlement du litige pénal par voie de transaction pénale.¹¹⁴⁷ L'avènement de cette justice pénale « *consensuelle* » ou « *négociée* »¹¹⁴⁸ a entraîné une extension significative des prérogatives des magistrats du parquet qui, sous couvert d'une reconnaissance de culpabilité et d'un consentement à la sanction pénale, disposent désormais de la faculté, à l'instar des parties privées au procès civil,

¹¹⁴⁶ Outre la transaction prévue aux articles 2044 et suivants du Code civil, le Code de procédure civile comporte de nombreuses procédures tendant à permettre aux parties de mettre fin à leur litige en recherchant conjointement un accord susceptible de mettre un terme au différend qui les oppose. Il en est ainsi, notamment, des procédures listées au sein du livre V du Code de procédure civile intitulé « *la résolution amiable des différends* ».

¹¹⁴⁷ V° sur cette question : J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, Aix-Marseille, 2012. Égal. : F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *ibid.* – A. CISSE, « Justice transactionnelle et justice pénale », *ibid.* – C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 29. – M. VAN DE KERCHOVE, « Eclatement et recomposition du droit pénal », *RSC* 2000, 5. – M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, op. cit., 367.

¹¹⁴⁸ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale, justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *ibid.*

de mettre un terme au litige pénal par la conclusion d'un accord transactionnel¹¹⁴⁹, dont le succès va conditionner l'impulsion de l'instance pénale. Cette faculté s'exprime principalement aujourd'hui par la reconnaissance au parquet d'un droit de transaction **(A)**, dont l'encadrement est relativement souple contrairement à ce que le cadre législatif peut laisser supposer parfois **(B)**, lui permettant ainsi, d'une part, de régler le litige en amont de l'instance pénale sans avoir à mettre en mouvement l'action publique, mais également d'initier une « *instance en règlement transactionnel* » en recourant à la CRPC.

A – LE RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL DU LITIGE PÉNAL

376. – Reconnaissance et extension du droit de transaction du parquet – En permettant au procureur de la République, par recours aux procédures visées aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale, de sanctionner l'auteur d'une infraction reconnaissant les faits en lui proposant d'exécuter un certain nombre de mesures dont la coloration pénale est plus ou moins marquée selon qu'elles relèvent du premier ou du second, le législateur lui octroie de fait la faculté de régler par voie d'accord transactionnel le litige pénal en amont de l'instance pénale **(1)**. Mais, en introduisant la procédure de CRPC, le législateur a étendu ce droit de transaction en instaurant une « *instance en règlement transactionnel* » du litige pénal se soldant par une décision juridictionnelle homologuant l'accord conclu entre le parquet et l'auteur de l'infraction **(2)**.

1) Le choix du règlement transactionnel du litige en amont de l'instance pénale

377. – Les mesures alternatives aux poursuites de l'article 41-1 – C'est à l'occasion de la réforme opérée par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale que le législateur a affirmé au profit des magistrats du parquet un véritable pouvoir de transaction ayant vocation à être exercé à l'occasion de la mise en œuvre des procédures alternatives aux poursuites introduites à l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Ce texte comporte différentes mesures susceptibles d'être utilisées par les magistrats du parquet « *préalablement à toute décision sur l'action publique* » pour répondre à un acte de délinquance de faible ou moyenne gravité. Si toutes les mesures visées par l'article 41-1 du Code de procédure pénale constituent des sanctions

¹¹⁴⁹ Le règlement transactionnel du litige pénal est souvent perçu par la doctrine comme une manifestation de l'américanisation de notre procédure pénale (V° not. : N. DONGOIS, B. VIREDAZ, « De l'américanisation des sciences pénales européennes », in *Sciences pénales & sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, op. cit., 215. – J.-F. KRIEGK, « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ? », *Gaz. Pal.* 2005, 870. – A. MIGNON-COLOMBET, F. BUTHIAU, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. - Punir, surveiller, prévenir ? », *SJ G.* 2013, I, 359. – L. COHEN-TANUGI, E. BREEN, « Le *deferred prosecution agreement* américain. - un instrument de lutte efficace contre la délinquance financière », *SJ G.* 2013, I, 954.

juridiques, aucune ne dispose réellement d'une coloration pénale. Ce texte comporte en effet des mesures qui n'emportent ni contrainte ni obligation pour l'auteur des faits, telle que la mesure de rappel à la loi, qui n'est rien d'autre qu'une admonestation judiciaire jadis utilisée par la pratique parquetière¹¹⁵⁰, ou encore qui se rapprochent davantage des mesures de sûreté que des peines, ce qui est le cas des différents stages ou formations prévus au 2° de l'alinéa 1 de l'article 41-1 dont l'accomplissement, au frais de l'auteur des faits, peut être proposé par le procureur de la République, lesquels n'ont pas pour finalité de punir l'auteur des faits, mais seulement de faire disparaître les conditions qui ont rendu la consommation de l'infraction possible.¹¹⁵¹ Si aucune des mesures susceptibles d'être proposées par le procureur de la République à l'auteur des faits ne constitue réellement une sanction à coloration pénale, c'est que le Conseil Constitutionnel considère que « *le prononcé et l'exécution des mesures pouvant être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle, et qui lorsqu'elles sont prononcées par un tribunal constituent des sanctions pénales, peuvent, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement* »¹¹⁵², or, comme nous allons le voir, la mise en œuvre de l'article 41-1 du Code de procédure pénale ne suppose aucune intervention du juge du siège.

378. – Le caractère transactionnel des mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 – Que la mise en œuvre de l'article 41-1 du Code de procédure pénale ne suppose pas l'intervention d'un magistrat du siège ne soulève guère de difficultés dès lors que les mesures prévues par ce texte n'ont aucune coloration pénale. Par ailleurs, ces sanctions juridiques ne sont pas prononcées par le procureur de la République, mais proposées par ce dernier à l'auteur des faits qui est libre d'y consentir. C'est ici que le caractère transactionnel des alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale apparaît.¹¹⁵³ Si, au sens des articles 2044 et suivants du Code civil, « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* », la jurisprudence a exigé très tôt l'existence de concessions réciproques entre les parties à la transaction pour qu'un tel accord puisse revêtir une telle nature juridique.¹¹⁵⁴ Dans le cadre de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, l'existence

¹¹⁵⁰ C. BRUSCHI, *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique, Mission de recherche GIP Droit et Justice, 2001, synthèse, 3.

¹¹⁵¹ V° sur ce point, E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 65.

¹¹⁵² Cons. Const. n° 95-360 DC du 2 février 1995 : *JORF* du 7 févr. 1995, 2097.

¹¹⁵³ G. BLANC, « La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale) », *ibid.*

¹¹⁵⁴ F. JULIENNE, « La caractérisation des concessions réciproques dans le contrat transactionnel », *RRJ* 2012, 1807 ; B. FAGES, « Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, 53. – C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, I, 267.

de concessions réciproques peut être constatée. Du côté de l'auteur des faits, nul doute qu'en acceptant l'offre formulée par le procureur de la République, celui-ci renonce aux garanties processuelles encadrant l'élaboration de la décision juridictionnelle. Du côté du parquet, un doute peut naître sur la réalité de la concession opérée dans la mesure où les alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 n'ont pour effet que de suspendre l'action publique, et non de l'éteindre, de sorte que celui-ci peut parfaitement impulser l'instance pénale en mettant l'action publique en mouvement malgré l'exécution des mesures proposées dans le cadre du recours à l'article 41-1.¹¹⁵⁵ De fait, les mesures visées par ce texte ne sont que de simples mesures d'administration judiciaire par lesquelles le parquet réserve sa décision sur l'action à fin publique comme l'action publique¹¹⁵⁶, ce qui induit que le mécanisme retenu par l'article 41-1 est donc conditionnel et temporaire. Or, il résulte de l'article 2052 du Code civil que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* », de sorte que la faculté reconnue au parquet d'initier l'instance pénale malgré l'exécution du contenu de l'accord transactionnel par l'auteur des faits paraît s'opposer au caractère transactionnel des mesures prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Par ailleurs, dans le cas particulier de la médiation pénale, mesure prévue au 5° de l'alinéa 1^{er} de ce texte, la présence d'un médiateur intervenant dans l'élaboration de la solution du litige semble conduire à l'exclusion d'une qualification transactionnelle.¹¹⁵⁷ Pourtant, ces éléments n'ont pas empêché la Cour de cassation de consacrer récemment le caractère transactionnel de la médiation pénale au plan civil.¹¹⁵⁸ Au regard du fait que l'ensemble des procédures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 apparaissent bien comme des transactions pénales, à l'exception notable du rappel à la loi, il serait souhaitable que le législateur consacre leur effet extinctif à l'égard de l'action publique afin d'interdire au parquet, sauf cas particuliers prévus par la loi, la faculté d'initier l'instance pénale malgré l'exécution des mesures consenties par l'auteur des faits, et à la victime de mettre en mouvement l'action publique alors même que l'accord a été correctement exécuté, ce qui en l'état des textes est tout à fait envisageable. Cette évolution donnerait une cohérence aux alternatives aux poursuites qui fait actuellement défaut.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁵ Cass. crim., 21 juin 2011 : *Bull. crim.*, n° 141 ; *AJ pénal* 2011, 584, note Belfanti ; *RSC* 2011, 660, obs. Danet. V° égal. : S. DETRAZ, « Clarification du régime applicable à la procédure de l'article 41-1 du code de procédure pénale », *Gaz. Pal.* 2011, 18. – F. DESPREZ, « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », *D.* 2011, I, 2379. – J.-B. PERRIER, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *D.* 2011, point de vue, 2349.

¹¹⁵⁶ Sur ces notions, V° : Ph. CONTE, « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, ibid.

¹¹⁵⁷ En ce sens : J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, op. cit., n° 82.

¹¹⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013 : *D.* 2013, II, 1663, note Perrier.

¹¹⁵⁹ M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai d'une théorie générale », *RSC* 2012, 505.

379. – La gradation de la réponse pénale où le recours à la composition pénale – En présence de faits susceptibles de constituer des 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, et, le cas échéant, en présence d'une ou plusieurs contraventions connexes, le procureur de la République dispose de la faculté de réprimer ces infractions en amont de l'instance pénale par le recours à la procédure de composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale.¹¹⁶⁰ Contrairement aux mesures prévues à l'article 41-1, celles de l'article 41-2 disposent d'une coloration pénale plus marquée. Bien que la grande majorité des mesures pénales susceptibles d'être proposées par le procureur de la République dans le cadre de la composition pénale s'analyse davantage comme des mesures de sûreté que comme des sanctions pénales, il n'en demeure pas moins vrai que certaines mesures s'apparentent davantage à la catégorie des peines. Il est ainsi de l'amende de composition, dont le montant, *« qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. Son versement peut être échelonné, selon un échancier fixé par le procureur de la République, à l'intérieur d'une période qui ne peut être supérieure à un an »*, ou encore de la possibilité d'accomplir *« au profit de la collectivité, notamment au sein d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées, un travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures, dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois »*. Nulle difficulté ici pour reconnaître la peine d'amende et la peine de travail d'intérêt général, dont les identités, comme les modalités d'exécution, ont été retravaillées en vue de passer le filtre du Conseil Constitutionnel. De ce point de vue, l'article 41-2 offre aux magistrats du parquet un large éventail de sanctions leur permettant, à l'instar de leurs collègues du siège, d'individualiser la sanction en sélectionnant, comme le ferait le juge sur le fondement des dispositions de l'article 132-24 du Code pénal, les mesures qui lui paraissent les mieux adaptées au regard de la gravité de l'acte, la personnalité de l'auteur, de la gravité du trouble causé à l'ordre public, mais également de la finalité recherchée.¹¹⁶¹ De ce point de vue, le magistrat du parquet apparaît comme un *« quasi-juge »*.¹¹⁶²

¹¹⁶⁰ J. PRADEL, « Vers un *« aggiornamento »* des réponses de la procédure pénale à la criminalité », *JCP G.* 2004, I, 132. – Ibid., « Une consécration du *« plea bargaining »* à la française. La composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, I, 379.

¹¹⁶¹ V. LESCLOUS, « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social, une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13.

¹¹⁶² C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *ibid.* – D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *ibid.* V° égal. : J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, 13. – J. ALIX, « Quels visages pour le parquet en France ? », in *Figure du parquet*, C. Lazerges (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2006, 73-74. – H. DALLE, « Juges et procureurs dans la loi Perben II », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, coll. Dossiers journées d'études Dalloz, Dalloz, 2004, 464. – Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pén.* 2007, 17. – J.-P. DINTHILAC, « Rôle et attributions du procureur de la République. Histoire et évolutions.

380. – Le caractère transactionnel de la composition pénale – Contrairement aux mesures prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, l'exécution d'une mesure de composition pénale prévue à l'article 41-2 du même Code emporte extinction de l'action publique, de sorte que le procureur de la République, lorsqu'il décide de recourir à l'application de l'article 41-2 prend une décision sur l'action publique. Dès le départ, celui-ci sait que si l'auteur des faits exécute la mesure à laquelle il aura consentie, il ne pourra plus mettre en mouvement et exercer l'action publique à son encontre. Dans l'hypothèse de la composition pénale, l'existence de concessions réciproques apparaît plus nettement. Du côté de l'auteur, ce dernier renonce à l'évidence à certaines garanties processuelles attachées à la procédure d'élaboration de la décision juridictionnelle, mais également au droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer, dès lors que l'article 41-2 du Code de procédure pénale dispose expressément que la mesure de composition pénale ne peut être proposée qu'à « *une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes* ». Si la reconnaissance de culpabilité est déjà omniprésente dans les alternatives aux poursuites de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, elle constitue ici une condition *sine qua none* de la composition pénale. Du côté du parquet, ce dernier renonce bien évidemment à l'instance pénale dès lors que l'exécution de la composition pénale aura pour effet d'éteindre l'action publique. L'existence de concessions réciproques est donc tout à fait vérifiable dans le cadre de la composition pénale, et celle-ci constitue bien, conformément à la lettre de l'article 2044 du Code civil, « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née* ». De ce point de vue, la composition pénale constitue une transaction au sens de ce texte. Alors certes, la composition pénale suppose l'intervention d'un magistrat du siège pour produire ses effets, ce que n'imposent pas les articles 2044 et suivants du Code civil. Cela est vrai. Mais, l'article 1441-4 du Code de procédure civile autorise les parties à une transaction à en demander l'homologation judiciaire auprès du président du tribunal de grande instance en vue de lui donner une force exécutoire supérieure, de sorte que la composition pénale peut parfaitement s'imposer comme une transaction judiciairement homologuée, le caractère obligatoire de "l'homologation" tenant ici à la nature particulière du litige en ce qu'il intéresse l'ordre public et les libertés individuelles. Il n'est donc pas surprenant, compte tenu de ce que nous avons dit, que le caractère transactionnel de la composition pénale ait été implicitement consacré par la Cour de Cassation à l'occasion d'une décision en date du 20 novembre 2007.¹¹⁶³ Dans cet arrêt en effet, la chambre criminelle n'a pas

Nouvelles attributions résultant de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes. Perspectives », *RSC* 2002, 35.

¹¹⁶³ Cass. crim., 20 nov. 2007 : *D.* 2008, II, 1035, note Joseph-Ratineau.

hésité à affirmer que l'acceptation par l'auteur de l'infraction de l'offre formulée par le parquet scelle l'accord transactionnel, et interdit à ce dernier de se désister pour recourir à une autre procédure pénale. La solution est logique, comme dans n'importe quelle transaction, la rencontre des volontés par le recueillement du consentement de l'intéressé quant à l'offre faite par le parquet scelle le contrat, et contraint ce dernier d'aller jusqu'au bout de la procédure, ce qui signifie en l'espèce, saisir le magistrat du siège compétent aux fins de validation de la composition pénale.

2) Le choix du règlement transactionnel du litige par l'impulsion d'une « instance en règlement transactionnel »

381. – La CRPC : une procédure de jugement accélérée – La reconnaissance d'un pouvoir de transaction aux magistrats du parquet, plus particulièrement dans le cadre de la composition pénale, conduisait déjà à penser que le procureur de la République pouvait punir directement l'auteur d'une infraction dès lors que ce dernier consentait à la mesure proposée et qu'un magistrat du siège validait l'accord transactionnel ainsi conclu en amont de l'instance répressive. Avec la CRPC, la « donne » est quelque peu différente dans la mesure où les parquetiers sont invités à exercer leur droit de transaction, non plus en amont de l'instance pénale - et donc en dehors de toute procédure juridictionnelle - mais au sein d'une instance particulière supposant la mise en mouvement de l'action publique : « *l'instance en règlement transactionnel du litige pénal* ». De fait, c'est bien dans le cadre d'une procédure juridictionnelle que le règlement du litige pénal par voie de transaction conclu entre le parquet et l'auteur de l'infraction est amené à se dérouler. Dès l'introduction de l'instance, le parquet va devoir trancher la question du choix du cadre processuel dans lequel il entend régler le litige pénal. La question à laquelle il doit répondre est simple : le litige dont il se trouve saisi peut-il être soustrait aux contraintes de l'audience pénale ?¹¹⁶⁴ Lorsque le suspect a préalablement reconnu sa culpabilité, la réponse à cette question ne peut être que positive, et l'option de la CRPC s'impose.

382. – Une procédure de jugement accéléré reposant sur un accord transactionnel – Parce que la reconnaissance de culpabilité constitue la condition préalable de mise en œuvre d'une CRPC, il doit être observé que, du côté du prévenu, le caractère transactionnel de la CRPC résulte de ce que dernier renonce à certaines garanties processuelles entourant traditionnellement

¹¹⁶⁴ G. AZIBERT, « Perspectives et prospectives au sujet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la loi dite " Perben II " », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 176.

la décision juridictionnelle¹¹⁶⁵, notamment son droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer. Le renoncement à ce droit prend ici une dimension particulière en ce que, contrairement à ce que nous avons pu observer dans la procédure de composition pénale, ce dernier encourt ici une peine d'emprisonnement. Du côté de l'auteur, les concessions réciproques ne sont guère différentes de celles déjà abordées dans le cadre de la composition pénale, seul les conséquences de ces dernières se trouvent renforcées. Pour le parquet en revanche, la donne change puisqu'il n'est plus question ici de renoncer à la mise en mouvement de l'action publique. Ce n'est donc plus sur celle-ci que le procureur de la République transige, mais sur la sévérité de la peine appliquée. L'article 495-8, alinéa 1, du Code de procédure pénale dispose très simplement que « *le procureur de la République peut proposer à la personne d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues ; la nature et le quantum de la ou des peines sont déterminés conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal* », toutefois, « *lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue* », tandis que « *lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue* ». ¹¹⁶⁶ Par ailleurs, l'article 2.2.2.1 de la circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004¹¹⁶⁷ prévoit que « *la ou les peines proposées [...] doivent évidemment tenir compte des peines que le tribunal correctionnel serait en pratique susceptible de prononcer s'il était saisi selon les procédures ordinaires, [et] doivent être inférieures à ces peines, afin d'inciter la personne à accepter la proposition du procureur* ». La concession du parquet dans la procédure de CRPC tient au renoncement à une peine dont le degré de sévérité serait supérieur à celui de la peine proposée si elle était requise devant le tribunal correctionnel. De ce point de vue, l'introduction de la CRPC dans notre arsenal répressif confirme le déplacement du centre de gravité du jugement pénal de la culpabilité, qui apparaît ici comme acquise, à la peine.¹¹⁶⁸ *A priori* donc, la CRPC s'analyse bien comme un accord transactionnel intervenant entre les parties à

¹¹⁶⁵ Contrairement au magistrat du siège qui qualifie pénalement les faits, vérifie sa compétence, la régularité de la procédure lorsque la loi lui impose de relever d'office l'existence de certains vices de forme, et apprécie, au terme d'un débat contradictoire, la culpabilité de la personne pénalement poursuivie, avant de décider, s'il y a lieu, du prononcé d'une peine ; le parquet vérifie naturellement sa compétence territoriale, mais pas la régularité de la procédure, pas plus qu'il ne va apprécier la culpabilité de la personne qui se trouve convoquée devant lui, et qui peut d'ailleurs être à l'origine de la mise en œuvre de la procédure de CRPC. Mais, et c'est là qu'intervient déjà le renforcement des garanties du mis en cause, si la convocation peut être envoyée par le parquet ou délivrée par un OPJ, l'auteur de la proposition est exclusivement un magistrat du ministère public, et seul ce dernier peut recueillir la reconnaissance de culpabilité et l'accord relatif aux peines proposées. Sur ce point, il convient de rappeler la lettre même de l'article 495-7 du Code de procédure pénale, en vertu duquel, « *les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies et la proposition de peine est faite par le procureur de la République, [...]* ».

¹¹⁶⁶ Ces peines peuvent être assorties en tout ou partie du sursis, mais également faire l'objet d'une des mesures d'aménagement énumérées par l'article 712-6 du Code de procédure pénale.

¹¹⁶⁷ présentant les 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 de préalable de culpabilité, NOR : JUS-D-04-30176C.

¹¹⁶⁸ A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalablement de culpabilité : une autre procédure de Jugement ou une autre manière de juger ? », op. cit., spéc. 9-10.

« l'instance en règlement transactionnel du litige pénal » (parquet/auteur)¹¹⁶⁹, reposant sur des concessions réciproques prévues par la loi, et mettant fin au litige en cas d'homologation par le juge. Toutefois, la caractère transactionnel de la CRPC ne se limite pas à ces aspects, et se trouve incroyablement renforcé par une disposition règlementaire issu d'une circulaire qui a fait couler beaucoup d'encre. *A priori*, la lecture de l'article 495-8, alinéa 1, le procureur de la République fait une offre de peine qui est, selon la lettre même de ce texte, "à prendre ou à laisser", et l'alinéa 5 de l'article 495-8 ne laisse sur ce point aucun doute lorsqu'il précise que « *la personne peut librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision. Elle est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées* ». Pourtant, si la loi ne laisse aucune place à la négociation, il n'en va pas de même concernant l'ambigu article 2.2.3 de la circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004, lequel, après avoir précisé tout d'abord que « *elle [la loi] ne prévoit pas en revanche de "négociation" sur la peine entre l'avocat et le procureur, qui est totalement libre de choisir la ou les peines qu'il entend proposer à l'auteur des faits, sans tenir aucun compte des éventuelles observations de l'avocat* », affirme ensuite que « *en tout état de cause, le procès-verbal de présentation dans lequel figure la ou les peines proposées, ..., ne doit faire apparaître que la ou les peines définitivement proposées par le procureur, et non la ou les peines que le Parquet a pu le cas échéant proposer dans un premier temps, avant d'être convaincu de modifier sa proposition* ». Ainsi, bien qu'il n'y ait pas officiellement de "négociation", le parquet peut toutefois être convaincu de modifier la peine qu'il a dans un premier temps proposée, ce qui indique bien que l'avocat du prévenu, ou le prévenu lui-même, dispose du pouvoir de faire une contre-proposition à l'offre effectuée par le procureur, contre-proposition que ce dernier est libre d'accepter ou de refuser. La pratique démontre ainsi que la CRPC est une procédure dans laquelle la proposition du parquet fait l'objet de "discussions" entre le prévenu assisté de son avocat et le procureur de la République, lesquelles ne sont rien d'autres que des négociations.¹¹⁷⁰

383. – Le domaine de la négociation dans le cadre de la CRPC – Le principe dans la CRPC est que le procureur de la République doit proposer au prévenu une peine moins sévère que celle théoriquement encourue, mais également inférieure au *quantum* des peines prononcées par le tribunal correctionnel territorialement compétent, conformément aux dispositions de l'article 2.2.2.1 de la circulaire du 4 septembre 2004 précité. En pratique, cette moins grande sévérité

¹¹⁶⁹ Ce qui explique que dans la très grande majorité des parquets n'usent pas de la procédure de CRPC en présence d'une victime identifiée et susceptible de se constituer partie civile.

¹¹⁷⁰ En ce sens : B. PEREIRA, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2007, I, 2041. – F. DESPREZ, « CRPC : 18 mois d'application à Montpellier », *APC* 2006, 123. – J. DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques ... et des pratiques vers quel (s) modèle (s) ? », *AJ pénal* 2005, 433. – P.-J. DELAGE, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.* 2005, I, 1970.

résulte non seulement d'un abaissement de la durée ou du *quantum* de la ou des peines proposées, mais également du choix d'une peine plutôt qu'une autre, ou des modalités d'exécution de la peine proposée, par exemple, proposition d'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis au lieu d'une peine ferme. Sur ce point, l'article 2.2.2.1 de la circulaire du 2 septembre 2004 fixe toutefois une limite à l'abaissement du seuil de sévérité de la répression pénale en disposant que « *cet allègement de la peine ne doit cependant pas aboutir à une sanction qui serait manifestement insuffisante au regard des faits et de la personnalité de leur auteur, ce qui serait de nature à entraîner un refus d'homologation* ». Au regard de ce qui vient d'être dit, il convient de s'interroger sur le domaine de la négociation. Porte-t-il seulement sur le *quantum* de la peine ou peut-il également porter sur la nature de cette dernière ? Sur ce point, la circulaire du 2 septembre 2004 peut apporter un élément de réponse en ce qu'elle fait clairement référence à « *la ou les peines définitivement proposée(s) et non, la ou les peines que le parquet a pu, le cas échéant, proposée(s) dans un premier temps avant d'être convaincu de modifier sa proposition* ». La circulaire ne semble donc pas restreindre le champ de la négociation au seul *quantum* de la peine. En théorie du moins, rien n'interdit au mis en cause un de tenter une négociation sur la nature ou/et le *quantum* de la peine que ce dernier lui propose. Est-ce à dire pour autant que la négociation soit totalement libre ? Assurément pas. La négociation susceptible d'intervenir entre le parquet et le prévenu assisté de son avocat sera nécessairement encadrée et limitée par l'intervention du juge qui, en présence d'un accord aboutissant à une sanction manifestement insuffisante au regard des faits, et de la jurisprudence du tribunal correctionnel territorialement compétent, n'homologuera pas la CRPC.

384. – L'échec de la CRPC conduit à l'impulsion de l'instance pénale – Dès l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, la pratique parquetière a adopté le principe de la double convocation. Selon cette pratique, dès l'impulsion de « *l'instance en règlement transactionnel du litige pénal* », le parquet impulsait simultanément une instance pénale en saisissant le tribunal correctionnel par voie de citation à comparaître dont il délivrait copie au prévenu, de sorte qu'en cas d'échec de la CRPC, le prévenu était convoqué devant le tribunal correctionnel, ce qui permettait de ne pas perdre de temps dans la gestion de l'affaire. Parce que cette pratique conduisait à admettre que l'exercice d'une seule et même action - l'action publique - ouvrait simultanément deux instances, elle fut rapidement censurée par la Cour de cassation.¹¹⁷¹ Au-delà des obstacles techniques bien réels, une partie de la doctrine justifiait également cette solution par le fait qu'elle portait atteinte aux droits de la défense en instituant un moyen de pression

¹¹⁷¹ Cass. crim., 4 oct. 2006 : *Bull. crim.*, n° 244 ; *D.* 2007. II, 58, note Delage ; *AJ pénal* 2007, 79, note Leblois-Happe. – 14 oct. 2008 : *Procédures* 2008, comm. 340, obs. Buisson.

susceptible de vicier le consentement de l'intéressé.¹¹⁷² Autant l'argument technique nous a toujours semblé pertinent, autant cet argument nous a toujours paru irrecevable dans la mesure où le prévenu, qui est par ailleurs assisté tout au long de la procédure par un avocat, sait très bien que l'échec de la CRPC ne peut que le conduire devant le tribunal correctionnel¹¹⁷³, de sorte que l'on peine à voir où peut bien se situer le moyen de pression en question portant atteinte aux droits de la défense... Malgré la pertinence apparente du raisonnement de la Cour de cassation, fondé sur l'impossibilité pour une action en justice d'ouvrir deux instances en saisissant simultanément deux juridictions, celui-ci fut balayé par le législateur qui, à l'occasion de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009¹¹⁷⁴, a introduit un article 495-15-1 dans le Code de procédure pénale instituant la possibilité pour le parquet de mettre concomitamment en oeuvre une procédure de CRPC et une procédure classique devant le tribunal correctionnel. La solution nous semble logique dès lors que le législateur a prévu - dès le départ - dans la loi que l'échec de la CRPC impose au parquet de saisir le tribunal correctionnel en vue d'y renvoyer le prévenu pour y être jugé. Que la convocation devant une telle juridiction intervienne dès le départ ou une fois l'échec de la CRPC avéré ne change pas grand chose à notre avis, si ce n'est un gain de temps dans le jugement de l'affaire ; gain de temps souhaitable tant pour la société, la victime et l'auteur de l'infraction. Ceci explique, à notre sens, que la solution ait été immédiatement appliquée par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁷⁵, et que les différentes QPC soumises au Conseil Constitutionnel quant à l'application de ce texte aient été rejetées.¹¹⁷⁶ Ainsi, le succès de « *l'instance en règlement transactionnel du litige pénal* » conditionne donc l'initiative de l'instance pénale, si le parquet ne fait pas le choix de la double convocation au départ, mais également la survivance de celle-ci s'il décide de saisir le tribunal correctionnel parallèlement à la mise en oeuvre de la CRPC.

385. – En conclusion – Les réformes législatives intervenues ces dernières années ont eu pour effet de reconnaître aux magistrats du parquet, dans l'exercice de leur ministère public, la faculté de régler le litige pénal par voie d'accord transactionnel, que ce soit en amont de l'instance pénale, par recours aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale, ou en introduisant une « *instance de règlement transactionnel* » du litige pénal par l'utilisation de la CRPC. Si le souci de

¹¹⁷² F. DEFFERRARD, « La dénaturation du plaider coupable », *Dr. pén.* 2009, études 13, spéc. n°10. – J.-B. PERRIER, « La constitutionnalité de la légalisation de la pratique de la double convocation en matière de CRPC », *AJ pénal* 2011, 188. *Contra* : Y. JOSEPH-RATINEAU, « De quelques difficultés issues de la légalisation de la double convocation dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *SJ G.* 2009. 230

¹¹⁷³ Y. JOSEPH-RATINEAU, « De quelques difficultés issues de la légalisation de la double convocation dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *ibid.*

¹¹⁷⁴ De simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* du 13 mai 2009, 7920.

¹¹⁷⁵ Cass. crim., 24 nov. 2009 : *AJ pénal* 2010, 76, obs. Lasserre Capdeville. V° égal. : Y. JOSEPH-RATINEAU, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : à nos actes manqués », *D.* 2010, point de vue, 875.

¹¹⁷⁶ Cons. const. n° 2010-77 QPC du 10 déc. 2010 : *AJ pénal* 2011, 188, obs. Perrier.

permettre un désengorgement des juridictions répressives, de systématiser, diversifier et graduer les réponses pénales, est assurément à l'origine de ces procédures, elles témoignent d'une privatisation des modes de règlement du contentieux pénal puisque le parquet, à l'instar des parties privées, peut recourir à de véritables transactions pénales pour mettre fin au litige l'opposant à l'auteur de l'infraction. Mais, l'introduction de ces procédures transactionnelles de règlement du contentieux pénal illustre surtout que le parquet dispose, au stade du déclenchement des poursuites pénales, de la faculté de choisir le cadre processuel dans lequel il entend inscrire la solution du litige dont il se trouve saisi. Partant, il peut décider de conditionner l'impulsion de l'instance pénale au succès d'une procédure alternative aux poursuites ou d'initier une « *instance en règlement transactionnel* » du litige pénal qui, si elle réussit, aura pour effet d'éteindre l'instance pénale impulsée simultanément à cette dernière en cas de recours à une double convocation.

B – L'ENCADREMENT DU DROIT DE TRANSACTION DU PARQUET

386. – La gradation de l'encadrement du droit de transaction du parquet – Il peut être observé que l'encadrement du droit de transaction reconnu au procureur de la République est double. D'une part, il peut être observé qu'à la gradation des réponses pénales semble répondre une gradation de la protection du consentement de l'auteur de l'infraction, de sorte que plus les sanctions susceptibles d'être proposées à ce dernier sont lourdes, plus les conditions dans lesquelles son consentement est susceptible d'être recueilli sont strictes (1). D'autre part, il doit être observé qu'en présence de sanctions juridiques à forte coloration répressive, le législateur impose l'intervention d'un magistrat du siège chargé de valider ou d'homologuer l'accord transactionnel conclu entre le parquet et l'auteur de l'infraction (2).

1) L'encadrement du droit de transaction du parquet par le consentement de l'auteur

387. – La gradation de la protection du consentement de l'auteur des faits dans les alternatives aux poursuites – A compter de l'instant où le législateur a souhaité étendre le champ de la répression pénale hors le cadre classique du procès répressif, il était entendu, d'une part, que le débat sur la culpabilité de la personne suspectée ne pouvant avoir lieu en dehors de la présence du juge, la mise en œuvre de procédures permettant un règlement du litige pénal en amont de l'instance répressive ne pouvait être envisagée qu'en présence d'une reconnaissance de culpabilité ; d'autre part, que les sanctions susceptibles d'être prises dans le cadre de ces procédures dérogatoires au droit commun ne pourraient l'être qu'avec le consentement de

l'auteur. Autrement dit, le consentement serait double. Il interviendrait d'abord sur la reconnaissance de culpabilité, ensuite dans l'acceptation de la ou des mesures pénales proposées par le parquet. Il pourrait, et il devrait, effectivement en être ainsi, mais force est de constater que les dispositifs consacrés aux articles 41-1 et 41-2 ne répondent pas exactement à cette logique. D'une part, la reconnaissance de culpabilité, si elle apparaît parfois comme une condition explicite de mise en œuvre des procédures envisagées, est bien souvent présumée, englobée dans l'acceptation de la sanction proposée par l'auteur. Autrement dit, la personne est présumée coupable, non parce qu'elle l'affirme explicitement, mais parce qu'elle accepte d'exécuter une mesure pénale en réponse à des faits constitutifs d'une infraction dont elle serait l'auteur. Ce n'est donc plus la culpabilité qui fait le coupable, mais la sanction. D'autre part, le consentement à la sanction n'est que peu protégé dans la mesure où ce dernier est quasiment acquis par les avantages non négligeables que présentent ces procédures, et la défiance que nourrit le citoyen ordinaire à l'égard de l'institution judiciaire, qu'illustre l'adage « *mieux vaut un mauvais accord qu'un bon procès* ». Ces avantages résident assurément dans l'évitement des poursuites ou d'une réponse pénale plus sévère, dans l'obtention de sanctions réduites, l'absence relative d'inscription d'une condamnation pénale au casier judiciaire, ou encore l'absence de publicité entourant la mise en œuvre de ces procédures. Si ce constat se vérifie aisément à propos de la mise en œuvre des mesures issues de l'article 41-1, il se vérifie aussi concernant la composition pénale.

388. – Le consentement à la reconnaissance des faits dans le cadre de l'article 41-1 : une reconnaissance de culpabilité présumée – Avant d'exposer la liste des mesures susceptibles d'être proposées par le parquet, et leurs effets quant à la prescription de l'action publique ou la mise en œuvre d'autres procédures pénales en cas d'inexécution, l'alinéa 1^{er} de l'article 41-1 dispose expressément que « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République[...]* ». En faisant explicitement référence à « *l'auteur des faits* », l'article 41-1 affirme que lors de la mise en œuvre d'une des mesures visées, le mis en cause est présumé reconnaître avoir commis les faits. Concrètement, comment cela se traduit-il dans la pratique parquetière ? Il convient ici de se reporter à la trame proposée aux parquets par la Direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice (DACG) pour s'apercevoir que la question de la culpabilité est éludée de toutes les procédures, celles-ci étant considérée comme acquise. Il en est ainsi bien évidemment dans le cas du rappel à la loi, le procès-verbal de notification d'une telle

mesure commence souvent par cette formulation : « M..., à l'encontre duquel il résulte de la procédure d'enquête qu'il a commis le délit... ». Une telle formule ne laisse aucune place au doute quant à la culpabilité de l'auteur, et ce dernier, en signant le procès-verbal de notification prend acte d'une « forme de reconnaissance judiciaire des faits ». ¹¹⁷⁷ Le même constat peut être fait à propos des autres mesures prévues par ce texte. Dans l'hypothèse des classements sans suite conditionnels, les formulaires établis quant à la notification des alternatives aux poursuites font ainsi état de la culpabilité présumée de l'auteur en ces termes : « Nous [le délégué ou médiateur du procureur] lui avons [à l'auteur] les termes de la loi, lui avons exposé les peines encourues pour les faits qui lui sont reprochés et les poursuites qui peuvent être mises en œuvre contre lui. Nous avisons le comparant que le procureur de la République, en vertu de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, une alternative à la poursuite pénale sous réserve de l'accomplissement de l'obligation suivante : ... ». Le comparant doit cocher une case portant la mention « j'accepte l'obligation » ou « je n'accepte pas l'obligation ». Le formulaire de notification se termine par une phrase qui est loin d'être anodine : « Nous avons invité le comparant à ne pas renouveler l'infraction et à exécuter dans le délai [...] l'obligation imposée par le procureur de la République ». En d'autres termes, ici aussi, l'auteur des faits procède à une reconnaissance de culpabilité implicite résultant de l'acceptation de la mesure proposée par le parquet ou les personnes habilitées. Allant plus loin encore, le législateur, à l'occasion de la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 ¹¹⁷⁸, a remplacé l'exigence d'un « accord des parties », qui était prévu à l'alinéa 5 de l'article 41-1, par celle d'une « demande » ou d'un « accord de la victime ». Autrement dit, « l'auteur des faits » est présumé consentir, non seulement à la mise en œuvre de la procédure de médiation pénale, mais plus encore, à la mesure même de médiation pénale.

389. – Le consentement à la reconnaissance des faits dans le cadre de l'article 41-2 : une reconnaissance de culpabilité explicite mais insuffisamment protégée – L'alinéa 1^{er} de ce texte énonce que « le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes : ... ». Il ne s'agit plus ici d'une simple reconnaissance des faits, mais bien d'une reconnaissance d'avoir consommé une infraction pénale relevant d'une des catégories visées par le texte. De fait, dès lors qu'une personne reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits, elle reconnaît *de facto* sa culpabilité. C'est

¹¹⁷⁷ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, op. cit., n°265.

¹¹⁷⁸ Relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF du 10 juill. 2010, 12762.

donc une forme de reconnaissance implicite de culpabilité que consacre l'article 41-2 du Code de procédure pénale, ce qui donne finalement à la composition pénale un lien de parenté certain avec la CRPC¹¹⁷⁹, qualifiée de « *plaider-coupable* » par une majorité d'auteurs.¹¹⁸⁰ Est-ce à dire que la composition pénale serait, à l'instar de la CRPC, une sorte de « *plea bargaining* » à la française ?¹¹⁸¹ La réponse nous semble devoir être positive en ce que dans les deux procédures, l'agent est amené à reconnaître sa participation aux faits, mais avec une différence notable toutefois. En effet, contrairement à la CRPC où le consentement de l'intéressé est réellement protégé par un certain nombre de garanties procédurales tendant à favoriser un consentement libre et éclairé, que ce soit sur la reconnaissance de culpabilité ou sur la peine proposée, la composition pénale n'offre que peu de garanties sur ce point. Tout d'abord, les réformes qui se sont succédées ont élargies la liste des personnes habilitées à proposer une composition pénale. Ainsi, en pratique, la proposition de composition pénale émanera le plus souvent d'un délégué du procureur ou d'un OPJ que du procureur ou de l'un de ses substituts. Ensuite, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002¹¹⁸² a consacré la possibilité de proposer une composition pénale au cours de la garde à vue, à une époque où la présence de l'avocat n'était pas encore obligatoire durant toute la mesure de placement en garde à vue. L'entrée en vigueur de la récente loi n°2011-392 du 14 avril 2011¹¹⁸³ rétablit désormais un certain équilibre en imposant la présence de l'avocat tout au long de la garde à vue. Reste qu'en dehors de l'hypothèse où la proposition de composition pénale intervient en dehors de la garde à vue, la présence de l'avocat n'est pas obligatoire, alors même que, s'agissant justement d'une reconnaissance de culpabilité explicite, la mesure de composition pénale revêt une coloration nettement plus répressive que les mesures prévues à l'article 41-1, et qu'elle fait en principe l'objet d'une inscription au casier judiciaire. Enfin, il doit être rappelé ici que la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 a étendu l'application de la composition pénale aux mineurs de plus de treize ans, selon les conditions requises à l'article 7-2 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945.¹¹⁸⁴ Cette évolution était prévisible, et nous semble guère critiquable sur le

¹¹⁷⁹ C. SAAS, « De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur », op. cit., 827. – J.-P. CÉRÉ, P. REMILLIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « *plaider coupable* » à la française », *AJ pénal* 2003, 45.

¹¹⁸⁰ J. DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », op. cit., 433. – C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *ibid.* – A. GIUDICELLI, « Repenser le plaider coupable », *RSC* 2005, 592. – P.-J. DELAGE, « Plaider-coupable : le pragmatisme contre la lettre ? », *D.* 2009, I, 533. – *Ibid.*, « Les obscures pratiques du plaider coupable », *D.* 2007, I, 58.

¹¹⁸¹ J. PRADEL, « Une consécration du « *plea bargaining* » à la française. La composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1993 », *ibid.*

¹¹⁸² D'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 sept. 2002, 14934.

¹¹⁸³ Relative à la garde à vue, *JORF* du 15 avr. 2011, 6610.

¹¹⁸⁴ Pour une critique de l'extension de la composition pénale aux mineurs, V° not. : C. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008, 205.

principe, dans la mesure où, comme le fait remarquer M. le Doyen Bonfils, « *la médiation-réparation, qui procède de la même idée, était applicable aux mineurs délinquants, alors même qu'elle suppose le consentement du mineur à la mesure d'aide ou de réparation qui lui est proposée. Aussi, il n'est pas surprenant que la loi nouvelle étende le champ d'application de la composition pénale aux mineurs délinquants* ». ¹¹⁸⁵ Quoi qu'il en soit, la composition pénale apparaît comme une procédure reposant, à l'instar de la CRPC, sur reconnaissance préalable de culpabilité qui ne peut dire son nom parce que recueillie en dehors de l'instance répressive, et dont les garanties ne nous semblent pas suffisantes aux regards de la gravité des sanctions encourues et de l'inscription de la mesure au casier judiciaire.

390. – L'acceptation de la mesure prévue à l'article 41-1 : du consentement présumé au consentement constaté – Nous avons vu que les mesures prévues à l'article 41-1 se distinguent nettement de celles prévues à l'article 41-2 en ce qu'elles ne supposent pas explicitement une reconnaissance de culpabilité. Mais, elles s'en distinguent également en ce qu'elles ne prévoient pas toutes l'accord de la personne concernée pour être appliquée. Si dans les faits, l'accord de la personne aux mesures que le procureur de la République entend lui faire exécuter sont soumises au consentement de l'intéressé - sur ce point il convient de rappeler d'ailleurs que les formulaires de la DACG destinés aux parquets prévoient explicitement une case que l'intéressé doit cocher et au-dessus laquelle figure les mentions « *j'accepte l'obligation* » ou « *je n'accepte pas l'obligation* » - cela ne résulte pas nécessairement de la lettre même de l'article 41-1, et ne vaut pas pour toutes les mesures prévues par ce dernier. Ainsi, il y a déjà une première exception concernant la mesure de rappel à la loi, qui rejoint sur ce point la procédure d'ordonnance pénale. En effet, dans le cas du premier comme de la deuxième, le consentement de l'agent à la mesure ou à la sanction résulte tout simplement de l'exécution de celle-ci, ou de sa non-opposition à la procédure. ¹¹⁸⁶ Pour les autres mesures, il convient de noter qu'aucune disposition de l'article 41-1 ne fait référence au consentement de l'auteur. Son impérieuse nécessité se déduit, d'une part, de la nature participative des mesures prévues par ce texte, d'autre part, par l'emploi dans nombre de dispositions du verbe « *demander* ». Ainsi, la loi donne la possibilité au procureur de la République à l'une des personnes habilitées, de « *demander* » à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements, de réparer le dommage résultant de ceux-ci, ou encore, dans le cadre de violences familiales, de s'abstenir de paraître au domicile ou à la résidence où le couple réside, aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. L'emploi du verbe « *demander* » induit nécessairement

¹¹⁸⁵ Ph. BONFILS, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ pénal* 2007, 209.

¹¹⁸⁶ Pour une présentation de la procédure d'ordonnance pénale, V° not. : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2300. – J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 616. Égal. : J. VOLFF, « L'ordonnance pénale en matière correctionnel », *D.* 2003, I, 2777.

que le parquet ne peut que proposer, et non imposer, ces mesures. Mais, dans d'autres cas, la rédaction du texte peut laisser supposer que le procureur de la République pourrait imposer la mesure. Il en est ainsi lorsque l'article 41-1 dispose que le procureur de la République peut « *orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle* ». Une remarque similaire peut être faite à propos de la procédure de médiation pénale. Depuis la réforme opérée par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, le texte prévoit que le procureur de la République peut « *faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime* ». La question du consentement se pose clairement. Sommes-nous en présence d'un consentement présumé, comme dans le cas du rappel à la loi, ou d'un consentement constaté, comme le cas des mesures dont le Parquet ne peut que « *demander* » l'exécution à l'auteur des faits ? La pratique démontre là aussi que le caractère participatif de ces mesures induit nécessairement que l'auteur des faits consente à leur exécution, ce d'autant que la recherche de ce consentement est très largement facilitée par la mise en avant de certains intérêts, comme nous allons le voir à propos de la composition pénale.

391. – L'acceptation de la mesure de composition pénale : un consentement affirmé mais relativement protégé – Sur ce point, l'article 41-2 du Code de procédure pénale est clair : « *le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer,...* ». De fait, si le parquet peut proposer, à titre de composition pénale, l'une des mesures prévues par ce texte, c'est qu'il fait une offre, laquelle pour produire ses effets, devra nécessairement recevoir une acceptation. Toute la difficulté ici tient bien évidemment dans les garanties procédurales entourant cette acceptation, autrement dit, ce consentement à la mesure. Tout d'abord, l'article 41-2 offre la possibilité à la personne à qui une proposition de composition pénale vient d'être faite par le parquet d'être assistée d'un avocat avant de donner son accord ou de refuser ladite proposition. Les conseils de l'avocat seront ici précieux dans la mesure où il pourra indiquer à son client la meilleure stratégie judiciaire à adopter, et sur ce point, l'acceptation de la proposition de composition pénale ne sera pas toujours la plus judicieuse. Or, l'on sait bien qu'en pratique, les personnes habilitées à transmettre une proposition de composition pénale présenteront cette dernière comme une « chance » qu'il convient de ne pas laisser passer en mettant en avant les différents intérêts qu'il y a pour la personne concernée à ne pas refuser l'offre du Parquet. Les arguments sont nombreux : sanction de faible sévérité, absence de publicité, évitement de poursuites pénales dont l'issue seraient nécessairement moins favorables, *etc.*, sur un ton plus ou moins sympathique, plus ou moins menaçant. S'il est évident que pour la majorité des cas l'acceptation d'une mesure de composition pénale sera nettement préférable à une poursuite devant le tribunal correctionnel, il n'en sera pas toujours ainsi, notamment lorsque des vices de

procédure sont susceptibles de mener à une relaxe ou que la mesure de composition pénale se révèle finalement moins favorable pour l'intéressé qu'une condamnation prononcée le tribunal correctionnel. Au-delà de la possibilité de bénéficier de l'assistance d'un avocat, faculté qu'il ne sera pas toujours aisée de mettre en œuvre en pratique, sauf hypothèse où la proposition de composition pénale intervient durant une garde à vue, des garanties de forme entourent le recueillement de l'accord de l'intéressé. Ainsi, l'article 41-2, alinéa 8, dispose que « *ledit accord est recueilli par procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal lui est transmise* ». Ici aussi, en l'absence d'un véritable conseil, le fait que l'accord soit recueilli par procès-verbal dont copie est donnée à l'intéressé ne saurait être envisagé comme une garantie procédurale réelle, dès lors que ce dernier n'a pu bénéficier de l'assistance d'un avocat dont on ne peut que regretter qu'elle ne soit pas rendue systématique au regard des effets de la composition pénale.

392. – L'assouplissement des garanties procédurales de la CRPC par le juge judiciaire –

Parce qu'elle constitue un accord transactionnel intervenant au sein même de l'instance pénale, l'on pourrait penser que le consentement de l'auteur de l'infraction est mieux protégé que dans le cadre des alternatives aux poursuites. C'est vrai, mais en partie seulement. Bien que les juges furent « *animés d'un sentiment de prudence, sinon même de méfiance : méfiance, tout d'abord, envers une procédure nouvelle, guidée par de pures considérations d'efficacité et de célérité de la réponse pénale* »¹¹⁸⁷, et qu'ils ont, à ce titre, essayé de limiter les règles qui leur paraissaient par trop dérogoatoires au droit commun de la procédure pénale - telle l'absence du procureur de la République à l'audience d'homologation¹¹⁸⁸ - force est d'admettre qu'ils ont été désavoués à chaque fois par le législateur. Ce dernier, à l'occasion de la loi n°2005-847 du 26 juillet 2005¹¹⁸⁹, a réaffirmé le caractère facultatif de la présence du représentant du parquet à l'audience d'homologation¹¹⁹⁰, ce qui doit être salué selon nous, précisément parce que l'argument tiré du caractère public de l'audience d'homologation ne pouvait raisonnablement induire la présence obligatoire du parquet.¹¹⁹¹ La pratique parquetière de la double convocation avait été censurée par la Cour de cassation a été légalisée à l'occasion de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.¹¹⁹² Si la Cour de cassation s'est

¹¹⁸⁷ P.-J. DELAGE, « Résistances et retournements. Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de plaider coupable », *RSC* 2011, 831.

¹¹⁸⁸ Cass. avis, 18 avr. 2005 : *Bull. crim. avis*, n° 1. – CE, 11 mai 2005, *Syndicat des avocats de France* : *D.* 2005, 1379, obs. Astaix. – 26 avr. 2006, 2 arrêts, *Syndicat des avocats de France* : *D.* 2006, 1333, obs. Allain. En ce sens égal. : Cons. const., n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *ibid.*

¹¹⁸⁹ Précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, *JORF* du 27 juill. 2005, 12224.

¹¹⁹⁰ L. DELPRAT, « La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils plaider coupable ? », *Dr. pén.* 2005. Étude 10.

¹¹⁹¹ Cons. const. n° 2005-520 DC du 22 juill. 2005, *JORF* du 27 juill. 2005, 12241.

¹¹⁹² V° supra, n° ...

montrée relativement hostile à la CRPC dans un premier temps, les censures du législateur la conduite à faire preuve de davantage de souplesse aujourd'hui. De fait, après avoir tout d'abord censuré la pratique suivant laquelle, et contre les dispositions de l'article 495-14 du code de procédure pénale, certaines condamnations pénales étaient prononcées par des juges du fond en se fondant, en tout ou partie, sur des déclarations ou documents tirés d'une procédure de CRPC antérieure et avortée¹¹⁹³, celle-ci a finalement admis que « *la seule jonction à un dossier de procédure d'un procès-verbal tiré d'un « plaider-coupable » échoué ne devait (sauf le retrait de la pièce litigieuse) recevoir aucune sanction juridictionnelle, dès lors que cette même jonction n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du prévenu* ». ¹¹⁹⁴ Contrairement à ce qui ressort de la lettre comme de l'esprit de l'article 495-14 du Code de procédure pénale, pour qui « *le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement* », la chambre criminelle entend que l'acceptation judiciaire de la nullité soulevée soit conditionnée - ce qui n'est pas prévu par les textes - par l'existence d'un grief causé à la défense. Or, sur ce point, l'on ne peut que regretter l'absence d'indication de la part de la Cour de cassation quant au fait de savoir si le grief invoqué par la personne poursuivie sera présumé ou si elle devra faire la preuve de l'atteinte à ses intérêts. Par ailleurs, la chambre criminelle a eu l'occasion d'indiquer qu'à supposer qu'une irrégularité soit effectivement admise pour cause d'atteinte aux intérêts du mis en cause du fait de la violation des dispositions de l'article 495-14, l'étendue de la nullité prononcée par le juge doit, non pas s'appliquer à l'intégralité de la procédure, mais uniquement intéresser la décision faisant illégalement état de déclarations ou documents tirés du « *plaider-coupable* ». ¹¹⁹⁵ De fait, la sanction de la violation des dispositions de l'article 495-14 est de bien faible conséquence dans la mesure où l'erreur commise par l'autorité judiciaire sera comme immédiatement effacée par la possible utilisation, dans une nouvelle audience, de toutes autres pièces non entachées d'irrégularité. Poursuivant son œuvre dans le sens d'une autonomisation de la CRPC, il doit être rappelé ici que l'article 495-11 du Code de procédure pénale, s'il offre un droit d'appel principal au prévenu en présence d'une ordonnance du juge homologateur, n'octroie au parquet qu'un droit d'appel incident. ¹¹⁹⁶ Si cette disposition pourrait apparaître comme une violation du principe de l'égalité des armes, elle a sa raison d'être dès lors que le parquetier est l'acteur prépondérant de la procédure de CRPC, il ne saurait donc se voir « *octroyer la faculté de revenir sur l'homologation d'un accord dont la substance répressive a tout entière été*

¹¹⁹³ Cass. crim., 17 sept. 2008 : *Bull. crim.*, n° 192 ; *D.* 2008, 2904, note Lasserre Capdeville ; *SJ G.* 2008, II, 10194, note Joseph-Ratineau.

¹¹⁹⁴ Cass. crim., 26 oct. 2010 : n° 10-82.261, non publié.

¹¹⁹⁵ Cass. crim. 30 nov. 2010 : *D.* 2011, IR, 166.

¹¹⁹⁶ Concernant le cas particulier de l'ordonnance de refus d'homologation, V° : F. DESPREZ, « L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC », *D.* 2007, I, 2043.

déterminée par lui. »¹¹⁹⁷ Reste cependant que dans certains cas, un appel principal du parquet pourrait être admis, et devrait l'être nous semble-t-il, notamment lorsqu'il s'agit pour lui de revenir sur une irrégularité de procédure. Cette solution a été admise par le juge judiciaire à propos d'une erreur de procédure qui était effectivement préjudiciable au prévenu.¹¹⁹⁸ Reste que, pour l'heure, la Cour de cassation rejette cette interprétation extensive des dispositions de l'article 495-11, comme l'illustre un arrêt rendu le 10 novembre 2010¹¹⁹⁹, et en dépit des conséquences particulièrement préjudiciables qu'une telle solution est susceptible d'avoir pour le mis en cause dont l'avocat ne serait pas assez réactif. Enfin, par un arrêt rendu le 29 octobre 2008, la Cour de Cassation a admis, en dehors de toute prévision légale, la possibilité pour le parquetier d'abandonner la CRPC en cours pour lui préférer la saisine du tribunal correctionnel, uniquement dans l'hypothèse où, lors de la phase de proposition de peine, le mis en cause se présenterait sans son avocat, ce qui était précisément le cas en l'espèce.¹²⁰⁰ Cette solution est critiquable en ce que l'application de l'article 495-12 du Code de procédure pénale aurait dû conduire à refuser la saisine du tribunal correctionnel au profit du renvoi de l'affaire à une audience ultérieure de CRPC. *De facto*, la Cour de Cassation, par une interprétation *contra legem*, reconnaît au parquet une faculté de saisine du tribunal correctionnel, alors même que l'absence de l'avocat peut ne pas être imputable au prévenu, et que ce dernier se verra nécessairement infliger une peine plus forte que celle qui aurait pu lui être proposée dans le cadre de la CRPC abandonnée par le parquetier, preuve s'il en est que les « *obscuras practicas du plaider-coupable* »¹²⁰¹ sont loin d'appartenir au passé.

393. – L'assouplissement des garanties procédurales de la CRPC par les autres juges – Il peut être observé que les sages de la rue Montpensier ont également joué un rôle important dans l'assouplissement des modalités d'application de la CRPC, car après avoir reconfiguré cette dernière à l'occasion de sa décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, en affirmant notamment le nécessaire caractère public de l'audience d'homologation, alors même que le législateur avait entendu que l'homologation intervienne en Chambre du conseil, celui-ci devait affirmer la conformité de la loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 qui rendait la présence du procureur de la République à l'audience d'homologation facultative. Dans sa décision n°2010-77 QPC du 10 décembre 2010, le Conseil Constitutionnel a en outre déclaré conforme à la Constitution les dispositions de l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale admettant la pratique de la double

¹¹⁹⁷ P.-J. DELAGE, Résistances et retournements. Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de « plaider coupable », *ibid.*

¹¹⁹⁸ CA Toulouse, 21 nov. 2007 : *Dr. pén.* 2008, étude 23, note Delage.

¹¹⁹⁹ Cass. crim., 10 nov. 2010 : *ibid.*

¹²⁰⁰ Cass. crim., 29 oct. 2008 : *Bull. crim.*, n° 219.

¹²⁰¹ P.-J. DELAGE, « Les obscures pratiques du plaider-coupable », note ss Cass. crim., 4 oct. 2006, *ibid.*

convocation. L'ensemble de ces décisions témoigne de ce que le Conseil Constitutionnel retient une conception équilibrée de la CRPC en veillant à ce que ce mécanisme ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux des personnes qui en seraient l'objet, mais point trop tout de même, afin de lui laisser toute la souplesse dont il a besoin pour produire ses effets. Il est une chose d'enserrer l'action de l'État dans le respect des droits individuels octroyés aux personnes par les plus hautes normes juridiques, il en est une autre de l'étrangler, voir le paralyser, au nom de ces mêmes droits. Enfin, le juge administratif, en vue de mettre un terme à la « *policierisation* » de la CRPC a eu l'occasion d'intervenir pour sanctionner la pratique consistant à vérifier, dès le stade policier de la procédure, que le suspect se trouve dans un état d'esprit d'acceptation de sa responsabilité pénale lui permettant d'adhérer à une éventuelle sanction proposée par le parquet, pratique directement issu de l'article 1.2.2.1 de la circulaire du 2 septembre 2004.¹²⁰² La censure de cette pratique, qui violait frontalement le principe fondamental, et garanti dans le cadre de la CRPC, du droit à l'assistance d'un avocat se justifiait alors dans la mesure où celui-ci n'était pas encore tenu d'être présent durant toute la durée de la garde à vue, ne semble plus se justifier aujourd'hui.¹²⁰³

2) *L'encadrement du droit de transaction du parquet par le juge*

394. – La validation de la composition pénale par le juge – Si la composition pénale a été introduite dans notre arsenal répressif par la loi n°99-515 du 23 juin 1999, ses origines remontent à l'année 1995, année où le législateur avait tenté d'introduire dans le Code de procédure pénale une nouvelle procédure : l'injonction pénale. Si cette dernière se rapprochait de la composition pénale, elle s'en éloignait toutefois sur ce nombreux points, notamment quant à la participation de la victime au processus, mais surtout à l'absence d'intervention du juge, alors même que le procureur de la République pouvait proposer à l'auteur des faits une peine de travail d'intérêt général et le versement d'une amende au Trésor Public. Pour cette raison, l'injonction pénale ne devait jamais passer le filtre du Conseil Constitutionnel, lequel censura ce dispositif au motif que

¹²⁰² CE, 26 avr. 2006 : RSC 2006, 637, obs. Giudicelli.

¹²⁰³ L'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue invite nécessairement à s'interroger sur le caractère actuel de la solution retenue par le Conseil d'État à propos de la « *policierisation* » du « plaider-coupable ». En effet, l'article 63-4-2 du Code de procédure pénale dispose désormais que « la personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations ». Or, en présence de l'avocat, la proposition policière d'une CRPC ne porte plus atteinte aux dispositions de l'article 495-8 du même Code. De fait, en présence de l'avocat, les dispositions de l'article 1.2.2.1 de la circulaire du 2 septembre 2004 nous semble pleinement applicable, tant à la personne gardée à vue qu'à la personne simplement auditionnée. Ainsi, dès lors que l'avocat est présent, il semble bien qu'aujourd'hui, plus rien ne s'impose à ce que les policiers s'assurent, d'une part, que le suspect est susceptible d'accepter une proposition de peine émanant du parquetier, d'autre part, qu'un procès-verbal d'audition ou de convocation, rédigé par un OPJ ou APJ sur instruction du parquet, puisse comporter une reconnaissance de culpabilité et d'acceptation de la procédure de CRPC de la part du suspect. De fait, la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 amoindrit l'intérêt de la solution retenue par le Conseil d'État, du moins lorsque l'avocat de la personne auditionnée ou gardée à vue est présent.

« certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; que dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales ; que le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de Jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées ». ¹²⁰⁴ A compter de l'instant où certaines des mesures de composition pénale prévues sont ni plus ni moins que des peines revêtues d'un nouvel habit, il était impératif que le dispositif de l'article 41-2 prévoit l'intervention d'un magistrat du siège, en vue de répondre aux exigences constitutionnelles. Ainsi, l'article 41-2 dispose en son alinéa 6 que « lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le procureur de la République informe de cette saisine l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat. Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours ».

395. – Le sens de l'intervention du juge lors de la phase de validation de la composition pénale – La lecture de l'article 41-2-6° du Code de procédure pénale peut laisser penser que l'intervention d'un magistrat du siège dans le processus de sanction de l'auteur d'une infraction par utilisation du dispositif de la composition pénale est une réelle garantie tendant à limiter les risques de dérives résultant d'un consentement dont le caractère libre et éclairé est pour le moins relatif. L'auteur sait très bien que tout refus de l'offre de composition pénale faite par le parquet entraînera *de facto* mise en mouvement de l'action publique, et donc saisine de la juridiction de jugement. ¹²⁰⁵ *A priori*, l'on ne peut que se réjouir de ce que la mesure de composition pénale résultant de l'accord transactionnel conclu entre le parquet et l'auteur des faits ne puisse produire aucun effet sans avoir reçu l'aval d'un magistrat du siège. Les réjouissances sont toutefois de courtes durées au regard du rôle du juge dans la validation de la mesure de composition pénale. L'article 41-2-6° n'impose pas une « *audience aux fins de validation* », ce qui est logique dans la

¹²⁰⁴ Cons. const., n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 : *JORF* 7 févr., 2097. V° : J. VOLFF, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil Constitutionnel », *ibid.* – B. BOURDEAU, « L'injonction pénale avortée : scories sur une question de confiance », *ibid.*, 45. – J. PRADEL, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *ibid.*, 171.

¹²⁰⁵ Art. 41-2-7° C. proc. pén.

mesure où l'audience est réservée à l'instance judiciaire, or, la composition pénale a précisément vocation à intervenir en amont d'une telle instance. De fait, ce texte permet seulement au Juge chargé de la validation des mesures de composition pénale d'entendre, s'il le souhaite, l'auteur des faits ou la victime, ces derniers pouvant être accompagné de leur avocat. En pratique, dans la très grande majorité des cas, ni l'auteur des faits ni la victime ne se présentent devant le juge, si bien que dans la majorité des cas, le magistrat procède à la validation des compositions pénales qui lui sont transmises par le parquet dans son bureau, en laissant la porte de celui-ci ouverte au cas où. Quant l'auteur des faits ou la victime se présente, force est de constater qu'ils ne sont quasiment jamais assistés d'un avocat, et leur audition par le juge se limite bien souvent à un questionnaire informel portant sur leur bonne compréhension de la procédure et de la mesure à laquelle ils ont préalablement consenties. La validation de la composition pénale par un magistrat du siège aurait pu constituer une étape intéressante dès lors que ce dernier aurait été mis en mesure de réellement vérifier les conditions dans lesquelles la reconnaissance de culpabilité a été obtenue, les conditions dans lesquelles l'offre de composition pénale a été portée à la connaissance de l'intéressé, ou encore les garanties qui ont entouré le consentement de ce dernier à l'offre formulée par le parquet. Mais tous ces éléments ne sont pas actuellement soumis au contrôle du juge, notamment parce qu'un certain nombre de documents utiles ne lui sont tout simplement pas transmis. De fait, les questions tenant à la reconnaissance de culpabilité comme à l'intégrité du consentement de l'auteur à la mesure échappent totalement au juge, lequel procède ici à un simple contrôle de légalité de pure forme. Une telle situation peut paraître choquante au regard des exigences constitutionnelles posées par les sages de la rue Montpensier dans leur décision n°95-360 du 2 février 1995, mais elle s'explique pourtant par l'institution, en amont, d'accords entre les magistrats du parquet et ceux du siège qui permettent dans chaque juridiction, au regard des exigences de politique pénale locale, de borner l'utilisation de la composition pénale en déterminant par avance les conditions auxquelles les magistrats du siège valideront les mesures de composition pénale que leur transmettront ceux du parquet.¹²⁰⁶ Naturellement, ces accords balisent l'action des parquetiers, ceux-ci sachant à l'avance si la composition pénale sera validée ou non, et vident ainsi de tout intérêt le contrôle judiciaire prévu par l'article 41-2-6°.

396. – L'encadrement du droit de transaction des magistrats du parquet par le juge dans le cadre de la CRPC – Il va de soi que l'intervention du juge dans le processus de CRPC s'impose comme le gage d'une justice respectueuse des droits et garanties reconnus aux justiciables. Sur ce point, il doit être rappelé ici que le Conseil Constitutionnel, s'il admet que « *le*

¹²⁰⁶ J. DALLEST, « Parquet et partenaires judiciaires ou comment mettre en œuvre une politique intérieure performante et acceptée », *ibid.* Égal. : J. VOLFF, « Élaborer et mener la politique pénale d'un parquet », *ibid.*

législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, [rappelle néanmoins que] c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable». ¹²⁰⁷

En d'autres termes, dans les procédures de jugement accélérées, les sages de la rue Montpensier conditionnent la constitutionnalité de ces dernières au fait que les justiciables bénéficient de garanties équivalentes à celles dont ils auraient bénéficié si l'affaire avait été portée directement devant le tribunal correctionnel. Or, devant la juridiction de jugement, le prévenu dispose d'un certain nombre de garanties procédurales dont le Juge est le garant selon l'article 66 de la Constitution, ce dont il résulte que pour être conforme aux exigences constitutionnelles, les procédures de jugement accéléré doivent, au stade ultime de leur processus, être soumise au contrôle d'un magistrat du siège pour validation, dans le cadre de la composition pénale, ou homologation pour l'ordonnance pénale ou la CRPC par exemple. Dans le domaine de la CRPC précisément, eu égard au fait qu'une peine privative de liberté peut être retenue, le Conseil Constitutionnel impose la tenue d'une audience d'homologation publique. ¹²⁰⁸ Ces exigences constitutionnelles s'inscrivent pleinement dans la droite ligne des exigences conventionnelles posées par le Cour de Strasbourg relatives à l'application de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Si elle a effectivement admis à plusieurs reprises que le droit au juge puisse être limité, c'est aux conditions toutefois que « *les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* », que ces limitations tendent à un « *but légitime* » et qu'il existe un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». ¹²⁰⁹ De fait, l'on voit bien, et sans entrer ici davantage dans le détail, que la jurisprudence européenne et constitutionnelle encadrent les nouveaux modes de résolution du litige pénal qui tendent à promouvoir un nouveau modèle de justice pénale, moins conflictuel, moins répressif aussi, permettant peut-être une meilleure prise en charge de la finalité réadaptatrice de la peine qui n'est plus imposée, mais acceptée par le condamné. Cette simplification de la justice pénale par le recours à des procédures de jugement accéléré, s'inspirant notamment du « *guilty pleas* », est vivement encouragée par une recommandation R (87)18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en date du 17 septembre 1987, « *chaque fois que les traditions constitutionnelles et juridiques le permettent* ». ¹²¹⁰ Reste précisément que dans un pays de tradition romano-germanique, donc très marqué par

¹²⁰⁷ Cons. Const. n°2002-461 DC du 29 août 2002 : *JORF* du 10 sept. 2002, 14953.

¹²⁰⁸ Cons. Const. n°2004-492 DC du 2 mars 2004 : *JORF* du 10 mars 2004, 4637.

¹²⁰⁹ V° not. : CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France* : D. 1996, II, 357, note Colin-Demumieux.

¹²¹⁰ Citée par J.-P. JEAN, *Le système pénal*, op. cit., 60-61.

l'inquisitoire, l'introduction d'une procédure de « plaider-coupable » ne pouvait être tolérée qu'à compter de l'instant où celle-ci était *in fine* placée sous le contrôle du juge, seul garant du respect des libertés fondamentales reconnues aux personnes et des valeurs qui sont la paix, le vivre ensemble et la reconstruction du lien social.¹²¹¹

397. – La mise en œuvre de l'intervention du juge au stade de l'homologation –

L'intervention d'un magistrat du siège dans la procédure de CRPC s'impose dans la mesure où elle est une procédure de jugement accéléré au terme de laquelle il est statué sur l'accord transactionnel conclu entre le parquet, agissant sur le fondement de l'action publique, et le prévenu. Comme dans le cas de la composition pénale, c'est en principe le président du tribunal qui doit homologuer les accords résultant de la mise en œuvre de la CRPC, mais il peut déléguer cette fonction à l'un des juges du siège du tribunal. Sur ce point, la circulaire du 2 septembre 2004 apporte une précision intéressante quant à la désignation des juges délégués, l'article 2.3.1 de ce texte indiquant que « *si tous les juges du siège du tribunal peuvent être désignés pour connaître de la procédure de CRPC, il est évidemment souhaitable que soient désignés des magistrats expérimentés, et spécialement ceux appelés à siéger, comme président de collégialité, juge unique ou assesseur, au sein du tribunal correctionnel, et qui connaissent la jurisprudence de cette juridiction* ». C'est précisément parce qu'il s'agit d'une procédure de jugement accélérée spécifique à la matière correctionnelle au terme de laquelle il peut être finalement statué sur le sort de l'action publique que, contrairement à ce qui a pu être observé à propos de la composition pénale, le juge homologateur doit nécessairement être un magistrat professionnel. Par ailleurs, la peine proposée par le procureur de la République devant être inférieure, non seulement à la peine encourue, mais également à la peine susceptible d'être prononcée par le tribunal correctionnel, le juge homologateur doit nécessairement être un magistrat professionnel connaissant bien la jurisprudence de cette juridiction.

398. – Les modalités de l'intervention du juge au stade de l'homologation –

La présentation devant le juge du siège au cours de ce qui peut être désigné comme une « *audience d'homologation* », se fait, en principe, aussitôt après le recueil par le procureur de la République de l'acceptation de la personne, la circulaire du 2 septembre 2004 indiquant à ce sujet qu'il « *n'est pas possible, si la personne est libre, de la reconvoquer devant le président ou le juge délégué à une date ultérieure. Si elle a été déférée (et si elle fait le cas échéant l'objet d'une détention provisoire en application de l'article 495-10), elle est présentée sous escorte devant ce magistrat avec le dossier de la procédure, comportant notamment la requête du parquet* ». Lors de l'audience d'homologation, la fonction du juge est en principe une fonction de

¹²¹¹ V. FORTIER, « Les frontières des valeurs. Introduction », in *Le juge, gardien des valeurs ?*, V. FORTIER (dir.), Paris, Coll. CNRS Droit, CNRS éd., 2007, 152.

contrôle de la légalité de la procédure de CRPC. C'est ici que le pouvoir de sanction du parquet trouve indubitablement une limite. Lors de l'audience d'homologation, le deuxième alinéa de l'article 495-9 du Code de procédure pénale dispose que « *le président du tribunal de grande instance ou le Juge délégué par lui entend la personne et son avocat et qu'après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, il peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République, en statuant le jour même par ordonnance motivée* ». Il doit être observé ici que, comme c'était le cas lors de la présentation devant le procureur de la République, la présentation devant le président ou le juge délégué doit obligatoirement se faire en présence de l'avocat de la personne, qui devra d'ailleurs être entendu par le magistrat. La présence de l'avocat apparaît ici comme primordiale, dans la mesure où les observations de ce dernier pourront ainsi convaincre le juge d'homologuer la ou les peines proposées par le parquet et acceptées par la personne, afin d'éviter que celle-ci ne fasse l'objet de poursuites devant le tribunal, sauf dans l'hypothèse, peu probable, dans laquelle l'avocat avait conseillé à son client de refuser la proposition. Il doit être rappelé par ailleurs que l'absence de l'avocat, quelle qu'en soit la cause, interdirait la poursuite de la procédure et obligerait le juge à refuser l'homologation. Conformément à la décision du Conseil Constitutionnel n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, les présentations et vérifications prévues par l'article 495-9 doivent se faire publiquement. Il ne faut toutefois pas déduire de ce qui vient d'être que « *l'audience d'homologation* » peut être assimilée à une audience traditionnelle.

399. – L'office du juge homologateur réduit au contrôle de la légalité de la procédure –

Afin de ne pas ralentir le temps judiciaire, le législateur introduit divers mécanismes tendant à limiter autant que faire se peut les débats lors de l'audience en homologation. Il n'était en effet pas question de déplacer le débat judiciaire classique dans la phase d'homologation de la CRPC. Celle-ci étant une procédure de jugement contractualisée, le rôle du juge se trouve nécessairement restreint à celui d'un organe de contrôle. Dans cette perspective, il doit être observé que le législateur a limité l'audition du prévenu par le juge homologateur à un simple interrogatoire portant sur la confirmation de sa reconnaissance de culpabilité et de son acceptation de la peine proposée par le parquet. Il n'y a que dans l'hypothèse où une victime serait présente et se constituerait partie civile que le débat judiciaire serait réactivé. En effet, le consentement du prévenu ne vaut que pour la peine, pas pour l'indemnisation de la victime qui se discute donc devant le juge homologateur. Ceci explique très certainement, du moins en partie, que les parquets n'orientent généralement pas la procédures vers une CRPC en présence d'une victime identifiée, et désireuse de porter sa demande d'indemnisation devant la juridiction répressive. Le contrôle du juge homologateur est donc en pratique un contrôle extrêmement sommaire, ce d'autant que, à l'instar de ce qui a pu être observé à propos de la phase de validation de la

composition pénale, l'on a assisté en pratique à la conclusion d'accords entre les magistrats du parquet et ceux du siège permettant dans chaque juridiction, au regard des exigences de la politique pénale locale, de borner l'utilisation de la CRPC en déterminant par avance les conditions auxquelles les magistrats du siège homologueraient les accords de CRPC que leur transmettraient ceux du parquet.¹²¹² Ces accords permettent donc aux magistrats du parquet de savoir, à l'avance, si l'accord de CRPC passera le filtre du juge homologateur ou non. *De facto*, ces accords entre magistrats du siège et magistrats du parquet tendent à vider de sa substance l'intérêt de l'audience d'homologation, et rendait tout le débat relatif à la présence obligatoire du parquet à celle-ci parfaitement inutile, à notre avis. Quel intérêt pour le procureur de la République de se déplacer à une audience où il n'a rien à dire, et sachant qu'il en connaît l'issue par avance ? A notre avis, aucun.

400. – En conclusion – Il peut être ainsi observé qu'à la gradation de la réponse pénale répond une gradation de l'encadrement du droit de transaction du parquet résultant de la gradation de la protection du consentement, d'une part, et de la gradation des prérogatives du magistrat du siège dans le contrôle qu'il exerce sur l'accord conclu entre le parquet et l'auteur de l'infraction, d'autre part. Reste que l'analyse démontre que la contractualisation de la réponse pénale, résultant de l'utilisation de la transaction comme mode de règlement du litige pénal, conduit à une purge des garanties processuelles reconnues aux justiciables dans l'instance pénale, mettant ainsi en exergue les difficultés liées à l'autonomisation du parquet. Alors que, pour une simple mesure de garde à vue, dont on ne sait au moment où elle se déroule qu'elles en seront les conséquences judiciaires pour le suspect, la présence de l'avocat est désormais obligatoire tout le long de la mesure, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relatif à la garde à vue, le législateur n'a pas jugé bon de prévoir une telle garantie dans le cadre des alternatives aux poursuites, alors même que dans le cas de la composition pénale, la reconnaissance de culpabilité conduit à l'application de véritables sanctions pénales, et de l'inscription de cette dernière au casier judiciaire de l'intéressé ! Les garanties qui encadraient la CRPC fondent littéralement au fil des réformes législatives, mais également des décisions jurisprudentielles rendues par la Cour de cassation. Alors que l'on aurait pu penser que le caractère pénal de ces transactions était appelé à dominer dans la conception que le législateur comme le juge pouvait s'en faire, l'on constate au contraire que c'est leur nature transactionnelle - à forte coloration civile donc - qui prédomine, ce qui conduit le législateur comme le juge à purger les procédures de règlement transactionnel du

¹²¹² J. DALLEST, « Parquet et partenaires judiciaires ou comment mettre en œuvre une politique intérieure performante et acceptée », *ibid.* – J. VOLFF, « Elaborer et mener la politique pénale d'un Parquet », *ibid.* V° égal. : F. DESPREZ, « CRPC : 18 mois d'application à Montpellier », *op. cit.*, 128-129.

litige pénal des garanties processuelles traditionnellement attachées à la matière en vue de renforcer leur efficacité en donnant plus latitude au parquet.

401. – Conclusion du paragraphe 2 – La conception libérale que le législateur et la jurisprudence retiennent actuellement des procédures transactionnelles de règlement du litige pénal conduit, d'une part, à renforcer l'autonomie du parquet en réduisant l'office du juge à un simple rôle de chambre de l'enregistrement des décisions prises par les magistrats chargés de l'exercice du ministère public, d'autre part, à une purge progressive des garanties processuelles traditionnellement reconnues aux justiciables, légitimée par le consentement de ces derniers. La contractualisation de la réponse pénale résultant de l'utilisation de la transaction comme mode de règlement du litige pénal, que ce soit en amont de l'instance pénale ou parallèlement à cette dernière, modifie en profondeur la finalité du procès pénal se traduisant par un déplacement du centre de gravité du jugement pénal de la culpabilité, qui apparaît ici comme acquise, à la peine. Celle-ci ne relève plus d'une décision arbitraire du juge, mais d'un accord conclu entre le procureur et l'auteur de l'infraction, et qui sera, dans la plupart des cas, entériné par un magistrat du siège. De fait, si le parquet se trouve concurrencé dans l'impulsion de l'instance pénale par les « victimes », encore faut-il observer que la faculté dont il dispose de régler le litige pénal par voie d'accord transactionnel tend à renforcer au contraire sa prééminence dans l'impulsion de l'instance pénale.

402. – Conclusion de la section 1 – L'étude de l'impulsion de l'instance pénale par le parquet fait apparaître que celui-ci s'impose aujourd'hui comme une véritable partie autonome au procès pénal apte à juger de l'opportunité d'initier ou non une instance pénale en vue de faire sanctionner un comportement infractionnel par le juge. Non seulement ce dernier peut décider de ne pas demander la répression d'un tel comportement en ne mettant pas en mouvement l'action publique, mais encore peut-il décider de le sanctionner lui-même dans le cadre d'un accord transactionnel conclu avec l'auteur, et plus rarement la victime comme dans l'hypothèse de la médiation pénale. Le recours à ces mécanismes de règlement transactionnel du litige pénal se trouve encouragé, tant par le législateur que le juge, qui font prévaloir les attributs civils de ces transactions sur leur caractère pénal en vue d'assouplir les contraintes liées au respect des principes directeurs de la procédure pénale. À l'instar des particuliers dans le procès civil, les magistrats du parquet sont donc en mesure de régler eux-mêmes le litige pénal opposant la société qu'ils représentent à l'auteur de l'infraction, en passant avec ce dernier des accords basés sur des concessions réciproques (reconnaissance de culpabilité et renonciation aux garanties processuelles entourant la décision juridictionnelle pour le prévenu ; renonciation à la mise en

mouvement et à l'exercice de l'action publique pour le parquet). Le phénomène de contractualisation de la réponse pénale résultant de la transposition du mécanisme de la transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil en procédure pénale, par sa simplicité et son efficacité, a pénétré le cœur même du procès pénal en instaurant une nouvelle instance : « *l'instance en règlement transactionnel du litige pénal* ». Susceptible d'être exercée parallèlement à l'instance pénale dont elle suspend le cours, le parquet est invité ici à transiger, non plus sur l'action publique puisque qui est mise en mouvement dans ce cas là, mais sur la nature et le *quantum* de la peine susceptible d'être appliquée. Le redéploiement spectaculaire des prérogatives du parquet résultant de la contractualisation de la réponse pénale issue de l'utilisation du mécanisme civil de la transaction comme mode de règlement du litige pénal renforce ainsi la prééminence des magistrats exerçant le ministère public dans l'impulsion de l'instance pénale. Dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la poursuite pénale, ces dernières disposent de la faculté de décider s'il y a lieu ou non d'impulser l'instance pénale, mais encore peuvent-ils conditionner cette dernière à l'échec de procédures transactionnelles de règlement du litige pénal susceptibles d'être mises en œuvre en amont de l'instance pénale (elles en conditionnent dans ce cas l'initiative) ou parallèlement à celle-ci, ce qui est le cas de la CRPC (elle en conditionne alors non plus l'initiative, mais la survivance).

SECTION 2 - LE RÔLE DE LA VICTIME DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE

403. – L'impulsion de l'instance par l'exercice de l'action pénale privée – Le Code de procédure pénale admet que la « partie lésée » puisse impulser l'instance pénale en déclenchant elle-même l'action publique, nonobstant l'attitude du parquet. Si la faculté pour la victime d'initier l'instance pénale ne fait plus guère l'objet de controverses quant à son principe, il en va tout autrement de son fondement¹²¹³, tantôt identifié comme une prérogative attachée à l'action civile visée à l'article 2 du Code de procédure pénale¹²¹⁴, tantôt dans un droit autonome de participer au procès pénal en vue de corroborer l'action publique.¹²¹⁵ La controverse relative au fondement du pouvoir pénal des « victimes » tend à être tranchée par les solutions jurisprudentielles les plus

¹²¹³ J. DE POULPIQUET, « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *ibid.*

¹²¹⁴ F. BOULAN, « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP* 1973, I, 2563. E. FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *ibid.* – C. ROCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *ibid.* – M. MÉCHIN, « Le double visage de la victime en France », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *ibid.*

¹²¹⁵ En ce sens : Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, *op. cit.*, n° 199. – *Ibid.*, « la participation de la victime au procès pénal. Une action innommée ? » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, *op. cit.*, 179.

récentes retenues par la Cour de cassation, laquelle s'oriente, nous semble-t-il, vers la consécration d'une véritable « *action pénale privée* »¹²¹⁶ susceptible d'être exercée par les victimes pénales « principales » (§.1) comme « virtuelles » (§.2) de l'infraction.¹²¹⁷

§.1 - L'IMPULSION DE L'INSTANCE PAR LES « VICTIMES PÉNALES PRINCIPALES »

404. – La consécration du rôle répressif de la « victime pénale principale » – La « *victime pénale principale* », qui est la personne - physique ou morale - qui souffre personnellement et directement de l'infraction, par opposition à la victime civile qui souffre des conséquences dommageables de cette dernière, est à l'évidence titulaire du droit d'impulser l'instance pénale, et de corroborer l'action publique tout au long de cette dernière¹²¹⁸, sans avoir besoin de justifier d'une habilitation expresse du législateur en ce sens, contrairement aux « *victimes pénales virtuelles* ». Bien que l'article 1^{er} du Code de procédure pénale octroie à la « *partie lésée* » le droit de mettre en mouvement l'action publique, ce texte crée une ambiguïté en renvoyant, pour les conditions de sa mise en œuvre, aux dispositions de l'article 2 du Code de procédure pénale relatives à l'action civile. L'étude des modalités entourant l'impulsion de l'instance pénale par la victime pénale tend pourtant à confirmer que celle-ci tire cette faculté, non pas de l'action civile, mais bien d'une action pénale privée non définie par le législateur **(A)**, mais néanmoins encadrée par un ensemble de règles structurant son régime juridique, lesquelles émanent tout autant de l'œuvre législative que de l'œuvre de la jurisprudence **(B)**.

¹²¹⁶ Ph. BONFILS, « L'action pénale de la victime. Une action en justice inconnue au régime juridique clairement défini », *Bull. Institut pour la justice*, n°17, 2012. M. le Doyen Bonfils définit l'action pénale privée comme une action en justice qui « se fonde sur une infraction. [À ce titre], elle est réservée aux victimes personnelles et directes, à l'exclusion des victimes civiles du dommage, relève de la compétence exclusive des juridictions pénales, et vise principalement la punition du coupable, ou du moins la participation à l'exercice de l'action publique ». Parce qu'elle a un objet essentiellement vindicatif, l'action pénale privée permet à la victime personnelle et directe de l'infraction d'agir devant les juridictions répressives, soit par voie d'action, en déclenchant elle-même le procès pénal par la mise en mouvement de l'action publique au lieu et place du représentant de la société, soit par voie d'intervention lorsque l'instance pénale a déjà été introduite. Parce que l'action pénale privée s'analyse comme une action en responsabilité pénale, au-delà de la faculté reconnue à la victime de déclencher le procès pénal, le législateur lui a octroyé de nombreux droits procéduraux et processuels lui permettant de concourir à la manifestation de la vérité en corroborant l'action publique tout au long du processus répressif. Même si la victime agissant sur le fondement de l'action pénale privée « corrobore l'action publique », selon l'expression consacrée par la Cour de cassation, il convient toutefois de ne pas se fourvoyer en la considérant comme un collaborateur du parquet. En exerçant l'action pénale privée, la victime poursuit la défense de ses propres intérêts privés, elle agit pour faire triompher sa vérité, et avoir la satisfaction de voir son auteur condamné par la juridiction répressive. L'action pénale privée apparaît comme une « intervention volontaire » particulière en ce qu'elle permet à son titulaire de déclencher un procès qui intéresse ses intérêts privés.

¹²¹⁷ R. PARIZOT, « Vers une action pénale partagée ? » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, op. cit., 247.

¹²¹⁸ La victime pénale étant, par définition, toujours victime civile, elle pourra naturellement exercer également l'action civile en réparation du dommage. V° infra n°...

A – L'IMPULSION DE L'INSTANCE PAR L'EXERCICE DE L'ACTION PÉNALE PRIVÉE

405. – Les manifestations de l'action pénale privée dans l'impulsion de l'instance. – Le droit positif offre deux modes d'introduction de l'instance pénale aux victimes d'infraction, selon la nature de cette dernière ou la complexité de l'affaire. Si l'infraction revêt une nature délictuelle ou contraventionnelle, que l'affaire ne présente pas de complexité particulière, et que la victime connaît l'identité de l'auteur, celle-ci peut directement saisir la juridiction de jugement par voie de citation de directe (1), et impulser ainsi l'instance pénale. Si l'infraction revêt en revanche une nature criminelle, ou une nature délictuelle, mais qu'elle présente dans ce cas une complexité certaine qui interdit à la juridiction de jugement de pouvoir statuer en l'état du dossier, ou que l'identité de l'auteur n'est pas connue, la victime peut introduire l'instance pénale en saisissant le juge d'instruction (2), provoquant ainsi l'ouverture d'une information judiciaire.

1) La saisine de la juridiction de jugement par l'exercice de l'action pénale privée

406. – L'exercice de l'action pénale privée par l'usage de la citation directe – Il résulte des articles 392 et 392-1 du Code de procédure pénale, en matière correctionnelle, de l'article 551 du même Code en matière contraventionnelle, que la victime peut citer directement l'auteur de l'infraction devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, selon la nature de cette dernière. La faculté reconnue à la victime d'impulser l'instance pénale en saisissant la juridiction de jugement par voie de citation directe est exprimée à l'article 392-1 du Code de procédure pénale qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *lorsque l'action de la partie civile n'est pas jointe à celle du ministère public, le tribunal correctionnel fixe, en fonction des ressources de la partie civile, le montant de la consignation que celle-ci doit, si elle n'a pas obtenu l'aide juridictionnelle, déposer au greffe et le délai dans lequel elle devra être faite sous peine de non-recevabilité de la citation directe. Cette consignation garantit le paiement de l'amende civile susceptible d'être prononcée* » en cas de relaxe, et seulement si le procureur de la République prend des réquisitions en ce sens. Il faut comprendre de ce texte que la citation directe de la victime emporte constitution de partie civile et saisine de la juridiction de jugement, de sorte que, c'est la constitution de partie civile qui met en mouvement l'action publique si celle-ci n'a pas déjà été déclenchée par le parquet. Ce texte, en visant seulement « *l'action de la partie civile* », procède à l'évidence à une distinction entre le droit d'exercer l'action civile et le droit de se constituer partie civile dans le procès pénal, ce que confirme d'ailleurs les dispositions de l'article 418, alinéa 3, du Code de procédure pénale, en vertu duquel, « *la partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé* ». L'utilisation du

verbe « *pouvoir* » induit ici que la constitution de partie civile n'a pas nécessairement pour objet l'exercice de l'action civile devant la juridiction de jugement, mais celle d'une autre action en justice, inconnue pour l'heure dans le Code de procédure pénale, mais qualifiée d'action pénale privée par une partie de la doctrine.¹²¹⁹ La jurisprudence n'a pas manqué de relever assez rapidement l'existence de cette action pénale privée, retenant sur le fondement de l'article 418, alinéa 3, que « *l'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu* ». ¹²²⁰ Il peut être observé d'ailleurs que d'autres dispositions législatives consacrent la distinction entre l'action civile et l'action pénale privée. Il en est ainsi, notamment, de l'article L. 641-9, alinéa 2, du Code de commerce qui prévoit, en matière de procédures collectives, que « *le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime* ». Ces dispositions consacrent, aux côtés de l'action civile qui est une action en responsabilité civile tendant à la réparation civile du dommage résultant de l'infraction portée devant la juridiction répressive, une action pénale privée qui est une action en responsabilité pénale tendant à l'établissement de la culpabilité de l'auteur de l'infraction introduite devant la juridiction pénale.¹²²¹ En reconnaissant à la victime de l'infraction le droit d'impulser l'instance pénale en saisissant directement la juridiction de jugement par voie de citation directe, les articles 392-1 (pour la matière correctionnelle) et 551 (pour la matière contraventionnelle) du Code de procédure pénale, consacrent de fait l'existence de cette action pénale privée qui permet à la victime de l'infraction d'introduire l'instance pénale en vue de corroborer l'action publique pour participer à l'établissement de la culpabilité de son auteur.

407. – L'extension des titulaires de la faculté d'impulser l'instance pénale par voie de citation directe – En autorisant la victime à initier l'instance pénale en saisissant directement la juridiction de jugement, le législateur lui accorde de fait le droit d'engager la responsabilité pénale de l'individu qu'elle désigne comme étant l'auteur de l'infraction dont elle souffre. Celle-ci constituant à l'évidence une dérogation au principe selon lequel le procès pénal relève de l'initiative d'un accusateur public, en l'occurrence le parquet, elle ne saurait être offerte à toute personne souffrant plus ou moins directement des conséquences dommageables d'un acte infractionnel. De ce point de vue, il résulte des solutions jurisprudentielles les plus récentes que seules les personnes physiques souffrant de manière plus ou moins directe de l'infraction, et non du dommage qui en résulte, doivent être considérées comme titulaire d'une action pénale

¹²¹⁹ Ph. BONFILS, « L'action pénale de la victime. Une action en justice inconnue au régime juridique clairement défini », *ibid.*

¹²²⁰ Cass. crim., 8 juin 1971 : *ibid.* Déjà en ce sens : Cass. crim., 20 oct. 1966 : *Bull. crim.*, n° 235.

¹²²¹ Ce qui démontre bien que l'action pénale privée constitue une action en justice au sens de l'article 31 du Code de procédure civile.

privée.¹²²² La Cour de cassation ne dit pas autre chose lorsqu'elle reconnaît la faculté de participer activement au procès pénal, « dans le seul intérêt de la manifestation de la vérité » aux seules victimes ayant la qualité de « *victimes pénales* »¹²²³, ce qui explique qu'elle admet la participation de certaines victimes à l'instance pénale alors même que la loi leur octroie une indemnisation forfaitaire, ce qui interdit de facto toute indemnisation par le juge. Cette situation démontre bien, comme le font observer certains auteurs, que l'action pénale privée ne repose pas sur l'intérêt à agir, mais sur la qualité à agir.¹²²⁴ Ceci a conduit la jurisprudence à considérablement étendre la liste des personnes ayant qualité à agir sur le fondement de l'action pénale privée en retenant une conception relativement souple de la notion de « *victime pénale* ». Nous en voulons pour preuve le fait que le juge, après avoir permis aux héritiers de la victime directe de l'infraction d'agir par voie d'action devant la juridiction répressive au titre de leur préjudice personnel lorsque l'infraction a causé le décès de la victime ou qu'elle est commise après le décès de celle-ci¹²²⁵, a étendu cette solution à ses ascendants¹²²⁶ et descendants¹²²⁷, à ses frères et sœurs¹²²⁸, à son conjoint¹²²⁹, voir même à son légataire universel¹²³⁰, alors que ces derniers n'avaient pas, dans les procès en question, la qualité d'héritiers. La volonté de retenir une conception extensive de la notion de « *victime pénale* » se manifeste également par l'attribution d'une telle qualité aux victimes par ricochet.¹²³¹ C'est naturellement la volonté de permettre au plus grand nombre de victimes souffrant directement de l'infraction de pouvoir intervenir par voie d'action dans l'instance pénale en vue de participer à la manifestation de la vérité qui motive ces solutions. Parce que l'action pénale privée se fonde sur la qualité du demandeur et non sur son intérêt à agir, il est parfaitement légitime que l'ensemble des « héritiers potentiels » de la victime directe de l'infraction, mais également ses proches, dès lors qu'ils peuvent rapporter la preuve qu'il souffre

¹²²² En ce sens, V° : S. GUICHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1048.

¹²²³ Cass. crim., 20 oct. 1966 : *ibid.* Il en est ainsi de la victime dont les préjudices causés résulte d'une infraction constitutive d'un accident du travail, à moins qu'il ne soit imputable à une personne autre que l'employeur ou ses employés, d'un accident de transport aérien, maritime, ou encore d'origine nucléaire.

¹²²⁴ Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, op. cit., n° 75. – J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « La mise en mouvement de l'action par la victime de l'infraction », in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, op. cit., 159.

¹²²⁵ Cass. crim., 15 mars 2011 : *Dr. pén.* 2011, comm. 76, obs. Véron. – 10 mai 2011 : *Dr. pén.* 2011, comm. 102, obs. Véron.

¹²²⁶ Cass. crim., 1^{er} mars 1973 : *Bull. crim.*, n° 105 ; *JCP G.* 1973, II, 17615, note Viney.

¹²²⁷ Cass. crim., 15 oct. 1979 : *Bull. crim.*, n° 277.

¹²²⁸ Cass. crim., 9 juill. 1996 : *Bull. crim.*, n° 287.

¹²²⁹ Cass. ch. réunies, 25 nov. 1964 : *Bull. ch. réunies*, n° 1.

¹²³⁰ Cass. req., 10 avr. 1922 : *S.* 1924, II, 153, note Eismen.

¹²³¹ Cass. crim., 9 févr. 1989 : *Bull. crim.*, n° 63 ; *RSC* 1989, 742, obs. Levasseur ; *RTD Civ.* 1989, 653, obs. Jourdain ; *RCA* 1989, comm. 10, obs. Groutel. *Rappr.* : Cass. crim., 19 juin 1985 : *Bull. crim.*, n° 236.

personnellement et directement de l'infraction, puissent impulser l'instance pénale au titre de leur préjudice personnel.¹²³²

408. – Les obstacles à l'exercice de l'action pénale privée – Par les conséquences qu'elle emporte sur l'action publique, l'action pénale de la victime de l'infraction se trouve intrinsèquement liée à cette dernière, ce qui explique qu'en vertu du principe selon lequel « *l'accessoire suit le principal* », le régime juridique de l'action pénale privée se calque nécessairement sur celui de l'action publique. Ainsi, les causes d'extinction de celle-ci, énumérées à l'article 6 du Code de procédure pénale, ont-elles vocation à s'étendre, par voie de conséquence, à l'action pénale privée. Il est en effet logique de considérer que l'extinction de l'action publique emporte celle de l'action pénale privée, et il faut donc déduire de ce constat que les délais de prescription de l'action publique s'appliquent également à l'action pénale privée. La saisine de la juridiction de jugement par voie de citation directe doit donc s'effectuer avant l'écoulement des délais de prescription de l'action publique, indiqués notamment aux articles 8 (pour la matière correctionnelle) et 9 (pour la matière contraventionnelle) du Code de procédure pénale. *Quid* de l'hypothèse dans laquelle le parquet a décidé de régler le litige pénal en recourant à une procédure alternative aux poursuites ? L'alinéa 3 de l'article 6 du Code de procédure pénale précise que l'action publique « *peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale ; il en est de même en cas de retrait de plainte, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite* ». De ce point de vue, le choix opéré par le parquet de régler le litige pénal en recourant à une mesure alternative aux poursuites, dont nous avons pu constater le caractère transactionnel, devrait logiquement neutraliser l'action pénale privée de la victime. L'analyse nous invite pourtant à nuancer le propos. Bien évidemment, l'exécution de la mesure de composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale, en ce qu'elle éteint l'action publique, neutralise nécessairement la possibilité reconnue à la victime de l'infraction d'exercer son action pénale privée. *Quid* lorsque la mesure de composition pénale n'est pas encore acceptée par l'auteur ? En théorie, rien ne s'oppose à ce que la victime initie l'instance pénale en citant directement son auteur devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police puisque l'action publique est, à ce moment là, disponible, ce que rappelle d'ailleurs la Cour de cassation en considérant que c'est l'acceptation de la mesure proposée par l'auteur de l'infraction qui scelle l'accord transactionnel entre ce dernier et le parquet.¹²³³ De fait, tant qu'un tel accord n'est pas intervenu, l'action publique demeure disponible, et peut donc être mise en mouvement par la

¹²³² Cass., ass. plén., 9 mai 2008 : *Bull. crim.* 2008, n° 1 ; *AJ pénal* 2008, 366, note Saas ; *Dr. pén.* 2008, étude 12, note Sanchez. – Cass. crim., 20 mai 2008 : *Bull. crim.* 2008, n° 123. – 10 nov. 2009 : *Bull. crim.*, n° 185. – 1^{er} sept. 2010 : *Bull. crim.*, n° 126. Déjà en ce sens : Cass. crim. 27 avr. 2004 : *ibid.*

¹²³³ Cass. crim., 20 nov. 2007 : *ibid.*

victime de l'infraction. Concernant les alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, celles-ci n'ayant pour effet que de suspendre la prescription de l'action publique, celle-ci demeure également disponible, quand bien même l'auteur aurait exécuté ses obligations, y compris celles consistant en la réparation du dommage de la victime.¹²³⁴ En effet, si une telle mesure peut, dès lors que le dommage est intégralement réparé, neutraliser l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales, elle ne peut en aucun cas neutraliser celui de l'action pénale privée qui ne poursuit aucune finalité indemnitaire. *Quid* toutefois de la mesure de médiation pénale à laquelle la victime participe ? *A priori*, il est généralement admis que les parties à un accord de médiation mettent un terme à tous les différends nés de l'infraction, de sorte que du point de vue de la victime, l'on considère en principe que celle-ci renonce naturellement à l'action en réparation, mais également à son action pénale privée. Néanmoins, il doit être observé, d'une part, que « *lorsque les termes de l'accord de médiation limitent expressément son objet à la seule réparation du préjudice* »¹²³⁵, celle-ci conserve alors toute liberté à la victime pour initier l'instance pénale, d'autre part, quand bien même les termes de l'accord de médiation étend son objet à l'action pénale privée, il nous semble qu'à l'instar du parquet qui peut impulser l'instance pénale malgré l'exécution de ses obligations par l'auteur, la victime dispose également de la même faculté, l'action pénale privée étant possible tant que l'action publique est disponible. Comme le fait remarquer M. Perrier, « *l'interprétation stricte des accords transactionnels conjuguée à l'absence d'incidence sur l'action publique des médiations pénales peuvent permettre à la victime [d'initier l'instance pénale], alors même que l'accord a été correctement exécuté* ». ¹²³⁶ *Quid* de la décision du parquet de trancher le litige pénal par voie de CRPC ? En principe, les parquets ne recourent pas à la procédure de CRPC en présence d'une victime identifiée, de sorte que ce cas particulier ne devrait pas se rencontrer en pratique. Mais, la mise en œuvre de la CRPC faisant l'objet de pratiques différentes d'un parquet à l'autre, une telle situation n'est toutefois pas un cas d'école. En pareille situation, le principe est que le premier qui met en mouvement l'action publique définit de fait le cadre processuel dans lequel le litige pénal sera réglé, et prive *de facto* l'autre de le faire. Si la victime saisit la juridiction de jugement par voie de citation directe avant que le parquet n'ait mis en mouvement l'action publique en s'engageant dans un processus de CRPC, celui-ci ne peut plus recourir à une telle procédure pour résoudre le litige pénal dont il se trouve saisi. De ce point de vue, le représentant de la société devra inscrire son action répressive dans le cadre processuel défini par la victime. En revanche, si le procureur de la république déclenche l'action publique en premier en recourant à

¹²³⁴ À l'instar du parquet d'ailleurs. V° : Cass. crim., 21 juin 2011 ; *ibid*.

¹²³⁵ J.-B. PERRIER, « Le caractère transactionnel de l'accord issu d'une médiation pénale », note ss Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, *ibid*.

¹²³⁶ J.-B. PERRIER, *ibid*.

une procédure de CRPC, le succès de cette dernière privera nécessairement la victime de sa faculté de saisir la juridiction de jugement en exerçant son action pénale privée. Cette situation n'est pas choquante dans la mesure où l'action répressive de la victime n'a pour seul but que de permettre l'établissement de la culpabilité de l'auteur, or, celle-ci étant préalablement reconnue dans le cadre de la procédure de CRPC, l'action pénale privée n'a plus lieu d'être puisque privée de son objet. En revanche, si la CRPC échoue, la victime pourra alors impulser l'instance pénale en saisissant la juridiction de jugement si le parquet n'a pas usé de la procédure de double convocation, et elle pourra toujours agir par voie d'intervention si le procureur de la République a utilisé l'article 495-11-1 du Code de procédure pénale lui permettant de délivrer au prévenu, simultanément à la mise en œuvre de la CRPC, citation à comparaître devant le tribunal correctionnel.¹²³⁷

2) *La saisine du juge d'instruction par l'exercice de l'action pénale privée*

409. – Une prérogative offerte originellement par le droit prétorien – La possibilité aujourd'hui reconnue à la victime d'introduire l'instance pénale en saisissant le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile n'était pas envisagée par le Code d'instruction criminelle. C'est à l'occasion de l'arrêt « *Laurent-Atthalin* »¹²³⁸ que la Cour de cassation a admis que « *la plainte déposée entre les mains d'un juge d'instruction par la personne qui se dit victime d'un crime ou d'un délit, lorsqu'elle est accompagnée d'une constitution de partie civile, produit, pour la mise en mouvement de l'action publique, les mêmes effets qu'un réquisitoire du procureur de la République* ». Cette solution était parfaitement logique, et conforme à la lettre comme à l'esprit de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale qui dispose en son deuxième alinéa que « *l'action publique peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée [...]* ».¹²³⁹ La finalité de cette jurisprudence est claire : faire en sorte qu'il n'advienne jamais « *qu'un citoyen fasse à la justice, à des juges, un appel qui ne soit pas entendu* ». Aux côtés de la citation directe, les victimes disposaient désormais de la faculté de faire échec à l'inertie du

¹²³⁷ F. DEFFERRARD, « La dénaturation du plaider coupable », *ibid.* – J.-B. PERRIER, « La constitutionnalité de la légalisation de la pratique de la double convocation en matière de CRPC », *ibid.* – Y. JOSEPH-RATINEAU, « De quelques difficultés issues de la légalisation de la double convocation dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *ibid.*

¹²³⁸ Cass. crim. 8 déc. 1906 : *ibid.* *Confirm.* : Cass. crim., 21 sept. 1999 : *Bull. crim.*, n°188. V° égal. : J. BROUCHOT, « L'arrêt Laurent-Atthalin, sa genèse et ses conséquences », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, *ibid.*

¹²³⁹ Il doit être observé qu'à l'origine, les magistrats de la Cour de cassation rattachaient la faculté reconnue à la victime de mettre en mouvement l'action publique en portant sa plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction à l'action civile. Il est, à ce titre, intéressant de reprendre ici certains passages du rapport du conseiller Laurent Atthalin qui considérait que, « *lorsqu'elle est portée devant la juridiction répressive, l'action civile prend un caractère particulier, un caractère en quelque sorte, mixte [...]* ».

parquet en matière criminelle, et ainsi éviter l'étouffement des affaires sensibles, en disposant de la faculté de déclencher l'instance pénale en saisissant la juridiction d'instruction. De ce point de vue, la plainte avec constitution de partie civile est à la victime ce que le réquisitoire introductif est au parquet.¹²⁴⁰ Cette solution a été consacrée par le législateur à l'article 85 du Code de procédure pénale qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42 ». Bien évidemment, « les dangers de la reconnaissance d'un tel pouvoir à la victime sont réels. Une privatisation de l'action publique, et plus fondamentalement son dévoilement, inspirent des réticences légitimes. Le monopole de l'Etat dans l'exercice du droit de punir constitue bien évidemment un progrès qu'il ne saurait être question de remettre en cause par l'affirmation d'un droit de vengeance des victimes. [...] Mais les aspirations vindicatives des victimes d'infractions sont une réalité, qu'il est sans doute préférable de canaliser judiciairement, sous peine qu'elles ne resurgissent sous la forme d'un sentiment d'injustice ou de vengeance dangereux pour l'ordre social. Assez paradoxalement, cette présence des victimes pourrait même participer de la sérénité de la justice, et de l'effet cathartique du procès au-delà des victimes elles-mêmes ».¹²⁴¹ De ce point de vue, la restriction opérée au droit reconnu à la victime de saisir directement le juge d'instruction par le législateur à l'occasion de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 nous semble discutable, surtout au regard de l'inutilité du dispositif.

410. – La restriction légale de la faculté d'impulser l'instance pénale – Si l'article 85 du Code de procédure pénale dispose que « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42 », la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a atténué quelque peu la portée de ce texte en insérant un alinéa 2, en vertu duquel « la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire. Cette condition de recevabilité n'est pas requise s'il s'agit d'un crime ou s'il s'agit d'un délit prévu par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou par les articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du code électoral. La prescription de l'action publique est suspendue, au profit de la victime, du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois ». Comme souvent en

¹²⁴⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1553.

¹²⁴¹ Ph. BONFILS, « L'action pénale de la victime. Une action en justice innommée au régime juridique clairement défini », *ibid.*

procédure pénale, il a suffi d'une affaire judiciaire médiatisée - en l'occurrence celle d'Outreau - pour qu'une réforme soit adoptée à la hâte, et serve de prétexte à quelques modifications de certaines dispositions de procédure pénale, sans lien réel avec les difficultés soulevées par l'affaire en question. L'introduction de l'alinéa 2 de l'article 85 du Code de procédure pénale illustre parfaitement le propos. À part avoir donné satisfaction aux opposants à la présence de la victime sur la scène pénale qui ont cru voir dans cette loi un retournement de tendance concernant la place de la victime en procédure pénale¹²⁴², alors qu'elle ne constitue qu'une loi de circonstance tendant à résoudre des problèmes matériels et logistiques dus à l'insuffisance des moyens accordés à la justice¹²⁴³, le dispositif introduit à l'alinéa 2 de l'article 85 du Code de procédure pénale brille par son inutilité comme son inefficacité. Comme nous l'avons déjà indiqué, la pratique judiciaire démontre que, dans la très grande majorité des cas, le parquet ne donne jamais de réponse dans le fameux délai de trois mois imposé par le texte¹²⁴⁴, de sorte que la victime n'a qu'à attendre tranquillement l'écoulement de ce délai pour déposer sa plainte avec constitution de partie civile entre les mains du doyen des juges d'instruction, et ainsi impulser l'instance pénale. De fait, ce dispositif ne fait, en pratique, que freiner inutilement la victime dans sa démarche répressive, mais ne permettra pas de lutter efficacement contre des constitutions de partie civile abusives ou dilatoires, ce qui est tout de même le but de ce dernier. Il nous semble donc qu'il eut été préférable, si réellement un flot de constitutions de partie civile abusives ou dilatoires engorge les cabinets des juges d'instruction, d'augmenter de manière significative le montant de l'amende civile susceptible d'être prononcée par ces derniers en vue de leur permettre de sanctionner efficacement les constitutions de partie civile apparaissant comme abusives ou dilatoires afin de faire passer l'envie aux plaideurs de mauvaise foi de saisir avec trop de légèreté la justice pénale. Libre aux juges ensuite de sanctionner ou non.

411. – La restriction jurisprudentielle de la faculté d'impulser l'instance pénale – Si le droit de se constituer partie civile devant le juge d'instruction fut rattaché dans un premier temps à l'exercice de l'action civile, assez rapidement, la Cour de cassation s'est écartée des conditions posées à l'article 2 du Code de procédure pénale encadrant l'exercice du droit à réparation devant les juridictions répressives. En déplaçant la condition de recevabilité de l'intérêt à agir sur la qualité à agir, la jurisprudence s'éloignait nécessairement des conditions de l'action civile pour ériger une nouvelle action en justice susceptible d'être exercée par les victimes d'infractions

¹²⁴² E. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude », *ibid.*

¹²⁴³ En ce sens : M. MÉCHIN, « Le double visage de la victime en France », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *ibid.*

¹²⁴⁴ Ph. BONFILS, « Table ronde – Les acteurs du procès pénal », in *Droit pénal : le temps des réformes*, *ibid.*

pénales devant les juridictions répressives : l'action pénale privée. La jurisprudence devait ainsi progressivement réserver cette dernière, et donc la faculté d'introduire l'instance pénale directement devant le juge d'instruction, aux seules victimes de l'infraction, à l'exclusion de toutes les autres. À l'instar de ce qui a été évoqué précédemment à propos des victimes recevables à agir par voie d'action devant les juridictions de jugement, il sera observé ici que la mise en mouvement de l'action publique par la victime pénale de l'infraction lui octroie *de facto* le statut de partie civile au procès, pareillement à la victime civile exerçant son action civile par voie d'intervention, mais contrairement à celle-ci, et parce qu'elle exerce une action pénale privée, elle s'impose comme un accusateur privé engageant la responsabilité pénale d'une personne qu'elle accuse d'être l'auteur de l'infraction dont elle souffre. En introduisant l'instance pénale, la victime pénale ne fait pas seulement que déclencher des poursuites pénales, elle fait courir à un individu le risque d'une mise en examen, avec toutes les conséquences coercitives qu'un tel statut emporte. L'on comprend de fait le souci constant du juge de ne pas étendre de manière inconsidérée la faculté de déclencher l'ouverture d'une information judiciaire à un nombre trop important de victimes en la limitant aux seules victimes légitimes à exiger la manifestation de la vérité : celles qui souffrent personnellement directement de l'infraction. Partant, l'on peut affirmer que l'action pénale privée, bien que d'une nature répressive, dispose d'une finalité réparatrice en ce qu'elle tend à permettre la réparation symbolique de la victime¹²⁴⁵, à l'image de l'action publique exercée par le parquet qui tend à réparer symboliquement le dommage causé au corps social.

412. – Les obstacles à la saisine des juridictions de l'instruction par la victime – À l'instar de ce qui a pu être observé à propos de la saisine des juridictions de jugement par voie de citation directe, l'exercice de l'action pénale privée étant conditionné par celui de l'action publique, l'existence de l'une des causes extinctives énumérées à l'article 6 du Code de procédure pénale a pour effet d'éteindre, de facto, la faculté pour la victime d'ouvrir une information judiciaire en exerçant son action pénale privée. *Quid* de l'hypothèse dans laquelle le parquet, pour qui l'ouverture d'une information judiciaire en matière délictuelle est facultative, saisit directement la juridiction de jugement ? Contrairement à ce que nous avons pu observer concernant la saisine des juridictions de jugement, c'est le parquet qui décide prioritairement s'il y a lieu ou non d'ouvrir une information judiciaire. L'alinéa 2 de l'article 85 du Code de procédure pénale subordonnant la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction, soit à une décision de classement sans suite du parquet, soit à l'écoulement d'un délai de trois mois, la

¹²⁴⁵ Ce qui explique notamment que la Cour de cassation ait pu admettre que la sœur de la victime d'un viol puisse exercer, au titre de son préjudice personnel, l'action pénale privée, et ainsi mettre en mouvement l'action publique. En ce sens : Cass. crim., 27 mai 2009 : *Bull. crim.*, n° 107.

victime ne dispose plus de la possibilité d'ouvrir l'information judiciaire, sans que le parquet n'ait d'abord apprécié l'opportunité d'une telle initiative. En théorie, ce texte était sensé garantir l'effectivité de la prééminence du procureur de la République dans l'appréciation de l'opportunité de la poursuite pénale. En pratique, il n'a pas changé grand chose dans la mesure où la grande majorité des parquets ne répondent jamais dans le délai qui leur est imparti par ce texte : trois mois. De fait, la victime est seulement freinée dans son action répressive, mais certainement pas empêchée. Si dans ce laps de temps, le parquet met en mouvement l'action publique en saisissant le tribunal correctionnel, la victime ne pourra pas initier l'instance pénale en saisissant directement la juridiction d'instruction par voie de plainte avec constitution de partie civile. Si le parquet n'a pas mis en mouvement l'action publique, la victime dispose de la faculté de provoquer l'ouverture d'une information judiciaire en se constituant partie civile directement devant le juge d'instruction. Si le parquet impulse une « *instance en règlement transactionnel* » du litige pénal, la victime se voit priver de sa faculté à ouvrir une information judiciaire, que celle-ci aille jusqu'à son terme ou qu'elle soit abandonnée pour cause d'échec de la CRPC.¹²⁴⁶

413. – En conclusion – Le droit positif offre à la victime qui souffre personnellement et directement de l'infraction, qualifiée par la doctrine de « victime pénale », la faculté d'impulser l'instance pénale en exerçant une action en justice qualifiée d'« *action pénale privée* ». Consacrée par de multiples dispositions de procédure pénale, cette action répressive a pour finalité l'établissement de la culpabilité de l'auteur de l'infraction, et pour effet principal, de permettre à la victime d'impulser l'instance pénale en mettant elle-même en mouvement l'action publique. Plaçant ainsi la victime et le parquet en concurrence dans l'impulsion de l'instance pénale par la faculté qui leur est réciproquement reconnue de saisir la juridiction de jugement, l'analyse met toutefois en évidence que la prééminence du représentant de la société se trouve consacrée au sein de l'alinéa 2 de l'article 85 du Code de procédure pénale lorsqu'il s'agit d'initier l'instance pénale par l'ouverture d'une information judiciaire en matière délictuelle. Ce texte subordonne en effet la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction à une décision de classement sans suite du parquet qui doit intervenir dans un délai de trois mois maximum au terme duquel la victime retrouve sa liberté d'agir. La pratique judiciaire mettant en exergue que les services du parquet ne donnent jamais de réponse dans le délai des trois mois imparti, il faut convenir que, si ce dispositif freine l'action répressive des victimes, elle ne l'empêche nullement, de sorte que celle-ci apparaît véritablement comme un concurrent du parquet dans l'initiative de l'instance pénale. Cette situation nous conduit à constater que le cadre processuel dans lequel le

¹²⁴⁶ En effet, l'article 495-12 du Code de procédure pénale dispose que « *le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon l'une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information* ».

litige pénal sera amené à être réglé, ainsi que la détermination des éléments de ce dernier¹²⁴⁷, est déterminé par celui qui initie l'instance pénale en premier. Soit ce sera le parquet, soit ce sera la victime. C'est en ce sens, nous semble-t-il, que l'on peut véritablement parler d'un pouvoir d'impulsion partagé de l'instance pénale entre l'autorité publique chargée des poursuites et la « victime pénale principale ».

B – L'ENCADREMENT DE L'EXERCICE DU DROIT DE SE CONSTITUER PARTIE CIVILE

414. – L'encadrement législatif et jurisprudentiel de l'impulsion de l'instance pénale par la victime – Si le droit français se distingue de la majorité des autres droits par le fait qu'il a maintenu la victime dans son rôle d'accusateur privé, encore faut-il remarquer qu'il n'offre cette faculté qu'aux « victimes pénales », en d'autres termes, à celles qui ont personnellement et directement souffert de l'infraction, et non de ces seules conséquences dommageables. Comme le démontre l'étude du droit positif, l'exercice de l'action pénale privée par la victime de l'infraction, eu égard aux conséquences qu'il est susceptible d'emporter sur l'action publique, est encadré tant par le législateur (1) que par le juge (2).

1) L'encadrement légal de l'exercice du droit de se constituer partie civile

415. – L'absence de définition légale de l'action pénale privée – Bien qu'il soit possible de trouver des manifestations de l'action pénale privée de la victime dans diverses dispositions de procédure pénale, que ce soit au travers de l'étude des textes régissant la citation directe ou la plainte avec constitution de partie civile, le législateur n'emploie jamais l'expression « *action pénale privée* », celui-ci ne faisant référence qu'aux seules actions en justice qu'il a identifiées en matière pénale : l'action publique et l'action civile. Innommée, l'action pénale privée ne bénéficie donc d'aucune définition légale. Toutefois, sans utiliser l'expression « *action pénale privée* », le législateur identifie au moins l'un des droits qui lui est rattaché : le droit de mettre en mouvement l'action publique. Il le fait en distinguant, au sein de nombreux textes, l'action civile du droit de se constituer partie civile. L'on peut citer naturellement, pour rappel, l'article 392-1 du Code de procédure pénale, qui dispose en son alinéa 1^{er} que « *lorsque l'action de la partie civile n'est pas jointe à celle du ministère public, le tribunal correctionnel fixe, en fonction des ressources de la partie civile, le montant de la consignation que celle-ci doit, si elle n'a pas obtenu l'aide juridictionnelle, déposer au greffe et le délai dans lequel elle devra être faite sous peine de non-recevabilité de la citation directe. Cette consignation garantit le paiement de*

¹²⁴⁷ V° infra, n°...

l'amende civile susceptible d'être prononcée » en cas de relaxe, et seulement si le procureur de la République prend des réquisitions en ce sens ; l'article 418, alinéa 3, du Code de procédure pénale, en vertu duquel, « *la partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé* » ; l'article L. 641-9, alinéa 2, du Code de commerce qui prévoit, en matière de procédures collectives, que « *le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime* ». Ces dispositions consacrent, aux côtés de l'action civile, une action pénale privée comportant un droit exceptionnel par les effets qu'il emporte sur l'action publique : le droit de se constituer partie civile en vue d'impulser l'instance pénale. Malgré l'absence de définition légale, ce droit dispose d'un régime juridique qui, bien que résultant principalement d'une construction jurisprudentielle, trouve également ses fondements dans la loi.

416. – L'encadrement général du droit de constituer partie civile – Si un certain nombre de dispositions du Code de procédure pénale tendent à encadrer le droit reconnu à la victime d'introduire l'instance pénale, il peut être remarqué que celles-ci sont relativement récentes, et témoignent de la volonté du législateur de répondre aux critiques émises du fait de l'augmentation du nombre de constitutions de partie civile, fondées en grande partie sur l'élargissement de la liste des titulaires de l'action pénale privée par la jurisprudence. Ainsi, il doit être observé, tant en ce qui concerne l'impulsion de l'instance pénale par voie de citation directe devant les juridictions de jugement, que celle résultant de la délivrance de la plainte avec constitution de partie civile au juge d'instruction, que la victime peut être contrainte de consigner une somme dont le montant est déterminé par le juge en vue de garantir le paiement de l'éventuelle amende civile prononcée par la juridiction répressive en cas d'échec de l'action répressive de la victime. La consignation, dont la victime peut être exemptée si elle obtient l'aide juridictionnelle, tend aujourd'hui à garantir le paiement de l'amende civile susceptible d'être prononcée à son encontre, en application du premier alinéa de l'article 177-2 du Code de procédure pénale, en cas de relaxe. Sur ce point, il peut d'ailleurs être observé que les conséquences pécuniaires résultant de l'échec de son action en justice devant les juridictions répressives pour la victime se sont un peu plus alourdies encore depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, laquelle a introduit, à l'article 88-2 du Code de procédure pénale, une exception au principe selon lequel les frais de justice ne sont pas recouverts auprès de la partie civile succombante. Si celle-ci demande la réalisation d'une expertise, le juge d'instruction peut lui ordonner de verser un complément de consignation destiné à garantir le paiement des frais ainsi engagés dans le cas où la constitution de partie civile serait jugée abusive ou dilatoire. Cette disposition n'est toutefois pas applicable en matière criminelle et en matière de délits contre les personnes. Par le biais de la consignation, et la

faculté de prononcer une amende civile à l'encontre de la victime qui se serait constituée partie civile de manière abusive ou dilatoire, les juridictions répressives disposent d'un moyen efficace pour lutter contre les constitutions de partie civile abusives ou dilatoires. La pratique révèle pourtant que ce mécanisme n'est que faiblement utilisé par les magistrats, ce qui peut paraître surprenant au regard du nombre prétendument élevé de constitutions de partie civile abusives dont les juges d'instruction sont, paraît-il, saisis. C'est pourtant cette idée qui a conduit le législateur à encadrer plus spécialement la faculté reconnue à la victime d'impulser l'instance pénale en saisissant le juge d'instruction en matière délictuelle.

417. – L'encadrement spécial du principe d'impulsion de l'instance pénale par la victime

– La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a été l'occasion pour le législateur de modifier le contenu de l'article 85 du Code de procédure pénale en y insérant un alinéa 2 qui subordonne la mise en mouvement de l'action publique par la victime d'une infraction pénale à la décision du parquet, dès lors que celle-ci a vocation à déclencher l'ouverture d'une instruction préparatoire en matière délictuelle.¹²⁴⁸ L'obstacle procédural introduit par cette loi vient s'ajouter ainsi aux mécanismes tendant à contrôler les abus potentiels de constitution de partie civile déjà existant dans le Code de procédure pénale, tel que l'interdiction de porter plainte avec constitution de partie civile en matière contraventionnelle¹²⁴⁹, l'obligation d'opérer la consignation d'une somme d'argent¹²⁵⁰ correspondant à l'amende civile susceptible d'être encourue pour constitution de partie civile abusive¹²⁵¹, mais également l'impossibilité pour la partie civile de provoquer la reprise d'une instruction close par un non-lieu.¹²⁵² De fait, si certains auteurs ont pleinement approuvé la solution nouvelle¹²⁵³, d'autres se sont montrés, au regard de la faible efficacité du mécanisme, plus critique.¹²⁵⁴ Nous nous joignons à ces derniers en ce que le dispositif n'instaure finalement qu'un « *délai de réflexion* » qui ne freinera pas les constitutions de partie civile abusives, mais qui risque de décourager les « vraies » victimes d'agir au pénal dans des contentieux qui, par leur clandestinité, requièrent une intervention rapide de l'institution judiciaire permettant de créer un effet de surprise destiné à éviter que le délinquant ne falsifie ou n'efface des éléments de preuve.¹²⁵⁵ En affirmant le caractère subsidiaire de la plainte avec constitution de partie civile - laquelle ne peut

¹²⁴⁸ V° *supra* n°...

¹²⁴⁹ Art. 79 C. proc. pén.

¹²⁵⁰ Art. 88 C. proc. pén.

¹²⁵¹ Art. 88-1 C. proc. pén. – art. 177-2 C. proc. pén.

¹²⁵² Art. 190 C. proc. pén.

¹²⁵³ E. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude », *ibid.*

¹²⁵⁴ Not. : S. DETRAZ, « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *ibid.*

¹²⁵⁵ L'on songera ici tout particulièrement au domaine du droit pénal des affaires ou de la cybercriminalité.

intervenir qu'à défaut de réquisitoire introductif délivré par le parquet -, la réforme opérée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 entend préserver la prééminence de l'accusation publique dans l'impulsion de l'instance pénale par l'ouverture d'une information judiciaire. Mais cet objectif nous semble loin d'être atteint dès lors que celle-ci dispose d'un champ d'application extrêmement réduit. Premièrement, elle ne concerne que l'hypothèse de la saisine spontanée du juge d'instruction par la voie de la plainte avec constitution de partie civile, ce qui signifie que la victime peut librement impulser l'instance pénale en recourant à la citation directe par exemple. Deuxièmement, le caractère subsidiaire de la plainte avec constitution de partie civile ne vaut qu'en matière délictuelle, celle-ci n'ayant point modifié les dispositions de l'article 79 du Code de procédure pénale qui a toujours prohibé la constitution initiale de partie civile en matière contraventionnelle, d'une part, et n'a pas supprimé le droit reconnu à la victime de saisir spontanément le juge d'instruction en matière criminelle. Troisièmement, il peut être observé que la nouvelle condition de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile n'est pas requise, « *s'il s'agit d'un délit prévu par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou par les articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du Code électoral* ». Par ailleurs, il doit être observé que la subsidiarité de la plainte avec constitution de partie civile ne concerne que la constitution initiale de partie civile, de sorte qu'en présence d'une pluralité de victimes, il suffit que l'une d'entre elles ait franchi l'obstacle pour que celui-ci soit levé relativement aux constitutions de partie civile incidentes.¹²⁵⁶ Par ailleurs, la préservation de l'action pénale privée est assurée par l'article 85-2° qui prévoit que « *la prescription de l'action publique est suspendue [...] du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois* ».

2) L'encadrement jurisprudentiel de l'exercice du droit de se constituer partie civile

418. – L'encadrement de l'action pénale privée par l'identification de son objet – Même si certaines dispositions de procédure pénale dissocient l'action civile du droit de se constituer partie civile, qui est un composant de l'action pénale privée, c'est le juge qui, au fil de ces décisions, en a déterminé les titulaires. Chronologiquement, il peut être observé que la jurisprudence s'est, dans un premier temps, contentée de consacrer le rôle répressif des victimes dans l'instance pénale en retenant que les constitutions de partie civile ou les citations directes émanant de victimes d'infractions pénales ne demandant pas réparation étaient parfaitement

¹²⁵⁶ À la condition toutefois que le juge d'instruction se soit préalablement assuré de l'identité de faits entre ceux qui ont motivé sa saisine initiale et ceux dont se plaint l'auteur de la constitution de partie civile incidente.

recevables.¹²⁵⁷ En scindant la question du déclenchement de l'action publique et celle de la réparation, le juge identifiait les deux raisons justifiant l'intervention de la victime de l'infraction devant la juridiction répressive. Allant plus loin encore, la Cour de cassation devait reconnaître aux victimes la faculté d'initier l'instance pénale en déposant entre les mains du juge d'instruction une plainte avec constitution de partie civile à l'occasion de l'arrêt « *Laurent-Attalin* » en 1906.¹²⁵⁸ Si le pouvoir pénal des victimes se trouvait reconnu, la jurisprudence devait progressivement définir l'objet de l'action en justice qu'elle instaurait *de facto* aux côtés de l'action civile puisqu'en dissociant l'action civile du droit de se constituer partie civile, la jurisprudence admettait implicitement qu'en se constituant partie civile, la victime pouvait poursuivre d'autres objectifs que la réparation civile de son dommage. Si l'on pouvait, de manière intuitive, parfaitement appréhender ces autres objectifs, l'objet de l'action pénale privée sur laquelle la victime se fondait pour mettre en mouvement l'action publique demeurait flou. En retenant, à maintes reprises, que « *l'intervention de la partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu* »¹²⁵⁹, ou encore que « *la constitution de partie civile a pour objet essentiel la mise en mouvement de l'action publique en vue d'établir la culpabilité de l'auteur présumé d'une infraction ayant causé un préjudice au plaignant* »¹²⁶⁰, la Cour de cassation a progressivement défini l'objet de l'action pénale privée. Celui-ci réside dans l'introduction de l'instance pénale en vue de participer à la manifestation de la vérité et ainsi établir la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction.

419. – L'encadrement de l'action pénale privée fondé sur la qualité du demandeur – À compter de l'instant où la jurisprudence définissait l'objet de l'action pénale privée comme la participation de la victime à l'instance pénale en vue de permettre la manifestation de la vérité et l'établissement de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction, il est évident que le droit de se constituer partie civile, par les effets qu'ils emportent sur l'action publique, ne pouvait être octroyé qu'aux victimes qui souffrent directement et personnellement de l'infraction, car seules ces dernières sont légitimes à participer au procès pénal en corroborant l'action publique. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu considérer « *qu'il suffit, pour que la demande de constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence d'un préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec*

¹²⁵⁷ Cass. crim., 30 août 1877 : *Bull. crim.*, n° 211. – 12 mars 1885 : *Bull. crim.*, n° 63. – 10 oct. 1968 : *Bull. crim.*, n° 248. – 8 juin 1971 : *ibid.* – 24 mai 1973 : *Bull. crim.*, n° 238. – 4 juill. 1973 : *Bull. crim.*, n° 315.

¹²⁵⁸ V° supra, n°...

¹²⁵⁹ 8 juin 1971 : *ibid.* – 24 mai 1973 : *ibid.* – 4 juill. 1973 : *ibid.* – 10 févr. 1987 : *Bull. crim.*, n° 64.

¹²⁶⁰ Cass. crim., 16 déc. 1980 : *Bull. crim.*, n° 348. – 4 nov. 1981 : *Bull. crim.* 1981, n° 292.

une infraction pénale». ¹²⁶¹ Que ce soit devant les juridictions d'instruction ou les juridictions de jugement, le droit de se constituer partie civile en vue d'initier l'instance pénale ne peut appartenir qu'aux personnes qui souffrent personnellement et directement de l'infraction. Entrent dans cette catégorie, les victimes directes de l'infraction, mais également, dès lors qu'ils subissent un préjudice personnel : les héritiers et les victimes par ricochet. Ainsi défini, le titulaire de l'action pénale privée ne peut être qu'une personne qui souffre personnellement et directement d'une infraction pénale, en ce sens qu'elle subit physiquement et/ou moralement l'infraction, et non les seules conséquences dommageables de cette dernière. Si l'infraction fait naître, au profit de la victime directe, un droit de participation à l'instance pénale en vue de permettre la manifestation de la vérité et l'établissement de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction, la question de la transmissibilité de ce dernier aux héritiers, si elle semble réglée en jurisprudence ¹²⁶², continue d'alimenter le débat en doctrine. Certains auteurs considèrent en effet le droit de vengeance comme un droit familial et, partant, transmissible aux héritiers, « *la notion de communauté familiale et celle de continuation de la personne du défunt [permettant] de considérer que la vengeance se transmet avec le patrimoine* ». ¹²⁶³ L'argument est manifestement excessif dans la mesure où le caractère extrapatrimonial du droit de se constituer partie civile empêche sa transmission à l'héritier ¹²⁶⁴, ce qui explique très certainement que la jurisprudence ne l'ait pas retenu à ce jour. En rattachant le droit de mettre en mouvement l'action publique à la personne de la victime, et non à l'intérêt agir du demandeur, la jurisprudence use ici d'un critère qui permet d'encadrer strictement l'exercice de ce droit exceptionnel reconnu à la victime d'une infraction pénale, celui d'initier l'instance pénale en mettant elle-même en mouvement l'action publique. Cette solution s'inscrit pleinement dans le respect de la lettre et de l'esprit de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale qui consacre la prééminence de l'accusation publique sur l'accusation privée dans l'impulsion de l'instance pénale.

420. – En conclusion – L'encadrement de l'exercice de l'action pénale privée par le législateur, mais surtout par le juge qui fait progressivement émerger, au fil de ces décisions, le régime juridique de cette action en justice inconnue, témoigne de la recherche d'un point d'équilibre dans le partage de l'impulsion de l'instance pénale entre le parquet et la victime. En définissant l'objet de l'action pénale privée comme le droit de participer à l'instance pénale en vue de permettre la

¹²⁶¹ Cass. crim., 6 févr. 1996 : *Bull. crim.*, n° 60.

¹²⁶² Cass., ass. plén., 9 mai 2008 : *ibid.* – Cass. crim., 20 mai 2008 : *ibid.* – 10 nov. 2009 : *ibid.* – 1^{er} sept. 2010 : *ibid.*

¹²⁶³ J. LARGUIER, « Remarques sur l'action civile exercée par une personne autre que la victime », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, op. cit., spéc. 388.

¹²⁶⁴ Sur ce point, V° : M. SANCHEZ, « Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008 », note ss Cass. ass. plén., 9 mai 2008, *ibid.*

manifestation de la vérité et l'établissement de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction, la jurisprudence fait du droit de se constituer partie civile le premier des droits procéduraux qui se trouvent rattachés à l'action pénale privée, et limite l'exercice de ce dernier aux seules victimes qui souffrent personnellement et directement de l'infraction, à l'exclusion de toutes les autres. Alors que l'encadrement du droit de se constituer partie civile par le juge est marqué par une recherche d'équilibre, de cohérence et d'efficacité, l'encadrement de ce droit exceptionnel par le législateur ne semble reposer que sur la recherche d'une régulation des flux de constitution de partie civile devant la juridiction pénale, dans une logique purement gestionnaire, en érigeant un certain nombre d'obstacles sensés freiner l'action répressive de la victime, là où l'on aurait pu souhaiter une réforme de fond tendant à la consécration légale de la dissociation de l'action civile et de l'action pénale privée, ainsi qu'une clarification de leurs régimes juridiques respectifs.

421. – Conclusion du paragraphe 1 – En consacrant au profit de la victime qui souffre personnellement et directement de l'infraction, et non de ses seules conséquences dommageables, le droit d'impulser l'instance pénale, soit en saisissant la juridiction de jugement, soit en saisissant la juridiction d'instruction, en se constituant partie civile, le droit positif consacre le rôle répressif de la « *victime pénale principale* » dans le procès pénal. Dissocié de l'action civile par la finalité répressive qu'il poursuit, le droit de se constituer partie civile - par les effets qu'il emporte sur l'action publique - s'impose comme le premier élément d'un ensemble de prérogatives procédurales attachées à l'action pénale privée que la « *victime pénale principale* » peut exercer devant les juridictions répressives en vue de participer à la manifestation de la vérité et à l'établissement de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction. Si le partage du droit d'initier l'instance pénale entre le parquet et la « *victime pénale principale* » doit être approuvé au regard de la privatisation croissante des qualifications pénales, d'une part, mais également de la nécessité d'instaurer un contre-pouvoir au parquet dans la poursuite pénale, d'autre part, une telle situation impose la recherche d'un point d'équilibre dans la répartition des prérogatives entre le parquet et la « *victime pénale principale* » qui ne peut que passer par l'égalisation des droits entre ces deux acteurs de la répression pénale. C'était la direction prise par le droit positif avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007. Loi de circonstance, l'inefficacité et l'injustice du dispositif qu'elle introduit doit conduire, à terme, à sa suppression en vue de permettre à l'ensemble des parties dont les intérêts pénalement protégés sont lésés par l'infraction de bénéficier des mêmes droits dans l'initiative de l'instance pénale. Il n'y a en effet aucune raison objective pour que l'une des parties se trouve subordonnée à la décision d'une autre dans l'impulsion de l'instance pénale. Quant à la problématique des constitutions de partie civile abusives ou dilatoires, c'est au juge de sanctionner, *a posteriori*, les plaideurs de mauvaise foi. S'il s'avère que le montant de l'amende civile

n'est pas assez dissuasif, qu'il soit augmenté en conséquence, et libre ensuite aux juges de réprimer ou non les constitutions de partie civile abusives ou dilatoires. Quoi qu'il en soit, l'extension du pouvoir d'initier l'instance pénale aux « *victimes pénales principales* » témoigne, nous semble-t-il, de l'émergence d'un réel principe d'impulsion de l'instance en procédure pénale, la saisine du juge n'étant plus seulement le pré carré de l'autorité publique chargée de la poursuite pénale.

§.2 - L'IMPULSION DE L'INSTANCE PAR LES «VICTIMES PENALES VIRTUELLES »

422. – La consécration du rôle répressif des « *victimes pénales virtuelles* » – Si les personnes morales doivent être admises à agir devant toutes les juridictions pour faire respecter leurs droits sans que leurs actions puissent subir quelques restrictions que ce soit¹²⁶⁵, ce qui impose de leur reconnaître, à l'instar de la victime particulière personne physique, la faculté d'impulser l'instance pénale, la question s'est rapidement posée de savoir si un tel droit devait être étendu à celles qui n'agissent devant la juridiction répressive que parce que l'infraction considérée porte atteinte à des intérêts collectifs dont elles estiment avoir la charge, et qui ne se trouvent pénalement protégés que parce que le législateur octroie à ces dernières la faculté de constituer partie civile au procès pénal. C'est bien parce que, dans l'immense majorité des cas, ces groupements privés défendent des intérêts collectifs s'analysant comme des sous-produits de l'intérêt général, et dont la défense relève en principe de l'exercice du ministère public par le parquet¹²⁶⁶, que le législateur les considère comme de véritables collaborateurs du parquet - d'où le qualificatif de « *victime pénale virtuelle* » - qu'il s'est vu contraint de créer de toute pièce une situation préjudiciable pour légitimer leur présence au procès pénal, que celle-ci ait lieu par voie d'action ou par voie d'intervention. De fait, si ces « *victimes pénales virtuelles* » disposent de la faculté d'impulser l'instance pénale aux côtés du parquet et de la « *victime pénale principale* » de l'infraction **(A)**, comme elles ne sont pas réellement des « victimes », et que leur action doit seulement suppléer celle du parquet quand cela est nécessaire, il peut être observé que leur action pénale privée se trouve encadrée plus strictement que celle de la « *victime pénale principale* » **(B)**.

¹²⁶⁵ Y compris dans l'hypothèse où ce sont les associés qui exercent l'action sociale *ut singuli* devant la juridiction répressive. V° : Cass. crim., 19 oct. 1978 : *Bull. crim.*, n° 282. *Récem.* : Cass. crim., 16 déc. 2009 : *Bull. inf. C. cass.*, n° 787 ; *D.* 2010, 471, obs. Pradel ; *SJ G.* 2010, 15 et 117, obs. Mistretta ; *Procédures* 2010, comm. 93, obs. Buisson.

¹²⁶⁶ M.-Y. CRÉPIN, « Le rôle pénal du ministère public », in *Histoire du parquet*, J.-M. CARBASSE (dir.), coll. droit et justice, PUF, 2000, 77. – G. LEYTE, « Les origines médiévales du ministère public », *ibid.*, 23. – S. DAUCHY, « De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs. Diversité des missions du ministère public », *ibid.*, 55.

A – LA RECONNAISSANCE DU DROIT D’IMPULSER L’INSTANCE AUX « VICTIMES PÉNALES VIRTUELLES »

423. – L’extension du droit de se constituer partie civile aux « *victimes pénales virtuelles* »

– S’il paraît légitime, au regard de la privatisation des qualifications pénales et de la nécessité d’imposer au parquet un contre-pouvoir dans le déclenchement de la poursuite pénale, d’attribuer à la « *victime pénale principale* » le droit d’impulser l’instance pénale au regard du caractère concret de son préjudice, il est en revanche plus douteux de reconnaître un tel droit à des groupements privés dont le préjudice n’existe que par la volonté du législateur.¹²⁶⁷ Parce que ces groupements privés constituent, aux yeux du juge (1), mais surtout aux yeux du législateur (2), de véritables collaborateurs du parquet dans l’exercice du ministère public, il n’y a rien de surprenant à ce que ces derniers disposent de la faculté d’initier l’instance pénale en se constituant partie civile devant les juridictions répressives, selon les mêmes procédures que celles observées à l’égard de la « *victime pénale principale* » de l’infraction.¹²⁶⁸

1) *La reconnaissance du droit d’impulser l’instance par le juge*

424. – La frilosité du juge dans l’extension du droit de se constituer partie civile aux

« *victimes pénales virtuelles* » – Alors que le juge n’a pas hésité à consacrer le rôle répressif de la « *victime pénale principale* » en lui créant une action pénale privée dont la première des prérogatives s’y trouvant rattachées n’est autre que la mise en mouvement de l’action publique par l’exercice du droit de se constituer partie civile ; force est d’admettre qu’il ne s’est guère montré favorable à la reconnaissance d’un tel droit à l’égard des groupements privés s’étant donné pour mission de défendre certains intérêts collectifs. À dire vrai, c’est d’abord au travers de l’admission des actions civiles collectives que la question de la présence des groupements privés devant les juridictions pénales fut posée. Si les chambres civiles de la Cour de cassation accueillirent favorablement la recevabilité des actions syndicales¹²⁶⁹, la chambre criminelle se montra particulièrement hésitante en opposant d’abord un refus à l’admission de l’action syndicale devant les juridictions répressives¹²⁷⁰, pour l’admettre ensuite¹²⁷¹, avant de finalement la rejeter de nouveau.¹²⁷²

¹²⁶⁷ En effet, les associations ne peuvent s’affirmer les défenseurs d’un intérêt collectif que si le législateur leur octroie effectivement un tel droit. Il ne suffit pas qu’une association prétende défendre l’intérêt collectif des consommateurs pour qu’elle puisse agir en justice dans la défense de ce dernier ; il faut pour cela qu’elle dispose d’une autorisation légale lui reconnaissant le droit et la légitimité pour le faire.

¹²⁶⁸ En d’autres termes, certains groupements privés peuvent impulser l’instance pénale en saisissant directement la juridiction de jugement par la voie de la citation directe ou en saisissant la juridiction d’instruction par voie de plainte avec constitution de partie civile.

¹²⁶⁹ Cass. req., 5 janv. 1897 : D. 1897, 1, 120. – Cass. civ., 18 janv. 1905 : D. 1908, 1, 27.

¹²⁷⁰ Cass. crim., 10 juill. 1852 : D. 1852, 1, 207.

L'instabilité de la jurisprudence de la chambre criminelle traduit bien son malaise dans l'identification du préjudice personnel et direct que ces entités seraient susceptibles de subir. Et de la même manière qu'elle s'était opposée à la recevabilité des actions syndicales devant les juridictions pénales, la chambre criminelle s'opposa à celle des actions civiles collectives des associations au motif que ces dernières ne représentent qu'elles-mêmes, et ne subissent donc, de ce point de vue, aucune préjudice personnel.¹²⁷³ Ces solutions contrastent bien évidemment avec celles retenues à propos de la « *victime pénale principale* » même s'il ne faut pas oublier qu'en ce domaine, la jurisprudence a pu se montrer, par moment, d'une sévérité extrême dans l'appréciation de l'admission de leurs actions en justice aussi.¹²⁷⁴ La principale raison de l'opposition des juridictions pénales à l'admission des actions civiles en réparation d'un préjudice collectif tient, à notre sens, à l'incompatibilité des dispositions de l'article 2 du Code de procédure pénale avec la notion même de préjudice collectif.¹²⁷⁵ Sans revenir ici sur la notion d'intérêt collectif qui a fait l'objet de nombreux développements¹²⁷⁶, il convient simplement d'observer que la lésion d'un intérêt collectif ne saurait constituer un dommage direct au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale puisque le groupement doté de la personnalité juridique ne subit pas un préjudice personnel et direct dès lors qu'il n'éprouve *a priori* aucun dommage dans sa personne ou dans ses biens. La solution s'explique encore par le fait qu'à cette époque, le droit de se constituer partie civile n'est pas encore dissocié de l'action civile, de sorte que, si la jurisprudence admet que la victime pénale de l'infraction puisse se constituer partie civile dans le seul but de corroborer l'action publique, elle rattache cette faculté au supposé versant vindicatif de l'action civile.¹²⁷⁷

425. – L'admission de l'action civile des syndicats devant les juridictions répressives – La frilosité dont le juge avait fait preuve devait s'atténuer consécutivement à l'adoption de l'importante loi du 21 mars 1884 reconnaissant aux syndicats le droit d'ester en justice, comme en témoigne les décision de la Cour de cassation affirmant que « *l'action civile exercée par le syndicat [...] n'avait pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession, envisagée dans son ensemble et représentée par le*

¹²⁷¹ Cass. crim., 29 juill. 1907 : *D.* 1907, 1, 129, note Planiol. – *S.* 1898, 1, 105, note Roux.

¹²⁷² Cass. crim., 20 déc. 1907 : *Bull. crim.*, n° 512.

¹²⁷³ Cass. crim., 18 oct. 1913 : *ibid.*

¹²⁷⁴ Certains auteurs ont même parlé d'une politique d'étranglement. V° en ce sens :

¹²⁷⁵ J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, 3^e éd., tome 1, éd. Larose, 1876, n° 123. – F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., tome 1, Plon, 1866, n° 563.

¹²⁷⁶ V° supra, n°... Égal. : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n°3.

¹²⁷⁷ V° supra, n°...

syndicat, dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui la composent».¹²⁷⁸ C'est précisément parce que, pour la Cour de cassation, les syndicats n'ont pas vocation à défendre une « *collection d'intérêts privés convergents* »¹²⁷⁹, mais l'intérêt collectif d'une profession dans son ensemble, mission inscrite dans leur objet statutaire, qu'il peut être considéré que ceux-ci subissent un préjudice personnel et direct. La lésion de l'intérêt collectif de la profession emporte lésion de l'objet statutaire du syndicat, et lui cause *de facto* un préjudice moral personnel et direct leur ouvrant les portes du procès pénal *via* la constitution de partie civile qui devenait parfaitement recevable. Si l'admission de l'action civile des syndicats devant les juridictions pénales nous intéresse ici, c'est qu'elle a permis de mettre en exergue que ces derniers n'étaient pas seulement des victimes civiles, mais qu'ils pouvaient également être envisagés comme des « *victimes pénales* », à compter de l'instant où la jurisprudence reconnaissait qu'ils souffrent personnellement et directement de l'infraction, et non de ses seules conséquences dommageables. Cette reconnaissance acquise, plus rien ne s'opposait à ce que ces derniers, à l'instar des autres victimes pénales, puissent mettre en mouvement l'action publique en vue d'obtenir la répression de l'acte infractionnel à l'origine de leur dommage. Ce raisonnement a été repris depuis par les chambres civiles de la Cour de cassation pour admettre l'action en justice de certaines associations, malgré l'absence d'habilitation législative en ce sens, dans certains contentieux particuliers, ce qui tend à confirmer que « *la recevabilité se joue [...] sur l'atteinte à un intérêt collectif en rapport avec l'objet statutaire de l'association* ».¹²⁸⁰ Malgré l'avancée que constituait la solution rendue à propos de l'action civile des syndicats en 1913, la Cour de cassation refusa de reconnaître aux associations le droit de demander réparation d'un préjudice collectif devant les juridictions pénales au motif que ces dernières ne représentent qu'elles-mêmes.¹²⁸¹

¹²⁷⁸ Cass. ch. réunies, 5 avril 1913 : *ibid.*

¹²⁷⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., n° 1068. – L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *ibid.*

¹²⁸⁰ Cass. civ. 2^e, 27 mai 2004 : *Bull. civ.*, n° 239. – Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007 : *Bull. civ.*, n° 255 ; *SJ G.* 2008, II, 10020, note Parance ; *RTD civ.* 2008, 305, obs. Jourdain. – 1^{er} juill. 2009, *SJ G.* 2009, 454, note Dupont. – Cass. civ. 1^{re}, 18 sept. 2008 : *Bull. civ.* 2008, n° 201 ; *SJ G.* 2008, II, 10220, note Dupont. V° sur ce point : B. GRIMONPREZ, « L'infraction environnementale et le préjudice moral des associations », note ss. Cass. civ. 3^e, 8 juin 2011, *Dr. pén.* 2011, comm. 96. Egal. : M. BOUTONNET et L. NEVRET, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », *D.* 2010, I, 912.

¹²⁸¹ Cass. crim., 18 oct. 1913 : *ibid.*

2) *La reconnaissance du droit d'impulser l'instance par le législateur*

426. – L'admission de l'action pénale des groupements privés défendant des intérêts collectifs par le législateur – Bien que la Cour de cassation ait admis la recevabilité de l'action civile en réparation du dommage collectif portée par les syndicats devant les juridictions répressives, celle-ci se refusait à étendre cette solution à d'autres groupements privés, tels que les associations par exemple. Il fallut donc l'intervention du législateur en la matière pour que celles-ci, mais également les ordres professionnels, puissent porter leur demande en réparation devant les juridictions répressives. S'insérant dans la voie ouverte par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 5 avril 1913, le législateur a, dans un premier temps, entériné cette solution jurisprudentielle en insérant au sein du Code du travail un article L. 411-11¹²⁸², une disposition rappelant que « *les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* », puis, dans un second temps, par voie d'habilitation législative, étendu cette solution aux ordres professionnels¹²⁸³ et aux associations. L'admission des actions civiles collectives des associations devant les juridictions répressives divisa profondément la doctrine¹²⁸⁴, notamment parce que les habilitations législatives en question ne se limitaient pas toujours à l'exercice de l'action civile, mais s'étendaient plus largement à « *l'exercice des droits reconnus à la partie civile* ». Or, l'exercice des droits de la partie civile ne se limite pas à l'exercice de l'action civile, mais s'étant également à l'ensemble des prérogatives pénales attachées à l'action pénale privée, dont le droit de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile. Ainsi, sauf dispositions particulières contenues dans le texte d'habilitation, tout

¹²⁸² Devenu depuis l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative) l'article L. 2132-3.

¹²⁸³ C. CAMPREDON, « L'action civile ordinaire », *ibid.*

¹²⁸⁴ Certains auteurs se sont montrés hostiles à la recevabilité des actions collectives devant les juridictions répressives par la menace que celles-ci constituaient pour l'action publique (Not. : J. LARGUIER, « L'action publique menacée (à propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives) », *ibid.* – J. GRANIER, « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP* 1957, I, 1386. – F. BOULAN, « Le double visage de l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *ibid.* – P. CANIN, « Action civile collective et spécialité des personnes morales », *ibid.* – S. GUINCHARD, « Les moralisateurs au prétoire », *ibid.* ; A. DECOQ, « L'avenir funèbre de l'action publique », *ibid.* – J.-H. ROBERT, « L'éparpillement et la privatisation de l'action publique », *ibid.* – J. WOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *ibid.* – X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *ibid.*), mais d'autres, au contraire, ont affirmé que la présence des groupements constituerait un utile complément d'information, et pour la juridiction de jugement d'être saisie là où il est vraisemblable que le parquet n'aurait pas poursuivi (en ce sens not. : J. AUDINET, « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », *RTD Civ.* 1955, 213. – R. VOUIN, « De la recevabilité de l'action syndicale des associations », *JCP* 1955, I, 1207. – P. DURAND, « Défense de l'action syndicale », *D.* 1960, I, 21. – L. BIHL, « L'action syndicale des associations », *Gaz. Pal.* 1973, 2, doctr., 523. – O. KUHNMUNCH, « La défense des intérêts collectifs et l'éclatement des poursuites », *APC* 1988, 35. – M. DELMAS-MARTY, « Ni victimes ni procureurs, qui sont-ils ? », *ibid.*, 11. – Ph. ROBERT, « L'action des groupements : des stratégies évolutives », *ibid.*, 59). Sur cette question, V° égal. : L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse, Aix-en-Provence, 1974, n° 120 et n° 156.

groupement privés qui se voit reconnaître, par voie d'habilitation législative, d'exercer les droits reconnus à la partie civile dispose, en théorie, de la faculté d'impulser l'instance pénale en mettant lui-même en mouvement l'action publique, dès lors qu'il peut justifier d'un préjudice collectif personnel et direct résultant de l'infraction. Les inquiétudes doctrinales demeurent aujourd'hui encore par le fait que le législateur, depuis une trentaine d'années maintenant, n'a eu de cesse de multiplier et diversifier les habilitations expresses tendant à permettre, principalement à des associations, d'agir devant la juridiction répressive en réparation du dommage résultant de l'atteinte portée à un intérêt collectif qu'ils considèrent avoir vocation à défendre. Si les différents textes d'habilitation expresse contenus dans le Code de procédure pénale aux articles 2-1 à 2-21, mais hors de ce dernier, ne permettent à certains groupements que d'exercer l'action civile devant les juridictions pénales, la grande majorité d'entre eux visent plus spécifiquement la faculté offerte à ces derniers d'exercer « *les droits reconnus à la partie civile* ».

427. – L'extension des titulaires de l'action pénale privée collective – La partie civile ne disposant pas seulement de prérogatives civiles tendant à la réparation matérielle du dommage causé par l'infraction, mais également de prérogatives pénales tendant à lui permettre de se comporter en véritable agent de la répression, aux côtés du ministère public, la multiplication des textes d'habilitation permettant à telle ou telle association, ou structure dotée de la personnalité morale, d'agir devant les juridictions répressives en vue d'y exercer les droits reconnus à la partie civile ont considérablement renforcé le nombre de concurrent du parquet dans l'impulsion de l'instance pénale. Cela est d'autant plus vrai que l'action en justice de ces groupements privés s'analyse plus souvent comme une action à finalité répressive qu'une action à finalité réparatrice. La polarité répressive dominante de l'action en justice des associations habilitées à exercer les droits reconnus à la partie civile dans le procès pénal s'explique par l'absence de dommage concret dont ces derniers peuvent se prévaloir. Leur préjudice est en réalité identique à celui de la société en ce qu'il ne résulte que de la lésion d'une valeur dont ils s'estiment les défenseurs par l'acte infractionnel. Leur préjudice est donc purement idéal, ou moral si l'on préfère, et ne peut être compensé que par la condamnation de l'auteur.¹²⁸⁵ Si leurs actions en justice ont une forte coloration répressive, c'est précisément parce que le résultat qui est recherché, c'est l'établissement de la culpabilité de l'auteur en vue de sa punition. En offrant à certaines associations, ou autres groupements, par voie d'habilitation législative, la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile, le législateur les érige, comme le fait remarquer la doctrine, en

¹²⁸⁵ V° nos développements supra n°...

véritables « *procureurs privés spécialisés* »¹²⁸⁶, en « justiciers privés » ou encore en « *sous procureur de la République* ». ¹²⁸⁷ De ce point de vue, la multiplication des habilitations législatives ne fait qu'augmenter la liste des « victimes pénales virtuelles » susceptibles de suppléer le parquet dans le déclenchement des poursuites pénales, au point que l'on peut effectivement se demander si l'accusation populaire ne fait pas progressivement son entrée dans le champ de la procédure pénale française ? Une partie de la doctrine semble le penser en dénonçant une privatisation de l'action publique, présentée comme une menace pour notre système pénal en supposant dans ce phénomène « *des affects de haine et de vengeance propres à déstabiliser le procès pénal* »¹²⁸⁸, un retour aux logiques vindicatoires caractéristiques des droits archaïques proches de la *vendetta*, et que l'émergence de l'État, garant du bien commun, aurait permis d'annihiler en favorisant l'expression d'une violence rationalisée à l'égard des comportements attentatoires aux intérêts de la collectivité.¹²⁸⁹ Si le risque est réel, le propos semble, en l'état du droit positif, excessif. Il l'est nécessairement au regard du caractère supplétif de l'action pénale de ces associations que l'encadrement strict de leurs prérogatives procédurales met en exergue.

428. – En conclusion – L'extension du droit d'impulser l'instance pénale aux groupements privés défendant un intérêt collectif inscrit dans leur objet statutaire s'impose à compter de l'instant où le législateur protège cet intérêt pénalement en habilitant ces groupements à exercer les droits reconnus à la partie civile en vue de faire sanctionner le préjudice collectif que ces derniers subissent du fait de sa lésion par l'infraction. Ce n'est donc pas l'infraction qui crée la victime, mais le texte d'habilitation délivré par le législateur. Parce que ce dernier cherche à adjoindre au parquet des collaborateurs privés susceptibles de suppléer les carences de son action répressive, il s'est vu contraint de créer une nouvelle catégorie de « victimes pénales » auxquelles il pourrait octroyer la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Étant des acteurs privés, ces derniers devaient nécessairement subir un « dommage » distinct de celui de la société - sauf à instaurer une action pénale populaire - et de la victime principale pour pouvoir légitimement agir devant les juridictions répressives. En autorisant certaines associations à exercer les droits reconnus à la partie civile devant les juridictions pénales, le législateur a étendu le champ de la protection pénale des incriminations visées par les textes d'habilitation à l'intérêt collectif inscrit dans l'objet statutaire de l'association, ce qui fait qu'en cas d'infraction, la lésion de l'intérêt

¹²⁸⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 346.

¹²⁸⁷ Ces expressions sont empruntées à Mme Ambroise-Castérot : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2013, V° *action civile*, n° 391.

¹²⁸⁸ F. GROS, « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine, in *Le droit pénal. La bioéthique en débat*, ibid.

¹²⁸⁹ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, op. cit., 143.

collectif inscrit dans l'objet statutaire de l'association cause ipso facto un dommage à cette dernière, et fonde son pouvoir pénal. En autorisant des associations à se constituer partie civile devant les juridictions pénales en fondant leur action sur un préjudice collectif qui n'existe que parce qu'un texte d'habilitation les autorise à se constituer partie civile, le législateur étend la liste des titulaires privés disposant du droit d'initier l'instance pénale aux côtés du parquet. Cette situation confirme bien que l'on assiste actuellement en procédure pénale à l'émergence d'un principe d'impulsion qui s'impose normalement comme un principe directeur du procès civil.

B – L'ENCADREMENT DE L'IMPULSION DE L'INSTANCE PAR LES « VICTIMES PÉNALES VIRTUELLES »

429. – La complexité du régime juridique de l'action pénale des groupements privés – La multiplication des habilitations délivrées par le législateur en vue de permettre à des groupements privés d'exercer les droits reconnus à la partie civile présente l'inconvénient majeur de grandement complexifier le régime juridique de l'action pénale privée susceptible d'être exercée par les intéressés au point qu'il est impossible aujourd'hui de dégager l'existence d'un régime juridique unitaire. Au-delà du sentiment « *d'arbitraire, voire de démagogie dans l'octroi des habilitations* »¹²⁹⁰, l'absence de régime juridique unique applicable à l'ensemble des groupements privés ayant reçu autorisation du législateur d'exercer les droits reconnus à la partie civile dans l'instance pénale instaure des difficultés non négligeables en pratique. Non seulement, le droit d'impulser l'instance pénale n'est pas reconnu à tous les groupements - certains ne pouvant agir que par voie d'intervention¹²⁹¹ - mais encore, lorsque tel est le cas, celui-ci se trouve encadré à la fois par des conditions relatives au groupement **(1)** ainsi que par des conditions relatives à l'action elle-même **(2)**. Cette situation illustre le fait que les associations habilitées à se constituer partie civile sont envisagées comme des collaborateurs privés du parquet dont les prérogatives sont délimitées en fonction des besoins du contentieux considéré.

1) L'impulsion de l'instance encadrée par des conditions relatives au groupement

430. – L'impulsion de l'instance pénale conditionnée par le domaine de spécialité de l'association – La défense d'un intérêt collectif inscrit au sein de l'objet social de l'association ou

¹²⁹⁰ Ph. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, op. cit., n° 82.

¹²⁹¹ Ce qui est le cas notamment des associations ayant, en vertu de ses statuts, vocation à défendre ou à assister les personnes malades ou handicapées (art. 2-8 C. proc. pén.) ou encore de celles ayant pour objet statutaire la défense des victimes d'un accident survenu dans les transports collectifs ou dans un lieu ou local ouvert au public ou dans une propriété privée à usage d'habitation ou à usage professionnel et regroupant plusieurs de ces victimes (art. 2-15 C. proc. pén.).

du syndicat apparaît comme le trait commun de l'ensemble des textes d'habilitation contenus dans le Code de procédure pénale, ou hors de ce dernier. Ce n'est qu'à compter de l'instant où la concordance entre l'objet social de l'association ou du syndicat et la valeur visée par le texte d'habilitation peut être constatée que l'impulsion de l'instance pénale, par la mise en œuvre du droit de se constituer partie civile, devient possible. La solution est logique dans la mesure où les groupements privés ne peuvent agir devant la juridiction répressive qu'en se prévalant d'un préjudice collectif résultant de la lésion de leur objet social par l'infraction.¹²⁹² À défaut de concordance entre l'objet social de l'association ou du syndicat et la valeur pénalement protégée visée par le texte d'habilitation, la constitution de partie civile sera déclarée irrecevable par la juridiction saisie. Il paraît en effet pour le moins logique que seules les associations ayant pour objet statutaire la défense de tel ou tel intérêt soient habilitées à introduire l'instance pénale en cas de lésion de ce dernier par un acte infractionnel. Si l'argument ne semble pas soulever de difficulté particulière, la pratique tend à démontrer que l'analyse de la concordance entre le domaine de spécialité de l'association et la valeur visée par le texte d'habilitation par le juge témoigne de la tendance plus ou moins libérale de ce dernier dans l'interprétation des textes d'habilitation. Si les juges tendent, conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale prévu à l'article 111-4 du Code pénal, à retenir une interprétation stricte des textes d'habilitation - nous avons pu constater, par exemple, que la Cour de cassation a jugé qu'*« une association, qui n'a pas pour but la défense des intérêts de ses membres, qui a été spécialement créée pour lutter contre le tabagisme et qui a été reconnue d'utilité publique à cet effet, subit un préjudice direct et personnel du fait d'une publicité clandestine en faveur du tabac »*, de sorte que sa constitution de partie civile était parfaitement recevable en ce qu'elle découlait de la spécificité du but et de l'objet de sa mission¹²⁹³ - certaines décisions laissent toutefois perplexes, illustrant le fait que ce principe s'applique avec moins de rigueur en procédure pénale qu'en droit pénal substantiel. Il n'est pas rare en effet que la Cour de cassation interprète certains textes d'habilitation avec une certaine souplesse en vue de favoriser l'accès au prétoire pénal de certaines associations. Tel nous semble être le cas lorsqu'elle considère, par exemple, que la constitution de partie civile de l'association de la Ligue nationale contre le cancer est recevable au motif que *« la consommation de tabac est un facteur majeur de risque de certains cancers et que la Ligue nationale contre le cancer a pour objet statutaire explicite l'engagement d'actions diverses visant à lutter contre le cancer et que ces actions doivent être entendues comme pouvant être préventives et non pas seulement curatives [de sorte que] l'objet social de la Ligue nationale contre le cancer inclut nécessairement*

¹²⁹² V° supra n°...

¹²⁹³ En ce sens : Cass. crim., 7 févr. 1984 : *ibid.* - 29 avr. 1986 : *ibid.* - 30 oct. 1995 : *ibid.*

la lutte contre le tabagisme». ¹²⁹⁴ *A contrario*, il arrive parfois que le juge se retranche derrière une interprétation stricte du texte d'habilitation pour rejeter des constitutions de partie civile quelque peu cavalières. Il en est ainsi de l'arrêt rendu le 25 septembre 2007 par la chambre criminelle refusant à une association de lutte contre le racisme le droit de se constituer partie civile à défaut d'accord de la personne intéressée alors que celle-ci était préalablement décédée. ¹²⁹⁵ Ici, la Cour de cassation n'a pas souhaité saisir l'occasion de contourner l'exigence légale au profit de l'association de victimes en retenant une lecture *a contrario* de l'alinéa 2 de l'article 2-1 du Code de procédure pénale, laquelle aurait permis de considérer que l'accord ne devait être recueilli que lorsqu'il pouvait l'être. ¹²⁹⁶ Une telle interprétation aurait manifestement donné à l'article 2-1 du Code de procédure pénale une portée que le législateur n'a pas entendu lui donner, et aurait témoigné d'une tendance libérale de la jurisprudence pour laquelle elle n'a pas opté ici.

431. – La durée d'existence de l'association – Il s'agit ici du premier critère discriminatoire conditionnant la capacité d'un groupement, qu'il s'agisse d'une association ou d'un syndicat, à initier l'instance pénale. ¹²⁹⁷ Certaines doivent exister depuis six mois ¹²⁹⁸, d'autres depuis trois ans ¹²⁹⁹, quand d'autres enfin doivent attendre cinq ans ! Il semblerait que, dans l'esprit du législateur, « *cette exigence d'ancienneté est sensée constituer un gage de sérieux et de vigueur de l'association, et permettre d'éviter que des associations de circonstances se forment uniquement à l'occasion d'un litige pour poursuivre telle ou telle personne* ». ¹³⁰⁰ L'argument peut être aisément mis en doute dans la mesure où, comme le rappelait le doyen Carbonnier, « *l'ancienneté n'est point un gage de représentativité, si les dirigeants vieillissent sans se retremper sur leur base* » ¹³⁰¹, ni un gage de vigueur si celle-ci fonctionne avec un groupe minimal d'adhérent depuis sa constitution. Par ailleurs, quand bien même l'ancienneté d'une association, ou de quelques groupements que ce soit, serait un gage de sérieux, ce que nous ne pensons pas, comment expliquer les différences de durée exigée par les textes d'habilitation ? Pourquoi certaines associations seraient-elles considérées comme matures à partir de six mois d'existence lorsqu'il faudrait à d'autres cinq ans ? Sur quel critère le législateur se fonde-t-il pour

¹²⁹⁴ Cass. crim., 23 avr. 2013 : *ibid.*

¹²⁹⁵ L'article 2-1 du Code de procédure pénale régissant l'intervention des associations de lutte contre le racisme devant les juridictions répressives impose que « *lorsque l'infraction aura été commise envers une personne considérée individuellement, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineure, l'accord du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal, lorsque cet accord peut être recueilli* ».

¹²⁹⁶ Cass. crim., 25 sept. 2007 : *Dr. pén.* 2007, comm. 145, note Maron ; *JCP G.* 2007, II, 10205, note Matsopoulou.

¹²⁹⁷ Nous faisons ici référence à l'existence légale des associations, c'est à dire de l'acquisition de la personnalité morale qui intervient à la date de la publication de la constitution de l'association au journal officiel.

¹²⁹⁸ Tel est le cas des associations de protection des appellations d'origine (art. L. 115-8 C. consom.).

¹²⁹⁹ Tel est le cas des associations pour l'étude et la protection du patrimoine archéologique (art. 2-21 C. proc. pén.).

¹³⁰⁰ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 62.

¹³⁰¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*. Coll. Thémis, PUF, 1992, n° 228.

considérer qu'une association d'étude et de protection du patrimoine archéologique arrive nécessairement à maturité à six mois d'existence, alors qu'il faut visiblement qu'un délai de cinq années se soit écoulé pour qu'une association de lutte contre le racisme soit mature ? Par ailleurs, l'application de ces délais a soulevé de nombreuses difficultés dès lors qu'il est admis que ceux-ci doivent être acquis à la date des faits, de sorte qu'il a fallu instaurer des dérogations à ce principe pour permettre aux associations qui se proposent, « *par ses statuts, de combattre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre ou de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité* », ou encore de celles qui, « *par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne soit l'apologie des crimes de guerre ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi, soit les destructions ou dégradations de monuments ou les violations de sépultures, soit les délits de diffamation ou injures, qui ont causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elle remplit* ».

432. – L'exigence d'un agrément ou d'une reconnaissance d'utilité publique – Il semble que certaines associations ne soient nullement soumises à une quelconque conditions de durée d'existence. Dans ce cas, il peut être observé que dans ce cas, le législateur exige que l'association dispose, à la date de la demande en justice d'un agrément¹³⁰², ou qu'elle soit reconnue d'utilité publique¹³⁰³, parfois les deux de manière cumulative.¹³⁰⁴ Il ne faudrait pas croire que, parce qu'une association doit disposer d'un agrément ou/et d'une reconnaissance d'utilité publique, elle échappe pour autant à la condition relative à la durée d'existence, car dans la plupart des cas, cette exigence se trouve seulement déplacée du texte d'habilitation aux conditions de l'agrément.¹³⁰⁵ Il en va de même à propos de la reconnaissance d'utilité publique. Bien qu'aucun texte ne soit venu définir ni le contenu, ni les critères de l'utilité publique, la pratique administrative a toutefois dégagé certains critères. Outre le fait que l'association doit poursuivre un but d'intérêt général strictement distinct des intérêts particuliers de ses propres membres, disposer d'une influence et d'un rayonnement suffisant et dépassant le cadre local, ou encore d'un nombre *minimum* d'adhérents (fixé à titre indicatif à 200), de tenir une comptabilité claire et précise, de bénéficier d'une solidité financière tangible¹³⁰⁶, et avoir des statuts qui apportent des garanties quant à la

¹³⁰² Sur les conditions que les associations doivent remplir pour obtenir un agrément, V° : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 68.

¹³⁰³ Tel est le cas des associations de lutte contre le proxénétisme (L. n° 75-299 du 9 avril 1975 habitant les associations constituées pour la lutte contre le proxénétisme à exercer l'action civile, *JORF* du 11 avr. 1975, 3788).

¹³⁰⁴ Tel est le cas, par exemple, des associations de défense de la moralité publique.

¹³⁰⁵ Tel est le cas des associations de consommateurs.

¹³⁰⁶ La solidité financière de l'association se traduit notamment par un montant annuel *minimum* de ressources estimé à 46.000 €, provenant essentiellement des ressources propres de l'association (cotisations, produits financiers,

cohérence des buts et des moyens de l'association, notamment l'existence de règles permettant un fonctionnement démocratique et la transparence d'une gestion financière désintéressée¹³⁰⁷, l'administration exige une période probatoire de fonctionnement d'au moins 3 ans après la déclaration initiale de l'association à la préfecture. Il s'agit d'un délai d'épreuve permettant de vérifier que l'association répond aux critères énumérés ci-dessus.¹³⁰⁸ L'absence de conditions communes appliquées à l'ensemble des associations en vue de les autoriser à se constituer partie civile instaure une situation qui est nécessairement discriminatoire dès lors qu'il est impossible de dégager un critère objectif permettant d'expliquer ou de justifier la disparité des conditions exigées par le législateur pour permettre à telle ou telle association d'initier l'instance pénale.

2) *L'impulsion de l'instance encadrée par des conditions relatives à l'action*

433. – L'encadrement général du droit d'impulser l'instance pénale – À l'instar de la « *victime pénale principale* », l'action pénale reconnue aux associations habilitées se trouve encadrée par un certain nombre de dispositions législatives applicables à l'ensemble des constitutions partie civile, quel que soit la qualité de leur titulaire. Tout d'abord, il sera observé que les associations habilitées peuvent être contraintes de consigner une somme dont le montant est déterminé par le juge en vue de garantir le paiement de l'éventuelle amende civile prononcée par la juridiction répressive en cas d'échec de leur action répressive. Sur ce point, il sera rappelé que la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a introduit, à l'article 88-2 du Code de procédure pénale, une exception au principe selon lequel les frais de justice ne sont pas recouverts auprès de la partie civile succombante. Le texte visant « la partie civile », sans distinguer selon que celle-ci est une personne physique ou une personne morale habilitée par le législateur à impulser l'instance pénale en se constituant partie civile, il est parfaitement applicable à ces dernières. Mais surtout, la faculté reconnue à certaines associations habilitées par le législateur d'impulser l'instance pénale se trouve restreinte du fait de la modification du contenu de l'article 85 du Code de procédure pénale par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007. L'alinéa 2 de ce texte subordonne en effet la mise en mouvement de l'action publique à la décision de classement sans suite du parquet, laquelle doit intervenir à l'écoulement d'un délai de trois mois, dès lors que celle-ci a vocation à déclencher

production de services, etc.), le montant des subventions publiques ne devant pas en principe excéder la moitié du total, afin de garantir son autonomie. Par ailleurs, les résultats des 3 derniers exercices doivent être en principe positifs.

¹³⁰⁷ Notamment en encadrant les cumuls de fonctions de dirigeant bénévole et de salarié.

¹³⁰⁸ Cette période n'est toutefois exceptionnellement pas exigée si les ressources prévisibles sur un délai de 3 ans de l'association sont de nature à assurer son équilibre financier.

L'ouverture d'une instruction préparatoire en matière délictuelle.¹³⁰⁹ Même si la pratique judiciaire démontre que ce dispositif n'instaure finalement qu'un « *délai de réflexion* », celui-ci est applicable à « *toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit* », et qui entend déposer une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction en matière délictuelle. Faute de précision, le texte semble s'appliquer aussi bien aux personnes physique qu'aux personnes morales, de sorte que la constitution de partie civile de l'ensemble des associations habilitées par le législateur à impulser l'instance pénale se trouve soumise aux mêmes conditions que celle des victimes personnes physiques. Il convient toutefois de noter, concernant les personnes morales à but lucratif, que le législateur a complété le dispositif de ce texte en instaurant un alinéa 3 à l'article 85 du Code de procédure pénale, en vertu duquel « *lorsque la plainte avec constitution de partie civile est formée par une personne morale à but lucratif, elle n'est recevable qu'à condition que la personne morale justifie de ses ressources en joignant son bilan et son compte de résultat* ».

434. – La faculté d'initier l'instance pénale limitée à certaines infractions – Si les personnes morales peuvent en principe initier l'instance pénale pour l'ensemble des infractions dont elles peuvent se prétendre victimes, tel n'est pas le cas des groupements privés de type associatif bénéficiant d'une habilitation légale à mettre en mouvement l'action publique. En effet, il peut être observé que la plupart des textes d'habilitation restreignent le droit de se constituer partie civile reconnu à certaines associations à une liste limitative d'infractions en lien avec l'objet social de ces dernières. En visant expressément les infractions pour lesquelles une association est habilitée à agir devant le juge pénal, que ce soit par voie d'action ou par voie d'intervention d'ailleurs, le législateur délimite *de facto* l'étendue de son pouvoir pénal puisque l'association ne peut agir que dans l'hypothèse où les faits constituent l'une des infractions visées par le texte d'habilitation. La solution est logique et doit être approuvée dans la mesure où les associations ne peuvent être considérées comme des « victimes pénales » qu'à la condition que les faits portent directement atteinte à la valeur ou l'intérêt inscrit dans leur objet statutaire. Plus la valeur sociale ou l'intérêt défini au sein de l'objet social de l'association est précis, plus le nombre d'infractions susceptibles de lui porter atteinte sera réduit. *A contrario*, plus la valeur sociale ou l'intérêt inscrit au sein de l'objet statutaire de l'association est large, plus le nombre d'infractions susceptibles de lui porter atteinte sera étendu. Il revient donc au législateur de déterminer les infractions qui, au regard de la nature de la valeur sociale ou de l'intérêt qu'elles lèsent, sont susceptibles de porter atteinte à l'objet social de l'association, et de les énumérer au sein du texte d'habilitation en vue de délimiter le pouvoir pénal de cette dernière. Toutefois, il arrive parfois que le législateur

¹³⁰⁹ V° *supra* n°...

adopte une rédaction ayant une portée nettement plus large. Tel est le cas, par exemple, de l'article L. 421-1 du Code de la consommation qui dispose que « *les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ». Cette situation, qui n'est pas représentative de la majorité des situations, met toutefois en lumière le fait que l'étendue du pouvoir pénal des associations habilitée par le législateur à exercer les droits reconnus à la partie civile n'est que le reflet de l'étendue des intérêts dont elle entend assurer la défense en les inscrivant dans son objet statutaire. Si l'on prend l'exemple des associations de défense des consommateurs, leur objet statutaire est relativement large puisqu'il porte, selon la lettre même de l'article L. 421-1 du Code de la consommation, sur « *la défense des intérêts des consommateurs* », de sorte que toutes les infractions pénales susceptibles de porter « *un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* » lèse l'objet statutaire de ces associations, et il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation, affirmant qu'« *aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'est exclue des prévisions de l'article L. 421-1 du code de la consommation* »¹³¹⁰, ait admis la recevabilité de la constitution de partie civile des associations de consommateurs en matière d'homicide involontaire par exemple.¹³¹¹

435. – L'impulsion de l'instance pénale conditionnée par l'accord de la victime personne physique de l'infraction – Pour les associations disposant de la faculté d'impulser l'instance pénale, outre toutes les conditions envisagées jusqu'à présent, il peut être observé que certaines doivent avoir recueilli l'accord de la « *victime pénale principale* » pour mettre en mouvement l'action publique. Cette condition se retrouve en principe dans des domaines où les infractions visées par le texte d'habilitation emportent des conséquences émotionnelles pour la victime personne physique, de sorte que celle-ci, au regard de sa fragilité particulière, peut préférer s'épargner le choc psychologique d'un procès pénal.¹³¹² C'est ce choix que le législateur entend protéger en soumettant, dans ces hypothèses particulières, le droit de se constituer partie civile reconnu à l'association à l'accord de la victime particulière. Il peut d'ailleurs être observé à cette occasion que le vocabulaire utilisé par le législateur témoigne de ce que ce dernier ne considère pas les associations habilitées comme de véritables victimes mais plutôt comme des procureurs privés,

¹³¹⁰ Cass. crim., 30 juin 1995 : *ibid.*

¹³¹¹ V° not. : Cass. crim., 22 juin 1997 : *ibid.* – 1^{er} avr. 2008 : *ibid.*

¹³¹² Il peut ainsi être observé que cette condition n'est pas requise dans les habilitations à agir spécifiques aux juridictions civiles, ce qui démontre bien que le législateur considère que le procès civil est beaucoup moins pénible psychologiquement qu'un procès pénal. V° sur ce point : L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 65.

dès lors que, dans de nombreux textes d'habilitation contenus dans le Code de procédure pénale, celui-ci prend soin de préciser que « *l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la victime* ». De ce point de vue, l'on peut douter de la pertinence de la solution retenue par le législateur au regard de l'objectif des habilitations législatives. Si le droit d'impulser l'instance pénale est reconnu à des associations, alors même que ce n'est précisément que parce qu'elles bénéficient d'une habilitation législative qu'elles peuvent se prévaloir d'un préjudice fondant leur constitution de partie civile¹³¹³, c'est que le législateur ne les conçoit pas réellement comme des « victimes », mais davantage comme des collaborateurs privés du parquet qui, au regard de leur domaine de spécialité, sont peut-être plus aptes que ce dernier à réagir promptement à la commission de certaines infractions, et ainsi favoriser une réponse judiciaire plus systématique. Certains auteurs ont toutefois approuvé cette solution en affirmant que « *plutôt que de favoriser l'application de la loi quel qu'en soit le prix, le législateur a préféré protéger la victime contre le choc d'un procès* ». ¹³¹⁴ Cet argument nous semble contestable, que les associations soient envisagées comme des collaborateurs privés du parquet ou même comme de véritables victimes pénale de l'infraction, ce qui n'est pas notre cas. Si l'on considère les associations habilitées à exercer les droits reconnus à la partie civile comme des collaborateurs du parquet, l'argument est irrecevable dès lors que le parquet peut très bien initier l'instance pénale sans l'accord de la victime. De fait, la solution retenue va à l'encontre de l'objectif initial de la loi puisque la finalité du pouvoir pénal de ces associations réside dans la possibilité qu'elles ont de pallier les lacunes de l'action publique de l'État dans la répression des actes infractionnels entrant dans leur domaine de spécialité. De ce point de vue, l'on peine à comprendre pourquoi leur action pénale devrait être soumise à l'autorisation de la « *victime pénale principale* », alors même que tel n'est pas le cas pour le parquet ? Si l'on considère ces associations comme de véritables victimes, ce qui nous semble difficile, dès lors que leur action pénale se fonde sur l'existence d'un préjudice collectif résultant de la lésion de l'intérêt collectif inscrit dans leur objet statutaire par l'infraction, l'on peine à comprendre pourquoi l'exercice de leur droit de se constituer partie civile devrait être conditionné par l'obtention de l'autorisation d'une autre victime considérée, de fait, comme la « *victime pénale principale* » de l'infraction. Dès lors qu'à l'instar de cette dernière, celles-ci sont victimes d'un préjudice personnel et direct, l'on peine à voir ce qui justifierait qu'elles soient traitées comme des « *victimes secondaires* » de l'infraction. Dans un cas comme dans l'autre, la soumission du droit de se constituer partie civile à l'accord de la « *victime pénale principale* » n'apparaît pas comme satisfaisant, sauf à ce que cet obstacle ne soit en réalité que le prétexte à l'instauration d'une hiérarchie entre

¹³¹³ V° supra n°...

¹³¹⁴ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, ibid.

les différents titulaires du droit d'initier l'instance pénale. Dans ce cas, ces dispositions tendraient, pour les contentieux concernés, à garantir la prééminence du parquet, puis celle de la « *victime pénale principale* » de l'infraction, sur les associations habilitées à se constituer partie civile dans la mise en mouvement de l'action publique.

436. – En conclusion – L'encadrement de la faculté reconnue à certains groupements privés - de type associatif le plus souvent - d'exercer les droits reconnus à la partie civile, et pour certains d'entre eux d'initier l'instance pénale en mettant en mouvement l'action publique, confirme que ceux-ci ne disposent pas d'un tel droit parce qu'ils sont concrètement victimes d'une infraction pénale, mais plutôt parce qu'ils sont envisagés comme des collaborateurs du parquet dans l'exercice du ministère public. Parce qu'une parcelle de la puissance publique leur est déléguée, ces associations se trouvent soumises, outre les conditions générales posées à l'article 85, alinéa 2, du Code de procédure pénale, à des conditions spéciales qui varient d'un texte d'habilitation à l'autre, générant d'ailleurs une situation qui peut sembler discriminatoire. Alors que certains groupements doivent justifier d'un agrément ou d'une reconnaissance d'utilité publique, d'autres en sont dispensés ; si dans l'ensemble, toutes doivent justifier d'une durée d'existence, celle-ci varie considérablement d'un texte à l'autre ; si l'impulsion de l'instance pénale n'est, pour certains groupements, possible qu'à la condition d'avoir préalablement obtenu l'accord de la victime particulière de l'infraction, d'autres, à l'instar du parquet, peuvent se dispenser d'un tel accord pour initier l'instance pénale. Sans qu'une telle explication soit pleinement satisfaisante, l'on peut se demander, au regard de la disparité des conditions encadrant l'action pénale privées des associations habilitées par le législateur à exercer les droits reconnus à la partie civile dans l'instance pénale, si celui-ci ne tend pas à instaurer, dans les différents contentieux concernés, une hiérarchie dans l'impulsion de l'instance pénale entre le parquet, la « *victime pénale principale* » et les associations habilitées, en fonction de la gravité du préjudice émotionnel subi ?

437. – Conclusion du paragraphe 2 – Si un nombre croissant de groupements privés (syndicats, associations, *etc.*) tend à bénéficier du droit d'impulser l'instance pénale en se constituant partie civile, au motif qu'ils apparaissent comme des « *victimes pénales* », encore faut-il observer que cette prérogative exceptionnelle se trouve plus strictement encadrée à leur égard que celle reconnue à la « *victime pénale principale* ». Si tel est le cas, c'est que ces groupements ne constituent des « victimes » que parce que le législateur, en les autorisant à exercer les droits reconnus partie civile devant les juridictions pénales, leur reconnaît un préjudice collectif qui n'existe que parce qu'un texte d'habilitation, justement, les autorise à se constituer partie civile. De ce point de vue, la faculté d'initier l'instance pénale reconnue aux groupements privés

habilités à exercer les droits reconnus à la partie civile ne nous semble pas vraiment apparaître comme une manifestation du renforcement de l'accusation privée dans l'impulsion de l'instance pénale, mais davantage comme la conséquence de la délégation d'une parcelle de puissance publique à des acteurs privés issus de la société civile. Dans tous les cas, qu'ils soient envisagés comme des « victimes » ou des collaborateurs privés du parquet, la faculté qui leur est reconnue d'initier l'instance pénale, aux côtés de l'autorité publique chargée des poursuites et de la « victime pénale principale », témoigne de l'émergence d'un principe d'impulsion de l'instance en procédure pénale, le pouvoir de saisir les juridictions répressives étant partagé entre le parquet, la « *victime pénale principale* » et les groupements privés habilités à agir par voie d'action dans le procès pénal par le législateur.

438. – Conclusion de la section 2 – La privatisation de l'action publique est un phénomène bien réel résultant de ce que l'impulsion de l'instance pénale ne relève pas de la seule compétence du parquet, mais également de l'ensemble des « victimes pénales ». Si le Code de procédure pénale a maintenu le système de l'accusation privée en permettant à la « *victime pénale principale* » de l'infraction d'initier l'instance pénale, soit en saisissant directement la juridiction de jugement, soit en provoquant l'ouverture d'une information judiciaire par saisine du juge d'instruction via la plainte avec constitution de partie civile, le législateur est allé plus loin en multipliant les textes d'habilitation par lesquels il autorise des « *victimes pénales virtuelles* » à impulser l'instance pénale en vue de pallier les insuffisances du parquet dans le déclenchement des poursuites. Si les « victimes » peuvent donc initier l'instance pénale, encore faut-il observer qu'elles ne se trouvent pas toutes soumises aux mêmes conditions, de sorte qu'il est possible de deviner l'esquisse d'une hiérarchie entre les titulaires de l'action publique. La prééminence du parquet tend à être sauvegardée, dans le domaine délictuel du moins, par la subordination de la plainte avec constitution de partie civile déposée devant le juge d'instruction à la décision de classement sans suite du procureur de la République qui doit intervenir dans un délai de trois mois ; délai au terme duquel la « victime » retrouve sa faculté d'agir. Outre ces conditions générales, il peut être observé que les groupements privés habilités à exercer les droits reconnus à la partie civile, et disposant de la faculté d'agir par voie d'action dans le procès pénal, se trouvent soumis à une extraordinaire variété de conditions « qui évoque plus le foisonnement baroque que l'ordonnement classique »¹³¹⁵, ce qui tend à confirmer qu'ils ne constituent pas réellement des « victimes » aux yeux du législateur, mais plutôt des « *sous-procureurs privés* » chargés de suppléer le parquet dans la répression des actes infractionnels portant atteinte à l'intérêt collectif inscrit dans leur objet

¹³¹⁵ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 44.

statutaire. Ceci explique que leurs prérogatives pénales soient plus ou moins étendues selon la nature du contentieux au sein duquel ces derniers ont pour mission d'intervenir, et en général, plus restreintes que celles octroyées aux « victimes pénales principales ». Ainsi, alors que certains groupements peuvent impulser l'instance pénale pour toutes les infractions qui portent atteinte à leur objet social, d'autres ne peuvent mettre en mouvement l'action publique qu'en présence de certaines infractions limitativement énumérées par le texte d'habilitation. Si certains groupements peuvent initier l'instance pénale sans avoir à obtenir l'accord de la victime, d'autres ne peuvent déclencher les poursuites pénales qu'en ayant reçu un tel accord. En dépit de ces disparités, l'impulsion de l'instance pénale appartient aujourd'hui à trois catégories d'acteurs bien distinctes : le parquet, qui est le représentant de la société ; la « victime pénale principale » de l'infraction, qui est la personne physique ou morale souffrant personnellement et directement de l'action infractionnel ; les « victimes pénales virtuelles », qui souffrent personnellement et directement de l'infraction parce que le législateur, en leur reconnaissant la faculté d'agir par voie d'action dans l'instance pénale en vue de suppléer l'autorité publique en charge de la poursuite pénale, intègre l'intérêt collectif inscrit dans leur objet statutaire dans le champ de la protection pénale. En conditionnant de manière plus ou moins stricte leur faculté d'initier l'instance pénale, le législateur instaure une hiérarchie entre les titulaires de l'action publique, plaçant au sommet l'accusation publique représentée par le parquet, puis l'accusation privée, représentée d'abord par la « victime pénale principale, ensuite par les « victimes pénales virtuelles ». Malgré cette hiérarchisation, le partage de l'impulsion de l'instance pénale entre le parquet et les « victimes pénales » caractérise l'émergence d'un principe d'initiative en procédure pénale.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER.

439. – L’impulsion de l’instance pénale partagée entre le parquet et les « victimes » – Si le parquet s’impose comme une véritable partie autonome au procès pénal apte à juger de l’opportunité d’initier ou non une instance pénale en vue de faire sanctionner un comportement infractionnel par le juge, force est d’admettre que son pouvoir se trouve aujourd’hui fortement concurrencé par la reconnaissance aux « *victimes pénales* » de l’infraction de la faculté d’initier l’instance pénale. Alors que le principe de l’opportunité des poursuites permet au parquet d’apprécier l’opportunité d’introduire l’instance pénale ou non, voir de sanctionner lui-même l’auteur de l’infraction en recourant, à l’instar des particuliers dans le procès civil, à des procédures reposant sur des accords transactionnels, ce principe peut être aujourd’hui menacé par le pouvoir pénal reconnu aux « *victimes pénales* » de l’infraction. Ces dernières, à l’instar du parquet, disposent en effet de la faculté d’impulser l’instance pénale en mettant elles-mêmes en mouvement l’action publique, soit en saisissant directement la juridiction de jugement par voie de citation directe, soit en saisissant le juge d’instruction par voie de plainte avec constitution de partie civile. En consacrant au profit de la victime qui souffre personnellement et directement de l’infraction, et non de ses seules conséquences dommageables, le droit d’impulser l’instance pénale, le droit positif dissocie à l’évidence l’action civile du droit de se constituer partie civile qui constitue le premier élément d’un ensemble de prérogatives procédurales attachées à l’action pénale privée que la « *victime pénale* » peut exercer devant les juridictions répressives en vue de participer à la manifestation de la vérité et à l’établissement de la culpabilité de l’auteur présumé de l’infraction. Si ce droit est légitimement accordé aux personnes physiques ou morales qui souffrent personnellement et directement de l’infraction, il peut être observé que le législateur a étendu ce droit à des groupements privés qui n’agissent devant la juridiction répressive que parce que l’infraction considérée porte atteinte à des intérêts collectifs dont elles estiment avoir la charge, et qui ne se trouvent pénalement protégés que parce que le législateur octroie à ces dernières la faculté de constituer partie civile au procès pénal.

440. – La hiérarchisation des titulaires de l’action publique dans l’impulsion de l’instance pénale – Si le partage du droit d’initier l’instance pénale en mettant l’action publique en mouvement doit être naturellement approuvée au regard de la privatisation croissante des qualifications pénales, d’une part, mais également de la nécessité d’instaurer un contre-pouvoir au parquet dans la poursuite pénale, d’autre part, une telle situation pourrait toutefois menacer la prééminence de l’accusation publique dans le déclenchement des poursuites pénales. Ceci

explique que le législateur comme le juge cherchent à atteindre un point d'équilibre dans la répartition des prérogatives pénales entre le parquet et les « *victimes pénales* » dans l'impulsion de l'instance pénale en vue de sauvegarder la prééminence du premier, sans toutefois restreindre de manière trop drastique les prérogatives de la seconde au point de rendre son rôle de contre-pouvoir symbolique. La prééminence du parquet dans le déclenchement des poursuites pénales tend à être préservée, d'une part, par la délimitation de l'objet de l'action pénale privée par le juge, ce qui a permis de circonscrire le cercle des titulaires du droit de se constituer partie civile aux seules « *victimes pénales* », d'autre part, par le fait que le législateur a instauré un certain nombre d'obstacles en vue de lutter contre les constitutions de partie civile abusives devant les juridictions répressives en matière délictuelle à l'occasion de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007. Par ailleurs, comme les groupements privés habilités à exercer les droits reconnus à la partie civile s'imposent davantage comme des « *sous-procureurs privés* » que de véritables victimes, le législateur est venu encadrer, pour ceux qui se trouvent être titulaire d'un tel droit, leur faculté d'impulser l'instance pénale en subordonnant leur droit de se constituer partie civile à un certain nombre de conditions spéciales. Leur extraordinaire variété témoigne de la volonté du législateur d'individualiser le pouvoir pénal qu'il octroie à tel ou tel type d'association en fonction de la nature du contentieux et du rôle qu'il entend lui faire jouer en tant qu'agent de la répression. Si l'impulsion de l'instance pénale se trouve partagée entre le parquet et des « *victimes pénales* », encore faut-il observer qu'en vue de préserver la prééminence de l'accusation publique sur l'accusation privée dans l'appréciation de l'opportunité de la poursuite pénale, la mise en mouvement de l'action publique par la « *partie lésée* » se trouve subordonnée à des conditions plus ou moins rigoureuses, plus ou moins nombreuses, selon que la nature de cette dernière. En permettant aux « *victimes pénales* », surtout aux groupements privés habilités, d'initier l'instance pénale, le droit positif prend effectivement pris le risque de créer « *deux ministères publics d'origine et d'autorité différentes* »¹³¹⁶, mais à l'instar de l'académicien Georges Picot, cette évolution doit être approuvée, car « *dans un pays libre et organisé, [il faut que] le prétoire soit ouvert à tous, que tous les intérêts, que tous les droits, que toutes les injustices trouvent accès devant le juge, qui dira où est la vérité, où est le droit* ». ¹³¹⁷ L'émergence d'un principe d'impulsion de l'instance en procédure pénale permet à l'ensemble des personnes dont les intérêts pénalement protégés se trouvent lésés par une infraction d'en saisir le juge, et l'on ne peut que souhaiter, à terme, une égalisation de droits entre celles-ci dans l'exercice de ce droit.

¹³¹⁶ *RPDP*, 1896, 510

¹³¹⁷ *ibid.*, 666.

CHAPITRE 2. – LE RÔLE ACCRU DES PARTIES PRIVÉES DANS LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

441. – La reconfiguration des rôles respectifs du juge et des parties dans la maîtrise de la matière litigieuse – Dans son sens strict, le principe dispositif signifie que les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse, en d'autres termes, le pouvoir de fixer les éléments du litige. Un tel principe ne pouvant s'épanouir que dans une procédure à dominante accusatoire, dès lors qu'il conduit nécessairement de faire prévaloir le rôle des parties sur celui du juge dans l'initiative, le déroulement et l'extinction de l'instance, il semble *a priori* exclu de le rencontrer en procédure pénale du fait de sa dominante inquisitoire ; celle-ci exalte en effet « *l'office du juge, non seulement dans la marche de l'instance pour son bon déroulement, mais également sur la matière du procès dans l'exercice plénier du pouvoir juridictionnel* ». ¹³¹⁸ L'analyse tend toutefois à démontrer que dans la répartition des rôles processuels, la toute puissante figure du juge pénal cède au profit d'une prise en main de la conduite de l'instance par les parties à l'action publique (**section 1**) comme les parties civiles (**section 2**), illustrant ainsi l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale.

SECTION 1 - LE RÔLE DES PARTIES A L'ACTION PUBLIQUE SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

442. – L'influence croissante du parquet et du mis en cause sur le déroulement de l'instance pénale – Alors que la répartition processuelle classique des rôles des parties à l'action publique et du juge en procédure pénale tend à faire prévaloir ce dernier dans la conduite de l'instance pénale, que ce soit au stade de l'instruction préparatoire ou de la phase décisive, comme dans la maîtrise de la matière litigieuse d'ailleurs, l'analyse du droit positif met en exergue que ce schéma serait actuellement sur le point d'être dépassé. Il le serait au regard du redéploiement des prérogatives procédurales du parquet dans la conduite de l'instance pénale (§.1) lui permettant d'agir avec l'autonomie d'une véritable partie. Il le serait également au regard du renforcement constant des droits de la défense octroyés au mis en cause ces dernières décennies (§.2) offrant à ce dernier la possibilité de sortir de son rôle purement défensif pour participer activement à la conduite de l'instance pénale dans une logique offensive.

¹³¹⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 666.

§.1 – L’INFLUENCE DU PARQUET SUR LE DÉROULEMENT DE L’INSTANCE

443. – Le renforcement des prérogatives du parquet – Nous avons pu constater précédemment que le redéploiement des prérogatives des magistrats du parquet dans l’opportunité de la poursuite pénale permettait à ces derniers de solder le litige pénal sans nécessairement recourir au procès classique, en d’autres termes, sans avoir besoin d’impulser l’instance pénale, du moins pour les petites et moyennes infractions.¹³¹⁹ Si le procureur de la République peut régler les litiges de faible ou moyenne importance en recourant à des accords transactionnels, il convient d’observer qu’il n’y a pas qu’en amont de l’instance pénale que les pouvoirs procéduraux du parquet se sont renforcés. Au sein de l’instance pénale, le parquet concurrence désormais le juge dans la conduite de l’instruction préparatoire **(A)** comme dans celle de la phase décisive **(B)**.

A – L’INFLUENCE DU PARQUET SUR LE DÉROULEMENT DE L’INSTRUCTION

444. – La mutation du rôle du parquet au stade de l’instruction – Il peut être observé que la doctrine a souvent pour habitude de présenter le procureur de la République comme un simple collaborateur du juge d’instruction au stade de l’information judiciaire.¹³²⁰ Cela tient très certainement au fait que, si celle-ci a beaucoup commenté le redéploiement des prérogatives des magistrats du parquet, principalement en amont de l’instance pénale¹³²¹, elle n’a que peu modifié sa conception du rôle du procureur de la République au sein de l’instance pénale, et notamment au sein de la phase d’instruction, en dépit de l’expansion croissante de ces prérogatives à compter de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. L’étude tend pourtant à démontrer que l’instruction préparatoire n’apparaît plus comme « *la chose* » exclusive du magistrat instructeur, par le fait que le

¹³¹⁹ V° supra, n°...

¹³²⁰ En effet, la doctrine n’hésite pas à affirmer que le réquisitoire introductif du parquet, en déclenchement l’ouverture d’une information judiciaire, aurait pour effet de dessaisir ce dernier du litige pénal au profit du juge d’instruction. V° en ce sens : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1407. – J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n°... – F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 2005. – B. BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., n°... – C. AMBROISE-CASTEROT, *Procédure pénale*, op. cit., n°...

¹³²¹ J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *ibid.* – F. MOLINS, « Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ? », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Journées d’études Dalloz, 2004, 365. – Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l’évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *ibid.*, 17. – J.-P. DINTHILAC, « Rôle et attributions du procureur de la République. Histoire et évolutions. Nouvelles attributions résultant de la loi du 23 juin 1999 renforçant l’efficacité de la procédure pénale et de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes. Perspectives », *ibid.* – C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *ibid.* – D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *ibid.*

parquet intervient de manière significative dans le déroulement de cette phase particulière de l'instance pénale (2) ainsi que dans la délimitation de la matière litigieuse (1).

1) Le rôle du parquet dans la délimitation de la matière litigieuse

445. – La délimitation de la matière litigieuse par le réquisitoire introductif – En dehors de l'hypothèse où la victime saisit les juridictions d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile, c'est le parquet, en ordonnant l'ouverture d'une information judiciaire par l'émission d'un réquisitoire introductif, qui introduit l'instance pénale. Les dispositions de l'article 80 du Code de procédure pénale disposent expressément que le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République qui constitue l'acte introductif d'instance par lequel l'objet du litige pénal se trouve déterminé. En effet, la poursuite par l'ouverture d'une information judiciaire s'opère par le biais d'un réquisitoire introductif ou à fin d'informer¹³²² qui délimite l'étendue de la saisine du juge d'instruction en définissant les faits pour lesquels ce dernier est saisi. Saisi *in rem*, le juge d'instruction ne peut élargir son office à des faits non visés au réquisitoire introductif, de sorte que c'est bien le parquet qui délimite les contours du litige pénal dont les juridictions d'instruction sont saisies, sans possibilité pour ces dernières de les modifier en élargissant leur saisine. Le contenu de l'article 80 du Code de procédure pénale n'est pas sans rappeler les articles 4 et 5 du Code de procédure civile en vertu desquels « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* » fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense, ce qui n'interdit pas à ces dernières de modifier les termes du litige par des demandes incidentes dès lors que celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant, d'une part, et qui imposent au juge de se prononcer « *sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* », d'autre part. Au stade de l'instruction, ce qui est demandé au juge d'instruction, c'est d'informer sur les seuls faits dont il est saisi par le parquet. Bien que peu formaliste, le réquisitoire introductif se présentant comme une formule imprimée complétée par le procureur de la République¹³²³, celui-ci doit toutefois être accompagné des procès-verbaux, plaintes et dénonciations établis au cours de l'enquête initiale, précisément parce que les faits qu'ils contiennent déterminent la compétence du juge. L'obligation d'annexer les documents établis durant l'enquête initiale a été assouplie par la jurisprudence. Celle-ci admet tout d'abord que le procureur de la République ne puisse annexer au réquisitoire introductif qu'un simple renseignement - mail ou fax - dès lors que les constatations sont ultérieurement confirmées par

¹³²² S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1415.

¹³²³ Cass. crim., 11 juill. 1972 : *Bull. crim.*, n° 235.

l'envoi des procès-verbaux¹³²⁴, ensuite, que la simple mention « *vu les pièces jointes* » suffit, sans qu'il soit exigé la moindre référence à ces pièces.¹³²⁵ La question s'est posée de savoir si les faits visés au sein des documents annexés au réquisitoire introductif doivent constituer une infraction certaine ou simplement éventuel ? Si la Cour d'appel de Lyon a pu annuler un réquisitoire introductif fondé uniquement sur un témoignage anonyme¹³²⁶, la Cour de cassation n'a pas hésité à censurer une chambre de l'instruction qui avait annulé un réquisitoire introductif fondé sur une infraction future, rappelant que le parquet est libre de signer un tel réquisitoire « *au vu de tous les renseignements dont il est destinataire* » et que celui-ci « *ne peut être annulé que s'il ne satisfait pas essentielles de son existence légale* »¹³²⁷, ce qui sera le cas, par exemple, du défaut de signature.¹³²⁸ Par cette décision, la Haute juridiction rappelle qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier l'opportunité d'ouvrir une information judiciaire, mais à l'autorité publique chargée de la poursuite pénale : le parquet.

446. – L'élargissement de la matière litigieuse par le réquisitoire supplétif – Si l'office du juge d'instruction se trouve délimité par le réquisitoire introductif délivré par le parquet, lorsque des faits non visés au réquisitoire introductif par lequel l'information judiciaire a été ouverte sont portés à sa connaissance, notamment par la partie civile, ou découverts par ce dernier, celui-ci ne peut naturellement s'en saisir sans dénaturer les termes du litige. Il n'a donc d'autre choix que de les communiquer immédiatement au procureur de la République qui devra décider alors, soit de requérir du juge d'instruction, par réquisitoire supplétif, qu'il informe sur ces nouveaux faits, ce qui aura pour effet d'élargir l'objet du litige initial ainsi que la saisine du magistrat instructeur ; soit de requérir l'ouverture d'une information distincte ; soit de saisir la juridiction de jugement ; soit d'ordonner une enquête ; soit de décider d'un classement sans suite ou de procéder à l'une des mesures prévues aux articles 41-1 à 41-3 ; soit de transmettre les plaintes ou les procès-verbaux au procureur de la République territorialement compétent. L'objet du réquisitoire supplétif est donc d'inclure dans une information judiciaire déjà ouverte des faits qui n'étaient pas initialement compris dans la poursuite. Si le parquet est, de fait, totalement libre de délimiter l'étendue du litige pénal dont il entend saisir les juridictions d'instruction, cette liberté ne porte toutefois que sur les faits, et non sur les personnes. En effet, si le juge d'instruction est saisi *in rem*, il ne l'est pas *in personam*, de sorte qu'il est libre d'étendre sa saisine à l'ensemble des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices suffisants permettant de considérer qu'elles

¹³²⁴ Cass. crim., 1^{er} sept. 1987 : *Bull. crim.*, n° 308.

¹³²⁵ Cass. crim., 29 sept. 1992 : *Bull. crim.*, n° 288.

¹³²⁶ CA Lyon, 30 mars 1990 : *JCP G.* 1990, II, 21566, note Coste.

¹³²⁷ Cass. crim., 5 juin 2002 : *Bull. crim.*, n° 129.

¹³²⁸ Cass. crim., 23 avr. 1971 : *Bull. crim.*, n° 165. – 17 févr. 1987 : *Bull. crim.*, n° 77.

se trouvent impliquées, à titre ou un autre, dans les faits dont il est saisi. Loin de dénaturer les termes du litige dont il se trouve saisi, le juge d'instruction se contente, au contraire, d'enquêter « *sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». La liberté reconnue au juge d'étendre sa saisine *in personam* sans avoir à obtenir du parquet un réquisitoire supplétif en ce sens, témoigne de la méfiance de notre procédure pénale à l'encontre de l'arbitraire du parquet qui se trouve ainsi dans l'impossibilité de limiter la poursuite pénale à telle ou telle personne qu'il désignerait.

2) *Le rôle du parquet dans la conduite de l'instruction préparatoire*

447. – La restriction de l'autonomie du juge d'instruction dans la conduite de l'instruction préparatoire au profit du parquet – Il est classiquement enseigné que si la poursuite pénale appartient au procureur de la république, l'information judiciaire appartient au juge d'instruction. Il est vrai que le spectre du « *lieutenant-criminel* » institué par François I^{er} en 1522 plane encore de nos jours sur la phase préparatoire de l'instance pénale¹³²⁹, caractérisant la dominante inquisitoire de notre procédure pénale qui s'est même renforcée par la suppression du lien avec le procureur de la République - et partant avec l'Exécutif -, ce qui induit bien que le juge d'instruction est un enquêteur indépendant vis-à-vis des parties, libre de mener son information judiciaire de manière autonome dans le respect des termes du litige définis par le parquet ou la victime constituée partie civile. Ce schéma est pourtant dépassé nous semble-t-il au regard des prérogatives importantes qui sont accordées au parquet en vue de lui permettre, à l'instar des autres parties à l'information judiciaire, de participer activement à la conduite de l'instruction préparatoire en orientant le juge d'instruction dans le sens qui lui paraît conforme à l'intérêt général qu'il défend. Cette évolution met en exergue une redistribution des rôles processuels entre le parquet et le juge d'instruction qui rapproche notre procédure pénale du modèle procédural civil dont elle emprunte ici l'un des principes directeurs : le principe dispositif. Dans une procédure pénale à dominante inquisitoire, l'on serait en droit de s'attendre à ce que le législateur « *exalte l'office du juge, non seulement dans la marche de l'instance pour son bon déroulement, mais sur la matière du procès dans l'exercice plénier du pouvoir juridictionnel* »¹³³⁰, l'étude démontre que ce n'est pas ce dernier qui a la maîtrise des éléments du litige au cours de l'instruction préparatoire, mais bien les parties, au premier rang desquelles figure le parquet. À l'instar du procès civil, il peut être observé que la matière litigieuse ne comprend que les éléments de l'instance sur lesquels s'exerce la maîtrise des parties, ou si l'on préfère, ceux sur lesquels le juge n'a pas de prise. De ce point de

¹³²⁹ V° not. : Art. 81, al. 1, C. proc. pén. : « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* ».

¹³³⁰ S. GUINCHARD, C. CHANAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, ibid.

vue, comme dans le procès civil, il peut être observé en matière pénale que la matière litigieuse comprend l'objet et les faits du litige, mais pas le droit, car si les parties disposent de la faculté de qualifier les faits fondant la poursuite pénale, le juge n'est pas tenue par ces dernières. Parce qu'il s'agit « d'une représentation sujette aux changements impulsés par l'avancée de la procédure »¹³³¹, la qualification pénale des faits visés par le réquisitoire introductif comme le réquisitoire supplétif n'a bien souvent qu'une existence provisoire, et reflète la plupart du temps, soit la représentation personnelle que le magistrat du parquet se fait de la réalité factuelle de l'infraction, soit la représentation personnelle des enquêteurs, et que le procureur de la République peut avoir décidé de conserver, eu égard à la proximité de ces derniers avec les faits ou les protagonistes de l'infraction. Sur ce point, il convient en effet de rappeler que la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relatif à la garde à vue a explicitement consacré au sein de l'article 63 du Code de procédure pénale le pouvoir de qualification des enquêteurs, que la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CCNDH) leur contestait.¹³³² Selon ce texte, « [...] dès le début de la mesure, l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République, [...] et l'avise de la qualification des faits qu'il a notifiée à la personne en application du 2° de l'article 63-1. Le procureur de la République peut modifier cette qualification ; dans ce cas, la nouvelle qualification est notifiée à la personne dans les conditions prévues au même article 63-1 ». Si le parquet qualifie pénalement les faits dont il saisit le juge d'instruction, il doit être observé que ce dernier, à l'instar du juge civil, « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».¹³³³ Sur ce point, il peut d'ailleurs être observé que la jurisprudence a toujours considéré que, non seulement les juridictions d'instruction comme les juridictions de jugement ne sont pas tenues par les qualifications pénales retenues par l'autorité de poursuite¹³³⁴, mais encore se trouvent-elles tenues d'examiner les faits sous toutes les qualifications possibles. De fait, dès lors que l'évolution de la perception des faits au cours de la procédure peut conduire le juge à faire évoluer la qualification pénale retenue initialement par le parquet, le droit ne semble pas faire partie des éléments du procès dont les parties ont la maîtrise. Ainsi, la procédure pénale se rapprocherait de la procédure civile en adoptant la distinction classique selon laquelle les faits concernent les parties tandis que le droit est le domaine réservé du juge. Mais, de la même manière que cette distinction se révèle précaire en procédure civile, il peut être constaté en matière pénale que le rôle des parties est prépondérant dans l'exposé et la preuve des faits, celui du juge dans la

¹³³¹ E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, op. cit., n° 414. Égal. : M. RIGAUX, P.-E. TROUSSE, « Les problèmes de la qualification », *RPDC* 1949, 716.

¹³³² CCNDH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, 2010, 2.

¹³³³ Art. 12 C. proc. civ.

¹³³⁴ V° sur ce point la jurisprudence citée in M. RIGAUX, P.-E. TROUSSE, « Les problèmes de la qualification », *ibid.*, spéc. 716.

recherche de la qualification pénale applicable à ces derniers au regard des éléments de preuves apportés par ces dernières.

448. – L'étendue des prérogatives du parquet dans la conduite de l'instruction – Si le procureur de la République apparaissait jusqu'à présent comme un collaborateur du juge d'instruction dans la conduite de l'information judiciaire, la tendance s'est inversée dès le lendemain de l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, et les réformes qui ont suivi se sont inscrites dans la même logique, au regard de l'expansion de ses prérogatives procédurales dans la conduite de l'information judiciaire. Tout d'abord, il peut être remarqué que le parquet dispose, sur le fondement de l'article 82, alinéa 2, du Code de procédure pénale, de la faculté de se faire communiquer le dossier de la procédure, à charge pour lui de le restituer dans un délai de vingt-quatre heures. Si le fait de demander la communication du dossier de la procédure est une faculté pour le procureur de la République, lui communiquer effectivement est une obligation pour le magistrat instructeur qui n'a d'autre choix que de déférer à une telle réquisition.¹³³⁵ En prenant connaissance du dossier d'instruction, le parquet est mieux à même de réserver ses réquisitions aux orientations importantes de la procédure, et ainsi de limiter ses interventions afin de ne pas interférer inutilement dans la conduite de l'instruction, mettant *de facto* à profit les importantes prérogatives qu'il tire de l'alinéa 1^{er} de l'article 82 du Code de procédure pénale. Sur le fondement de ce texte, le procureur de la République peut demander au magistrat instructeur la réalisation de tous les actes qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, et même d'assister à la réalisation de ces derniers, y compris les interrogatoires du mis en examen, de la partie civile, et depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, du témoin assisté. Sur ce point, il convient d'observer que l'assistance des magistrats du parquet aux actes qu'ils ont requis n'est point passive, ces derniers pouvant poser des questions ou présenter des observations tout comme l'avocat de la défense ou de la partie civile. Comme toute demande appelle une réponse, ce même texte impose au juge d'instruction, s'il n'entend pas suivre les réquisitions du procureur de la République, de rendre une ordonnance motivée dans un délai de cinq jours, à défaut de quoi, le représentant du parquet peut, dans les dix jours, saisir directement la chambre de l'instruction. Autant dire que ce texte impose au juge d'instruction, non seulement de répondre aux demandes formulées par le procureur de la République, mais encore de s'expliquer sur les motifs pour lesquels il refuse d'accomplir les actes demandés par ce dernier, sachant que ceux-ci sont susceptibles d'être appréciés par les magistrats de la chambre de l'instruction puisque l'ordonnance de refus est susceptible d'appel sur le fondement de l'article

¹³³⁵ Cass. crim., 5 févr. 1970 : *Bull. crim.* n° 53.

185 du Code de procédure pénale. Autant dire que le schéma traditionnel qui veut que le parquet apparaisse comme le collaborateur naturel du juge d'instruction est nécessairement remis en cause au regard des prérogatives dont il dispose dans la conduite de l'instruction préparatoire. Le trait s'épaissit encore par le fait que le procureur de la République dispose de la faculté de demander l'annulation des actes et pièces de procédure entachés de nullité.

449. – L'action en nullité des actes de l'instruction – Il peut être observé que l'article 802 du Code de procédure pénale distingue entre les nullités textuelles et les nullités substantielles. En principe, les nullités textuelles sont celles qui sont prévues spécifiquement par un texte tandis que les nullités substantielles peuvent être définies comme l'atteinte portée aux formes qui sont indispensables pour que l'acte soit en mesure de remplir sa fonction. De son côté, la jurisprudence, dans le silence des textes, est venue opérer une distinction entre les nullités qu'elle considère comme étant d'ordre public et celles qu'elle considère comme étant d'ordre privé.¹³³⁶ Si les premières peuvent être invoquées sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'un grief par le demandeur à la nullité - les nullités d'ordre public touchant en principe à la compétence des juridictions et aux règles de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice - tel n'est pas le cas des secondes. Pour ce qui nous concerne ici, il doit être observé *a priori* que les dispositions de l'article 173, alinéa 2, du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000¹³³⁷, permettent au procureur de la République de soulever la nullité d'un acte ou d'une pièce de procédure dès lors que l'on se trouve en présence d'une nullité d'ordre public, qu'elle soit de nature textuelle ou substantielle, dès lors qu'une telle nullité porte atteinte à l'intérêt général.¹³³⁸ *Quid* des nullités d'ordre privé ? *A priori*, ces nullités étant établies dans le seul intérêt des « parties privées » à la procédure, au sens où l'entend le Code de procédure pénale, elles sont en principe indifférentes au parquet. Mais, cette indifférence n'est que le fruit de l'évolution de la

¹³³⁶ Sur la théorie des nullités en procédure pénale, V° : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2174. – J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 780. – F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 2005. V° égal. : B. BOULOC, « Observations sur les nullités en matière de procédure pénale », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, op. cit., 417. – C. GOYET, « A propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles », *RSC* 1976, 899. – G. LEVASSEUR, « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, op. cit., 469. – G. CLÉMENT, « Regard sur les nullités en procédure pénale », in *Liber amicorum, regards sur la défense pénale*, V. DURTETTE (dir.), coll. "Droit et Science Politique", Mare et Martin, 2009, 99. – G. CLÉMENT, « De la règle « pas de nullité sans grief » en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *RSC* 1984, 433. – B. BOULOC, « Observations sur les nullités en matière de procédure pénale », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, op. cit., 417. – F. SAINT-PIERRE, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables », *AJ pénal* 2005, 177. – C. LARONDE-CLÉRAC, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Dr. pén.* 2013, étude 9.

¹³³⁷ M. GUÉRIN, « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », *RSC* 2000, 753.

¹³³⁸ Cass. crim., 5 févr. 1970 : *ibid.*

jurisprudence, car l'article 173-2° dispose que, « *si le procureur de la République estime qu'une nullité a été commise, il requiert du juge d'instruction communication de la procédure en vue de sa transmission à la chambre de l'instruction, présente requête aux fins d'annulation à cette chambre et en informe les parties* », de sorte que le parquet est en principe légalement en mesure de soumettre à la chambre de l'instruction tous les actes de l'information qu'il estime être viciés, y compris son propre réquisitoire d'ailleurs.¹³³⁹ Cette solution démontre que le parquet, même s'il tend à devenir « *une simple partie* » au procès pénal demeure néanmoins, de par sa fonction même, davantage que cela. Quoi qu'il en soit, l'étude des prérogatives dévolues au procureur de la République fait apparaître, d'ores et déjà, que le juge d'instruction n'est plus réellement maître de sa procédure, et que le parquet n'est plus le collaborateur du magistrat instructeur que l'on présente trop souvent encore. Si le juge d'instruction est *a priori* libre de mener l'instruction comme il l'entend, cette liberté se trouve fortement restreinte par le fait, d'une part, que c'est le parquet qui délimite l'objet du litige pénal dont ce dernier se trouve saisi, d'autre part, qu'il est tenu de réaliser les actes d'instruction qui lui sont demandés par ce dernier, sauf à être en mesure de motiver son refus sans encourir la censure de la chambre de l'instruction ou de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

450. – Le contrôle des actes d'instruction à la demande du parquet – A l'instar des autres parties à la procédure d'instruction, le procureur de la République peut exercer des voies de recours en vue de faire contrôler et sanctionner certaines décisions prises par le juge d'instruction. Il le peut tout d'abord en interjetant appel devant la chambre de l'instruction de toute ordonnance rendue par le juge d'instruction, comme par le juge de la liberté et de la détention d'ailleurs, sur le fondement de l'article 185 du Code de procédure pénale. Institué pour la sauvegarde de l'action publique, la jurisprudence a toujours considéré le droit d'appel du parquet comme absolu.¹³⁴⁰ Ainsi, il peut être rappelé que la Cour de cassation a affirmé que le parquet pouvait interjeter appel tant des ordonnances de nature juridictionnelle que des ordonnances de nature administrative¹³⁴¹, et même de celles qui sont conformes à ces réquisitions.¹³⁴² Par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 185 dispose que le droit d'appel appartient dans tous les cas au procureur général, et à l'instar du procureur de la République, celui-ci peut frapper d'appel l'ensemble des ordonnances du juge d'instruction¹³⁴³, « *même après la citation qui a saisi le tribunal, même après les débats engagés, même après la mise en délibéré et tant que le tribunal n'a pas statué. Il ne peut être paralysé que lorsqu'il y a eu chose jugée sur le fond, sur la compétence ou la qualification. La chose jugée*

¹³³⁹ Cass. crim., 27 juin 1991 : *Bull. crim.*, n° 285.

¹³⁴⁰ Cass. crim., 1^{er} août 1822 : *Bull. crim.*, n° 104.

¹³⁴¹ Cass. crim., 8 juill. 1958 : *Bull. crim.*, n° 526.

¹³⁴² Cass. crim., 14 oct. 1997 : *Bull. crim.*, n° 332. *Antér.* : Cass. crim., 25 mars 1954 : *Bull. crim.*, n° 123.

¹³⁴³ Cass. crim., 19 sept. 1990 : *Bull. crim.*, n° 319. – 14 oct. 1997 : *ibid.*

ne pourrait résulter d'un jugement qui n'a statué que sur un incident de procédure, et qui s'est borné à annuler les citations données irrégulièrement par la partie civile à la suite de l'ordonnance de renvoi ». ¹³⁴⁴ En disposant d'un droit d'appel absolu à l'encontre des décisions prises par le juge d'instruction, le parquet est mis en mesure d'exercer un large contrôle sur la conduite de l'information judiciaire, et par voie de conséquence, sur la manière dont le juge oriente son instruction préparatoire, confirmant un peu plus encore le fait que le magistrat instructeur n'est pas réellement maître de son information judiciaire, et voit sa liberté enserrée par la montée des droits du parquet dans la conduite de l'instance pénale. Naturellement, le contrôle des actes d'instruction peut amener le procureur de la République à se pourvoir en cassation à l'encontre des arrêts rendus par la chambre de l'instruction. Il tire cette prérogative des dispositions des articles 567 et 568 du Code de procédure pénale, en vertu desquels, les arrêts de la chambre de l'instruction peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, ce qui induit que le parquet a toute latitude à se pourvoir dès lors qu'il poursuit l'annulation d'une décision qui lui paraît entachée d'illégalité. ¹³⁴⁵

451. – En conclusion – Au regard des prérogatives dont ils disposent dans la conduite de l'instruction préparatoire, les magistrats du parquet n'apparaissent pas comme de simples collaborateurs du juge, mais au contraire comme les acteurs d'un processus judiciaire tendant à la manifestation de la vérité dans l'intérêt général qu'ils défendent et représentent. Alors qu'il est traditionnellement enseigné que la direction de l'instruction préparatoire relève de l'office du juge, ce qui demeure vrai au regard des dispositions des articles 81 et suivants du Code de procédure pénale, l'analyse démontre toutefois que celle-ci est en partie dévolue au parquet qui dispose d'un certain nombre de prérogatives tendant à lui permettre d'intervenir de manière significative dans son déroulement. De ce point de vue, le déroulement de l'instruction préparatoire tend à appartenir tout autant au juge d'instruction qu'au parquet. Non seulement celui-ci dispose du pouvoir de délimiter la matière litigieuse lorsqu'il ouvre l'information judiciaire par la délivrance d'un réquisitoire introductif, ou lorsqu'il modifie la saisine initiale du juge d'instruction par voie de réquisition supplétif, mais encore dispose-t-il de la faculté de demander au juge d'instruction l'accomplissement d'actes tendant à la manifestation de la vérité, voire même d'assister à la réalisation de ces derniers, que ce dernier ne peut refuser de diligenter, sauf à être en mesure de motiver un tel choix. Loin de l'image d'Épinal du simple collaborateur du juge d'instruction, le parquet s'impose un véritable acteur de l'information judiciaire.

¹³⁴⁴ P. CHAMBON, C. GUÉRY, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, op. cit., n° 233-21.

¹³⁴⁵ Cass. crim., 20 oct. 1964 : *Bull. crim.*, n° 268. – 18 mars 1991 : *Bull. crim.*, n° 131.

B – L'INFLUENCE DU PARQUET SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE EN JUGEMENT

452. – L'autonomisation du parquet au stade décisoire – Dès lors qu'une affaire est en état d'être jugée, et que l'infraction est suffisamment grave pour exclure tout recours à une procédure alternative aux poursuites, le procureur de la République impulse l'instance pénale en vue qu'une réponse judiciaire y soit apportée. Jusqu'à récemment encore, la saisine de la juridiction de jugement, quel que soit les modalités utilisées en ce sens, constituait la seule option pour le parquet. Mais l'introduction de la procédure d'ordonnance pénale, et surtout de la CRPC, a modifié la donne, puisque le procureur de la République dispose désormais de la faculté de régler le litige en contournant l'audience pénale classique, ce qui réduit *de facto* l'office du juge dans la maîtrise du déroulement de l'instance pénale. De fait, le rôle du procureur de la République dans la conduite de l'instance au stade décisoire diffère considérablement selon que ce dernier décide de régler le litige par le recours à la procédure classique de jugement **(1)**, où qu'il opte pour l'une des procédures de jugement accélérées que le législateur met à sa disposition **(2)**.¹³⁴⁶

1) Le rôle du parquet dans la conduite de l'instance en jugement classique

453. – La délimitation des termes du litige pénal devant les juridictions de jugement par le parquet – Peu d'affaires passant en réalité par la phase d'instruction préparatoire, la grande majorité d'entre elles sont directement transmises aux juridictions de jugement. À l'instar de ce qui a pu être observé précédemment, c'est le parquet qui va délimiter ici aussi les termes du litige pénal dont il saisit la juridiction de jugement en matière correctionnelle et contraventionnelle. Qu'il décide de saisir la juridiction de jugement par voie de comparution immédiate¹³⁴⁷, par voie de convocation par procès-verbal¹³⁴⁸, par voie de citation à comparaître¹³⁴⁹, plus exceptionnellement, par voie d'avertissement¹³⁵⁰, l'absence d'instruction préparatoire impose en principe au parquet d'informer le défendeur des termes du litige, soit en indiquant explicitement la qualification pénale fondant les poursuites¹³⁵¹, soit en indiquant les faits reprochés et le texte

¹³⁴⁶ R. GASSIN, « L'audience de jugement. Bilan des réformes depuis 1993 », *ALD* 1995, 103.

¹³⁴⁷ Art. 395 et s. C. proc. pén.

¹³⁴⁸ Art. 394 C. proc. pén.

¹³⁴⁹ Art. 390 C. proc. pén.

¹³⁵⁰ Art. 389 C. proc. pén. En vertu de ce texte, « l'avertissement, délivré par le ministère public, dispense de citation, s'il est suivi de la comparution volontaire de la personne à laquelle il est adressé ».

¹³⁵¹ L'article 389 du Code de procédure pénale prévoit, par exemple, que le procureur de la République « indique le délit poursuivi et vise le texte de loi qui le réprime ».

d'incrimination applicable¹³⁵², ce qui revient alors à indiquer implicitement la qualification pénale par laquelle la juridiction de jugement se trouve saisie. Qu'il s'agisse de la citation directe, de la convocation par procès-verbal, de l'avertissement ou encore de la comparution immédiate, tous ces actes de poursuites constituent des actes introductifs d'instance délimitant les termes du litige dont la juridiction de jugement se trouve saisie. Lorsqu'elles se trouvent saisies au terme d'une instruction préparatoire, la délimitation de la matière litigieuse ne relève plus à proprement parler du parquet, mais des juridictions de l'instruction. En effet, les contours de la matière litigieuse sont définis dans l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation prise par le juge d'instruction ou l'arrêt de renvoi ou de mise en accusation rendu par la chambre de l'instruction. Est-ce à dire pour autant que les juridictions de l'instruction délimitent les termes du litige pénal ? Assurément pas, elles se contentent d'opérer un tri dans les faits dont elles ont été saisies en vue de ne transmettre à la juridiction de jugement que ceux susceptibles de revêtir une qualification pénale, dont la réalité de l'existence tend à être démontrée par un ensemble d'éléments probants, pour lesquels un ou plusieurs auteurs ont pu être identifiés et qu'existent un certain nombre d'éléments à charge permettant de présumer leur participation dans la commission de ces derniers. Les juridictions de l'instruction ne font, de ce point de vue, qu'affiner, au regard des résultats de l'information judiciaire, le contenu de la matière litigieuse délimitée par le parquet au stade du déclenchement des poursuites par son réquisitoire introductif, ou les éventuels réquisitoires supplétifs ayant pu intervenir durant l'instruction préparatoire. Les juridictions de jugement étant saisies *in rem* et *in personam*, elles ne peuvent étendre les termes du litige en introduisant dans l'instance des faits nouveaux, ni étendre leur saisine à des personnes qui n'ont pas fait l'objet de poursuites pénales de la part du parquet, quand bien même leur implication dans les faits objet de la poursuite apparaîtrait lors de l'audience. Si les juridictions de jugement ont l'obligation de statuer sur les litiges dont elles sont saisies, ce n'est qu'à la condition que le dossier de la procédure soit en état d'être jugé. Or, l'appréciation du procureur de la République sur ce point peut être démentie par la juridiction de jugement qui considère ne pas disposer d'éléments suffisants pour lui permettre de statuer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre une personne mise en cause dans la commission ou la participation à la commission d'une ou plusieurs infractions pénales. Le caractère inquisitoire de notre procédure pénale se manifeste ici avec vigueur puisque, sans dénaturer les termes du litige délimités par le procureur de la République, le tribunal peut ordonner toutes investigations complémentaires qu'il juge utile à la manifestation de la vérité.¹³⁵³

¹³⁵² L'article 390-1 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « *la convocation énonce le fait poursuivi, vise le texte de loi qui le réprime et indique le tribunal saisi, le lieu, la date et l'heure de l'audience* ».

¹³⁵³ V° not. : art. 434 ; art. 456 ; art. 463 C. proc. pén.

454. – L'étendue des prérogatives du parquet dans l'audience criminelle – La dominante inquisitoire de la procédure pénale se manifeste avec force dans le cadre de la procédure suivie devant la cour d'assises. Comme le rappelle l'article 309 du Code de procédure pénale, « *le président a la police de l'audience et la direction des débats* », et à ce titre, il dispose de pouvoirs étendus lui permettant de rejeter « *tout ce qui tendrait à compromettre leur dignité ou à les prolonger sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats* »¹³⁵⁴ ou « *en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité* », voir d'« *appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent, d'après les développements donnés à l'audience, utiles à la manifestation de la vérité* »¹³⁵⁵, lesquels ne prêtent alors pas serment. Si le juge apparaît de fait comme « *le maître du déroulement des débats* »¹³⁵⁶, ce qui traduit bien la dominante inquisitoire de la phase décisive de l'instance pénale, les réformes législatives intervenues ces dernières années, notamment sous l'impulsion du droit européen qui tend à instaurer progressivement une procédure contradictoire gouvernée par le principe de l'égalité des armes, sont venues renforcer les prérogatives des parties à l'instance, notamment celles du parquet. Ce dernier bénéficie ainsi de nombreuses prérogatives lui permettant d'influer sur le déroulement de l'audience pénale, sans toutefois que la position prédominante du juge ne se trouve compromise. Tout d'abord, il peut être observé que dans la phase préparatoire à l'audience, le parquet dispose de la faculté de prendre des réquisitions de renvoi de l'affaire à une session ultérieure si celle-ci ne lui paraît en état d'être jugée au cours de la session au rôle de laquelle elles sont inscrites. Il a le droit de faire entendre les personnes de son choix en qualité de témoins ou d'experts, à la condition toutefois dans ce cas que ces derniers aient reçu la charge d'accomplir certains travaux, en vue de soutenir son accusation.¹³⁵⁷ Le parquet dispose en outre d'un droit de récusation ne lui permettant de récuser pas plus de trois jurés en première instance¹³⁵⁸, sans pouvoir exposer ses motifs de récusation.¹³⁵⁹ Cette faculté lui permet d'écarter du jury composant la cour d'assises les personnes qui, pour des raisons principalement subjectives, ne lui paraissent pas aptes à participer au jugement de l'affaire en question. Au stade de l'audience proprement dite, le parquet dispose de nombreuses prérogatives lui permettant d'influer sur le déroulement de celle-ci. Il dispose de

¹³⁵⁴ Art. 309 C. proc. pén.

¹³⁵⁵ Art 310 C. proc. pén.

¹³⁵⁶ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2294.

¹³⁵⁷ Il doit, conformément au respect du principe contradictoire, signifier à l'accusé, « *dès que possible et vingt-quatre heures au moins avant l'ouverture des débats, la liste des personnes qu'ils désirent faire entendre* », ainsi que « *les témoins, dont la liste lui a été communiquée par les parties, cinq jours au moins avant l'ouverture des débats ; cette liste ne peut comporter plus de cinq noms* » (art. 281 C. proc. pén.).

¹³⁵⁸ Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JORF* du 11 août 2011, 13744.

¹³⁵⁹ Art. 297 et s. C. proc. pén.

la faculté de poser directement des questions au mis en cause, aux témoins ainsi qu'à toutes les personnes appelées à la barre sur le fondement de l'article 312 du Code de procédure pénale, lequel subordonne toutefois l'exercice de ce droit à l'autorisation du président qui peut parfaitement le lui refuser ou le lui retirer. Il peut, par ailleurs, prendre toutes les réquisitions qu'il juge utiles devant la cour d'assises, et celle-ci est tenue, selon l'article 313 du Code de procédure pénale, de lui en donner acte et d'en délibérer. Même si la cour ne fait pas droit aux réquisitions du représentant du ministère public, l'instruction ni le jugement ne sont arrêtés, ni suspendus, l'article 316 du Code de procédure pénale prévoyant que les incidents contentieux susceptibles de surgir devant la cour d'assises sont réglés par celle-ci, par arrêts avant dire droit, « *le ministère public, les parties ou leurs avocats entendus* », lesquels, lorsque la cour d'assises examine l'affaire en premier ressort, ne peuvent faire l'objet d'un recours, sauf en cas d'appel de l'arrêt sur le fond, et de réexamen de l'affaire devant une autre cour d'assises où ils n'ont pas autorité de la chose jugée. Lorsque la cour d'assises examine l'affaire en appel, ces arrêts ne peuvent être attaqués que par la voie du recours en cassation, en même temps que l'arrêt sur le fond.

455. – L'étendue des prérogatives du parquet aux audiences correctionnelle et de police –

À l'instar de ce qui a pu être observé concernant la matière criminelle, la dominante inquisitoire de la procédure pénale se manifeste aussi dans le cadre de la procédure suivie devant les juridictions correctionnelles et de police par la prééminence du juge dans la conduite de l'audience. Au stade de l'instruction de l'affaire lors de l'audience¹³⁶⁰, lorsqu'aucune information judiciaire n'a précédé la saisine de la juridiction de jugement, le juge correctionnel ou de police dispose en effet d'un certain nombre de prérogatives lui permettant de s'ériger en véritable enquêteur puisqu'il peut ordonner une simple expertise¹³⁶¹, un transport sur les lieux¹³⁶², ou un supplément d'information qui sera confié à l'un des juges composant la formation¹³⁶³, sans possibilité toutefois d'enjoindre au parquet d'entreprendre de nouvelles investigations en vertu du principe de séparation des autorités de poursuites et de jugement. Au stade de l'audience proprement dite, la figure du juge est encore prééminente, puisqu'à l'instar de ce que nous avons pu observer en matière criminelle, l'article 401 du Code de procédure pénale dispose, à propos de la juridiction correctionnelle, que « *le président a la police de l'audience et la direction des débats* ». La prééminence de la figure du juge dans la phase décisive de l'instance pénale se trouve aujourd'hui concurrencée par la montée en puissance des prérogatives reconnues aux parties dans

¹³⁶⁰ M. JANSON, « L'instruction à l'audience correctionnelle », *RDPC* 1950, 792.

¹³⁶¹ Art. 434 C. proc. pén.

¹³⁶² Art. 456 C. proc. pén.

¹³⁶³ Art. 463 C. proc. pén. Cette faculté est reconnue au tribunal de police ou au juge de proximité par l'article 538 du Code de procédure pénale.

la conduite de l'audience. Sur ce point, il peut être observé que l'article 442-1 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République peut poser directement des questions au prévenu, aux témoins ainsi qu'à toutes les personnes appelées à la barre, sous réserve toutefois d'avoir demandé la parole au président. Il peut demander au tribunal tout transport qu'il juge utile ; qu'un témoin se retire momentanément de la salle d'audience après sa déposition, pour y être introduit et entendu s'il y a lieu après d'autres dépositions avec ou sans confrontation ; enfin, il doit être observé qu'une fois « *l'instruction à l'audience terminée, la partie civile est entendue en sa demande, le ministère public prend ses réquisitions, le prévenu, et, s'il y a lieu, la personne civilement responsable, présentent leur défense* », toutefois, même si « *la partie civile et le ministère public peuvent répliquer. Le prévenu ou son avocat auront toujours la parole les derniers* ». ¹³⁶⁴ Il faut surtout observer que le parquet peut influencer sur le déroulement de l'instance pénale en saisissant le tribunal correctionnel de faits qu'il ne devrait pas avoir, en principe, à connaître. En recourant au mécanisme de la correctionnalisation ¹³⁶⁵, le procureur de la République peut, avec l'accord de la victime et de l'auteur, retenir une qualification délictuelle là où il existe en réalité un crime, et ainsi saisir le tribunal correctionnel en faisant échec aux dispositions d'ordre public régissant la compétence *rationae materiae* des juridictions de jugement en matière pénale. ¹³⁶⁶

456. – La faculté de s'opposer aux décisions rendues par les juridictions de jugement –

En principe, le procureur de la République, le procureur général, et l'officier du ministère public près le tribunal de police ou la juridiction de proximité, peuvent interjeter appel de tous les jugements rendus par les juridictions répressives en matière correctionnelle comme contraventionnelle. Toutefois, le droit d'appel du parquet se trouve limité, notamment en matière contraventionnelle, lorsque la décision rendue par la juridiction de jugement l'est en premier et dernier ressort, autrement dit, lorsque « *l'amende encourue est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe, lorsqu'a été prononcée la peine prévue par l'alinéa 1 de l'article 131-16 du code pénal, ou lorsque la peine d'amende prononcée est supérieure au maximum de l'amende encourue pour les contraventions de la deuxième classe* ». ¹³⁶⁷ En matière correctionnelle en revanche, il résulte de l'article 497 du Code de procédure pénale que le droit d'appel du parquet est général, celui-ci disposant même, dans le cadre de la procédure de CRPC de la faculté d'interjeter appel à titre incident dans l'hypothèse où l'ordonnance d'homologation rendue par le juge serait frappée d'appel par le condamné.

¹³⁶⁴ Art. 460 C. proc. pén.

¹³⁶⁵ A. CHAVANNE, « La correctionnalisation », *RDPC* 1955, 70. V° égal. : A. DARSONVILLE, « la légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *ibid.* – M. BENILLOUCHE, « La censure constitutionnelle de la correctionnalisation judiciaire : une occasion manquée... », *D.* 2013, Point de vue, 1219. – S. DETRAZ, « Correctionnalisation judiciaire légalisée », *ibid.* – J.-C. LAURENT, « La correctionnalisation », *ibid.*

¹³⁶⁶ V° supra n°...

¹³⁶⁷ Art. 546 C. proc. pén.

Toutefois, l'application de cette règle soulève quelques difficultés lorsque la proposition du ministère public sort des limites fixées par la loi et que le contrôle judiciaire se révèle impuissant à la corriger, ce qui est le cas lorsque la peine homologuée est inférieure au *minimum* légal prévu par les textes ou que la CRPC a été appliquée à un délit n'entrant pas dans son champ d'application.¹³⁶⁸ Concernant l'appel des arrêts rendus par les cours d'assises, il peut être observé que la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a procédé à la « *mort d'un dogme* »¹³⁶⁹ en introduisant la possibilité de contester ce qui a été jugé par un jury populaire, « *alors qu'on avait tendance [jusque là] à considérer que la volonté du peuple ne pouvait être contestée* ». ¹³⁷⁰ Concernant le parquet, il sera rappelé que l'article 380-2 du Code de procédure pénale prévoit que « *le ministère public* » dispose de la faculté d'interjeter appel des décisions rendues par les cours d'assises. Il doit être précisé que, si l'article 380-2 du Code de procédure pénale vise « *le ministère public* », l'article 34 semble réserver, *de facto*, la faculté d'interjeter appel des décisions rendues par les cours d'assises au seul procureur général près la cour d'appel, ou à l'un des membres de son parquet, ce qui conduit à déclarer comme irrecevable l'appel interjeté par le procureur de la République, surtout lorsque l'appel porte sur une décision d'acquiescement, et même lorsque celui-ci l'a été sur instruction du procureur général. ¹³⁷¹ C'est précisément parce que le dispositif introduit par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 précitée ne respectait pas à proprement parler le principe de l'égalité des armes dans la mesure où la faculté reconnue au parquet de faire appel des décisions rendues par les cours d'assises se limitait aux arrêts de condamnation, ce qui excluait *de facto* les arrêts d'acquiescement, que la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a reconnu au procureur général la faculté d'interjeter appel des arrêts des cours d'assises prononçant un acquiescement. Par la faculté qui est désormais reconnue au ministère public de s'opposer à l'ensemble des décisions rendues par les juridictions de jugement, y compris les cours d'assises, que ce soit par la voie de l'appel comme du pourvoi en cassation d'ailleurs¹³⁷², le législateur confirme le renforcement des prérogatives du parquet dans la conduite de l'instance pénale.

457. – Les prérogatives du parquet devant les juridictions d'appel – L'appel provoquant un “nouveau procès”, les règles régissant le déroulement de l'audience, tant devant la cour d'assises d'appel que devant la chambre des appels correctionnels, sont identiques à celles réglementant le déroulement des audiences devant le tribunal de police, le tribunal correctionnel ou la cour

¹³⁶⁸ CA Toulouse, 21 nov. 2007 : *ibid.* En l'espèce, les magistrats de la Cour d'appel de Toulouse ont admis que le Parquet puisse interjeter appel à titre principal d'une procédure de CRPC ayant été mis en œuvre pour un délit qui n'entraînait pas dans son champ.

¹³⁶⁹ H. ANGEVIN, « Mort d'un dogme... », *JCP G.* 2000, I, 260.

¹³⁷⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n°2420.

¹³⁷¹ Cass. crim., 26 juin 2002 : *Bull. crim.* n° 145.

¹³⁷² Art. 568 C. proc. pén.

d'assises, de sorte que, a priori, le parquet dispose des mêmes prérogatives que celles dont il dispose devant les juridictions répressives du premier degré. Ainsi, en matière criminelle, il peut observé que l'article 380-1 du Code de procédure pénale impose à la cour d'assises d'appel de suivre la même procédure que celle tenue devant la cour d'assises en première instance. De sorte que le parquet retrouve exactement les mêmes prérogatives : droit de prendre des réquisitions de renvoi de l'affaire à une session ultérieure si celle-ci ne lui paraît en état d'être jugée au cours de la session au rôle de laquelle elles sont inscrites ; droit de faire entendre les personnes de son choix en qualité de témoins ou d'experts, à la condition toutefois dans ce cas que ces derniers aient reçu la charge d'accomplir certains travaux, en vue de soutenir son accusation ; droit de récuser pas plus de quatre jurés ; droit de poser directement des questions au mis en cause, aux témoins ainsi qu'à toutes les personnes appelées à la barre, à la condition d'avoir obtenu l'autorisation du président ; droit de prendre toutes les réquisitions qu'il juge utiles devant la cour d'assises, et auxquelles celle-ci est tenue de lui en donner acte et d'en délibérer. En matière correctionnelle et de police, l'article 512 du Code de procédure pénale, intégré à la section 3 - intitulée « *De la procédure devant la chambre des appels correctionnels* » - du chapitre II du titre II de livre II de la partie législative dudit Code, dispose que « *les règles édictées pour le tribunal correctionnel sont applicables devant la cour d'appel* », sous réserve de quelques dispositions particulières, dont l'une d'entre elles nous intéresse ici. Il résulte en effet des dispositions de l'article 515 que « *la cour peut, sur l'appel du ministère public, soit confirmer le jugement, soit l'infirmer en tout ou en partie dans un sens favorable ou défavorable au prévenu* », mais ne peut, « *sur le seul appel du prévenu, du civilement responsable, de la partie civile ou de l'assureur de l'une de ces personnes, aggraver le sort de l'appelant* ». Conformément au principe d'impulsion de l'instance pénale par les parties, le juge se trouve tenu par les demandes de ces dernières, de sorte qu'il doit toujours statuer « *sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». L'absence d'appel du parquet s'analyse en une absence de demande sur l'action publique, de sorte que, faute de demande en répression formulée devant la juridiction d'appel, celle-ci ne peut que refuser les prétentions de l'appelant, et confirmer ainsi la décision rendue en première instance, ou faire droit aux prétentions de l'appelant et modifier, dans un sens nécessairement plus favorable à ce dernier, la condamnation rendue en première instance. La dominante inquisitoire cède ici au profit du modèle accusatoire qui se caractérise, notamment, par le fait que ce sont les parties qui délimitent l'office du juge par le contenu des demandes qu'elles formulent devant lui. En l'absence de demande, le juge ne peut prendre l'initiative de se prononcer sur tel ou tel aspect du litige dont il n'a pas été saisi. C'est ce principe qui se trouve consacré à l'article 512 du Code de procédure pénale.

2) *Le rôle du parquet dans la conduite de l'instance en jugement accélérée*

458. – **Le rôle du parquet dans la conduite de la CRPC** – Si le parquet dispose de nombreuses prérogatives tendant à lui permettre de participer à la conduite de l'instance au stade décisoire, y compris en matière criminelle où la figure du président d'assises est pourtant omniprésente dans le déroulement des débats¹³⁷³, c'est principalement par l'introduction de la CRPC que le pouvoir du procureur de la République dans la conduite de l'instance pénale s'est considérablement accru, celui-ci se trouvant érigé en « *quasi-juge du fond* ». ¹³⁷⁴ En principe, il est entendu qu'une fois l'instance pénale introduite, le parquet ne peut plus ni se désister de son action publique, ni transiger sur cette dernière, et doit la poursuivre jusqu'à son terme naturel : l'audience pénale. Pourtant, depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, la physionomie de l'instance pénale a été profondément modifiée par l'introduction d'une nouvelle procédure de jugement rapide : la CRPC. Celle-ci permet au procureur de la République, « *pour tous les délits, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 [délits de presse, de délits d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale] et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans* », de proposer à la personne qui a préalablement reconnu sa culpabilité une peine qui, si elle l'accepte et que le président du tribunal de grande instance l'homologue, emporte les mêmes conséquences qu'un jugement de condamnation rendu par la juridiction de jugement. ¹³⁷⁵ L'introduction de la CRPC fait du parquet un « *véritable maître d'œuvre de la réponse pénale* » ¹³⁷⁶ dans la mesure où ce dernier bénéficie d'un réel pouvoir de sanction qui lui permet de personnaliser la sanction pénale qu'il entend faire appliquer, comme le ferait un magistrat du siège. Bien plus qu'une nouvelle procédure de jugement rapide, la CRPC introduit en procédure pénale française une nouvelle manière de juger. La révolution vient tout d'abord de la manière dont est désormais tranchée la question relative à la culpabilité. Dans la CRPC, celle-ci ne fait l'objet d'aucune

¹³⁷³ V° sur cette question : J.-P. DINTHILAC, « Rôle et attribution du procureur de la République ; Histoire et évolutions. Nouvelles attributions résultant de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes. Perspectives », op. cit., spec. 38.

¹³⁷⁴ En ce sens : J.-C. SAINT-PAU, Le Ministère public concurrence-t-il le Juge du siège ?, *ibid.* – D. CHARVET, Réflexions autour du plaider-coupable, *ibid.* Egal. : F. MOLINS, Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ?, in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Journées d'études Dalloz*, *ibid.*

¹³⁷⁵ La délimitation de la matière litigieuse dans le cadre de la CRPC ne peut relever que du parquet qui est à l'origine du déclenchement des poursuites et opte simplement pour une voie de jugement accélérée dans laquelle il occupe le rôle central.

¹³⁷⁶ CLEMENT G., « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 280.

discussion contradictoire entre les parties puisque cette dernière est évacuée par la reconnaissance préalable de culpabilité du mis en cause. Or, sur ce point précisément, il sera remarqué que les déclarations par lesquelles le prévenu reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies par le procureur de la République, en présence de l'avocat de l'intéressé, avec lequel celui-ci peut s'entretenir librement, hors la présence du magistrat du parquet, avant de faire connaître sa décision. La constatation de cette reconnaissance de culpabilité est effectuée par le président du tribunal ou son délégué, lors de la phase d'homologation, après que celui-ci ait pu vérifier la réalité du consentement de la personne pénalement poursuivie, comme sa sincérité. En pratique, bien que l'intervention d'un magistrat du siège conditionne la constitutionnalité de la procédure de CRPC¹³⁷⁷, comme celle de la composition pénale d'ailleurs¹³⁷⁸, celle-ci est en réalité de pure forme, et le juge homologateur jouant ici le rôle d'une « *chambre de l'enregistrement* ». ¹³⁷⁹ De fait, « *on peut douter de la suffisance des éléments probatoires susceptibles de permettre la corroboration des faits et une répression adéquate* ». ¹³⁸⁰

459. – Le recul de l'office du juge au profit de l'extension des prérogatives du parquet. –

Si la culpabilité se trouve évacuée du débat, il en va autrement de la peine, dont la détermination s'effectue en deux temps. Le premier est celui de la proposition par le procureur de la République. Le second est celui de l'acceptation ou du refus par le prévenu. Si la peine est acceptée, celle-ci devra être homologuée par le juge. Si elle est refusée, le prévenu sera alors renvoyé devant la juridiction de jugement, ou devant le juge d'instruction dans l'hypothèse où le parquet déciderait l'ouverture d'une information. Dans la CRPC, la culpabilité étant acquise, l'essentiel de la discussion entre les parties porte donc sur la détermination de la nature et du *quantum* de la sanction, ce qui induit bien l'enjeu de la CRPC, c'est la peine. Sur ce point, les prérogatives du parquet sont limitées. L'article 495-8 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « *lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue. Le procureur peut proposer qu'elle soit assortie en tout ou partie du sursis. Il peut également proposer qu'elle fasse l'objet d'une des mesures d'aménagement de peine énumérées par l'article 712-6. Si le parquet propose une peine d'emprisonnement ferme, il précise à la personne s'il entend que cette peine soit immédiatement mise à exécution ou si la personne sera convoquée devant le Jap pour que soient déterminées les modalités de son exécution, notamment la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou le placement sous surveillance électronique* », alors que « *lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à celui de*

¹³⁷⁷ Cons. Const. n°2004-492 DC du 2 mars 2004 : JORF du 10 mars 2004, 4637.

¹³⁷⁸ Cons.const., n°95-360 DC du 2 févr. 1995 : JORF du 7 févr.1995, 2097.

¹³⁷⁹ C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », op. cit., 840.

¹³⁸⁰ A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », ibid.

l'amende encourue [et] peut être assortie du sursis». Reste que si le pouvoir du parquet dans la détermination de la sanction pénale qu'il entend appliquer, avec le consentement de la personne concernée, est limité, il n'en demeure pas moins que celui-ci se voit attribuer une prérogative traditionnellement attachée à la fonction juridictionnelle, ce que confirme l'alinéa 1^{er} de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, en vertu duquel « *le procureur de la République peut proposer à la personne d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues ; la nature et le quantum de la ou des peines sont déterminés conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal* ». De fait, le rôle du juge dans le cadre de la procédure de CRPC se limite à une mission de contrôle de légalité de la procédure, surtout qu'en l'absence du procureur de la République lors de l'audience d'homologation, toute discussion contradictoire sur la peine se trouve exclue. De fait, le juge homologateur ne prononce pas la peine, il s'interroge seulement sur l'opportunité de celle qui lui est soumise, une fois qu'elle a été déterminée par les parties à l'action publique. Or, à l'instar de ce qui peut être observé à propos du contrôle relatif à la reconnaissance de culpabilité, celui effectué à propos du choix de la sanction pénale par le parquet est également purement formel en pratique, dans la mesure où des accords sont passés entre le siège et le parquet permettant à ce dernier de savoir, à l'avance, si la peine qu'il propose au prévenu, notamment en fonction de la gravité des faits reprochés, sera homologuée ou non par le juge. Ce dernier procède uniquement à « *un contrôle destiné à conférer force exécutoire à l'accord intervenu entre le parquet et le prévenu* ». ¹³⁸¹ De ce point de vue, alors que théoriquement le contrôle que le juge doit exercer dans le cadre de l'homologation de la CRPC se veut plus strict que celui exercé dans le cadre de la validation de la composition pénale, la pratique tend à démontrer qu'il n'en est rien. ¹³⁸² Il semble donc bien que l'expansion des prérogatives procédurales du parquet au stade du jugement sur l'action publique tend à faire de ce dernier un « *quasi-juge* » ¹³⁸³, ce qui emporte une restriction de l'office des magistrats du siège qui apparaissent comme un simple organe de contrôle de la légalité de la procédure de CRPC. ¹³⁸⁴

460. – L'extension de la compétence “quasi-juridictionnelle” du parquet – Depuis son introduction par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 précitée, le législateur a considérablement étendu le champ d'application de la CRPC, étendant par là-même la compétence “quasi-juridictionnelle” des magistrats du ministère public. À l'occasion de la récente loi n° 2011-1862

¹³⁸¹ A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *ibid.*

¹³⁸² En ce sens égal. : B. PEREIRA, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *ibid.*

¹³⁸³ J.-C. SAINT-PAU, « Le Ministère public concurrence-t-il le Juge du siège ? », *ibid.*

¹³⁸⁴ Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *ibid.*

du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles¹³⁸⁵, le législateur n'a pas hésité à étendre la procédure de CRPC à l'ensemble des délits, et ce quelle que soit la peine encourue, à l'exception des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans. En outre, ce texte prévoit la possibilité de recourir à une CRPC à l'issue d'une instruction. Dans sa décision n° 2011-492 DC en date du 8 décembre 2011¹³⁸⁶, le Conseil Constitutionnel a validé cette extension du champ d'application de la CRPC en renvoyant à sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004¹³⁸⁷ au motif que c'est un magistrat du siège qui homologue la qualification juridique des faits et la peine. La CRPC pourra donc désormais être proposée, en matière correctionnelle, à la fin d'une instruction, à la demande ou avec l'accord du procureur, mais également du mis en cause et de la partie civile, ce qui entraînera automatiquement la fin de la détention provisoire ou du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence sous surveillance électronique, sauf si le juge d'instruction prend une ordonnance spécialement motivée. Par ailleurs, le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale propose de moderniser la procédure criminelle suivie devant la cour d'assises en instaurant une procédure de jugement accélérée en cas de reconnaissance de culpabilité par l'auteur des faits. À ce jour, cette proposition n'a pas été consacrée *de lege lata*, mais l'extension progressive du champ d'application de la CRPC en matière délictuelle inquiète nécessairement par le fait qu'elle pourrait constituer les prémices d'une extension future en matière criminelle¹³⁸⁸ qui a été écartée jusqu'à présent malgré quelques propositions en ce sens.¹³⁸⁹

461. – Le recours à la procédure de l'ordonnance pénale – En matière contraventionnelle principalement, le parquet dispose également de la faculté d'échapper à la procédure de jugement ordinaire en recourant à une procédure de jugement accélérée qualifiée « *d'ordonnance pénale* ». ¹³⁹⁰ Codifiée aux articles 495 à 495-6 pour la matière correctionnelle¹³⁹¹, et aux articles 524 à 528-2 du Code de procédure pénale pour la matière contraventionnelle, la procédure d'ordonnance pénale

¹³⁸⁵ JORF du 14 déc. 2011, 21105.

¹³⁸⁶ Cons. Const. n° 2011-492 DC du 8 déc. 2011 : JORF du 14 déc. 2011, 21121.

¹³⁸⁷ Cons. Const. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *ibid.*

¹³⁸⁸ U. WEISS, « Pour un plaider-coupable criminel en droit français », *Gaz. Pal.* 2009, 9.

¹³⁸⁹ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, op. cit., 11^e proposition, 42.

¹³⁹⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n°881 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2300. – F. DESPORTES, L. LAZERGÈS-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°... Égal. : J. VOLFF, « L'ordonnance pénale en matière correctionnel », *D.* 2003, I, 2777.

¹³⁹¹ Textes introduits par la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles : JORF du 14 déc. 2011, 21105.

peut être mise en œuvre pour toutes les contraventions, y compris celles de la cinquième classe, même en cas de récidive¹³⁹² ainsi que les délits mentionnés à l'article 495.¹³⁹³ En matière correctionnelle comme contraventionnelle, le procureur de la République qui choisit la procédure simplifiée communique au président du tribunal correctionnel ou au juge du tribunal de police le dossier de la poursuite et ses réquisitions, afin que celui-ci statue, sans débat préalable, par une ordonnance pénale portant soit relaxe, soit condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues. Si le juge l'estime utile, il peut toutefois renvoyer le dossier au parquet aux fins de poursuite dans les formes de la procédure ordinaire. Le procureur de la République, dans les dix jours de l'ordonnance, peut toutefois former opposition à son exécution par déclaration au greffe du tribunal, et si, à l'expiration de ce délai, il n'a pas fait opposition, l'ordonnance pénale est notifiée au prévenu par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et exécutée suivant les règles prévues pour l'exécution des jugements de police. De son côté, le prévenu peut, dans un délai de trente jours en matière contraventionnelle ou quarante cinq jours en matière délictuelle, à compter de la date d'envoi de la lettre, former opposition à l'exécution de l'ordonnance. À défaut de paiement ou d'opposition dans ce délai, l'amende et le droit fixe de procédure sont exigibles. Reste que, s'il ne résulte pas de l'avis de réception que le prévenu a reçu la lettre de notification, l'opposition demeure recevable jusqu'à l'expiration du délai imparti qui court de la date à laquelle l'intéressé a eu connaissance, d'une part, de la condamnation, soit par un acte d'exécution, soit par tout autre moyen, d'autre part, du délai et des formes de l'opposition qui lui est ouverte. En cas d'opposition formée par le ministère public ou par le prévenu, l'affaire est portée à l'audience du tribunal de police ou de la juridiction de proximité dans les formes de la procédure ordinaire. Le jugement rendu par défaut, sur l'opposition du prévenu, ne sera pas susceptible d'opposition, et jusqu'à l'ouverture des débats, le prévenu pourra renoncer expressément à son opposition, ce qui conduira l'ordonnance pénale à reprendre alors sa force exécutoire. La procédure d'ordonnance pénale témoigne du recul de l'office du juge au profit du parquet dans la conduite de l'instance pénale, déjà visible dans le cas de la CRPC, et en amont de l'instance pénale par l'instauration des procédures alternatives aux poursuites dont le champ d'application ne cesse de s'étendre, précisément parce que le législateur lui offre aujourd'hui une multitude d'options procédurales lui permettant de régler le litige pénal en contournant l'audience traditionnelle. En pareille hypothèse, ce n'est plus la figure du juge qui préside au bon déroulement de l'instance pénale,

¹³⁹² Cette procédure n'est toutefois pas applicable pour les contraventions du droit du travail, et pour les contraventions de la 5^e classe, aux mineurs de 18 ans.

¹³⁹³ Liste établie par l'Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure : *JORF* du 13 mars 2012, 4553.

mais celle du procureur de la République qui devient maître de la matière litigieuse comme de la conduite de l'instance pénale, sous le contrôle restreint du juge.

462. – En conclusion – L'extension des prérogatives du parquet dans l'instance pénale illustre le rapprochement des procédures pénale et civile en mettant en lumière le fait que le juge n'a plus la maîtrise du déroulement de l'instance qu'au mieux il partage avec le parquet, ce qui est le cas dans la procédure ordinaire de jugement, au pire qu'il délègue quasiment à ce dernier en restreignant son office à celui d'une « *chambre de l'enregistrement* » des décisions prises par le procureur de la République, ce qui est nécessairement le cas lorsque le règlement du litige pénal intervient dans le cadre d'une procédure accélérée de jugement. L'analyse démontre par ailleurs que le procureur de la République dispose, non seulement de la faculté de choisir le cadre processuel dans lequel il souhaite régler le litige pénal dont il délimite les termes, mais encore de celle d'agir directement sur le déroulement de l'instance lorsqu'il opte pour une procédure de jugement ordinaire. Confirmant le redéploiement de l'office du juge au profit du parquet, le législateur permet à ce dernier de recourir à des procédures accélérées de jugement, reposant ou non sur un accord transactionnel, lui permettant de contourner l'audience classique, et les contraintes procédurales qui y sont attachées. Qu'il s'agisse de la CPRC ou de l'ordonnance pénale, dont le domaine se trouve élargi à la matière délictuelle, la maîtrise de la conduite de l'instance appartient quasi-totalement au parquet, l'office du juge se trouvant réduit, la plupart du temps, à celui d'une simple « *chambre de l'enregistrement* » des décisions du procureur de la République.

463. – Conclusion du paragraphe 1 – Que ce soit au stade de l'instruction préparatoire ou au stade de la phase décisive, l'expansion des prérogatives procédurales dévolues au parquet tendent à confirmer que le juge pénal n'a plus l'entière maîtrise du déroulement de la procédure pénale. Même si la direction de l'instruction préparatoire, comme celle de la phase décisive, continue de relever en principe de l'office du juge, le rôle croissant du parquet sur le déroulement de l'instance témoigne du renforcement de son influence sur la maîtrise de la matière litigieuse. Non seulement ce dernier dispose du pouvoir de délimiter les éléments du litige dont il saisit les juridictions répressives, que ce soit lorsqu'il ouvre l'information judiciaire par la délivrance d'un réquisitoire introductif, lorsqu'il modifie la saisine initiale du juge d'instruction par voie de réquisition supplétif, ou lorsqu'il saisit directement la juridiction de jugement, mais en plus dispose-t-il de la faculté de définir le cadre processuel dans lequel il entend inscrire la résolution du litige pénal. À ce titre, il doit être remarqué que le procureur de la République, sauf en matière criminelle où l'instruction préparatoire est obligatoire, a la faculté de décider s'il entend soumettre le litige au juge, dans le cadre d'une procédure ordinaire de jugement, où s'il entend le régler en

contournant l'audience pénale classique par le recours à une procédure pénale accélérée. Qu'il soit en pleine possession de son office ou qu'il s'impose comme une simple « *chambre de l'enregistrement* » des décisions prises par le procureur de la République, le juge n'a plus la maîtrise de l'instance. Le parquet dispose en effet de prérogatives lui permettant d'agir directement sur le déroulement de celle-ci, lorsqu'il opte pour une procédure de jugement ordinaire, mais également de la diriger quasi-intégralement lorsqu'il opte pour une procédure accélérée, le juge n'ayant que des prérogatives réduites. De ce point de vue, le déclin de la puissante figure du juge pénal dans la maîtrise du déroulement de l'instance au profit du parquet tend à démontrer la réalité de l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale.

§.2 – L'INFLUENCE DU MIS EN CAUSE SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

464. – Renforcement des droits de la défense et égalité des armes – Le redéploiement des prérogatives des magistrats du parquet dans l'instance pénale ne peut qu'entraîner, à l'aune du principe de l'égalité des armes dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁹⁴, un renforcement des droits de la défense conduisant à donner au mis en cause des prérogatives procédurales plus étendues dans l'instance pénale, et au-delà dans le procès pénal, en vue de lui permettre de se défendre « à armes égales » avec l'accusation. Ce phénomène, pour intéressant qu'il soit, tend principalement à accentuer le caractère contradictoire de la procédure pénale, mais n'explique certainement pas l'émergence d'un principe dispositif dans l'instance pénale, même si les deux mouvements peuvent parfois se rencontrer, voir se soutenir l'un l'autre. Alors que le renforcement des droits de la défense répond à une logique purement pénale sous l'influence du modèle de procès équitable européen, et tend à maintenir le mis en cause dans son rôle traditionnel, l'émergence d'un principe dispositif s'illustre, au contraire, par la mutation du rôle de la défense dans l'instance pénale qu'il emporte. Contrainte à une certaine passivité dans la conduite de l'instance pénale, qui n'appartient traditionnellement qu'au juge, l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale se manifeste justement en ce qu'elle conduit le mis en cause à s'emparer de son « procès » en y jouant un rôle actif, que ce soit au stade de l'instruction préparatoire **(A)** ou au stade du jugement **(B)**.

¹³⁹⁴ V° supra, n°...

A – L'INFLUENCE DU MIS EN CAUSE SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTRUCTION

465. – L'influence variable du mis en cause – Au stade de l'instruction préparatoire, tout mis en cause n'est pas nécessairement partie à l'instance pénale. Le droit français offre en effet plusieurs statuts possibles aux personnes pénalement poursuivies selon le degré d'implication supposé de celles-ci dans les faits objet de la poursuite. Il existe ainsi, au stade de l'instruction préparatoire, une gradation de la suspicion à laquelle répond une gradation de l'étendue des prérogatives procédurales attachées à des statuts particuliers susceptibles d'être alternativement appliqués au suspect. L'analyse fait ainsi apparaître que l'étendue des prérogatives dont le mis en cause va pouvoir bénéficier en vue d'intervenir sur le déroulement de l'information judiciaire dépend de son statut processuel **(1)**, et que de ce point de vue, seul le statut de mis en examen lui permet de jouer un rôle actif dans la conduite de l'instruction préparatoire **(2)**.

1) L'étendue des prérogatives du mis en cause définie par son statut processuel

466. – Seul le mis en examen est « partie » à l'instruction préparatoire – Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, le mis en cause¹³⁹⁵ peut avoir deux statuts juridiques au stade de l'instruction préparatoire selon le degré de suspicion qui pèse à son encontre. En l'absence d'indices graves ou/et concordants, le mis en cause est placé, en principe, sous le statut de témoin assisté, tandis qu'en présence de tels indices, celui-ci pourra - ou fera - l'objet d'une mise en examen. L'étendue des droits procéduraux dont dispose le mis en cause est circonscrite par sa statut juridique tout au long de l'information judiciaire. Selon qu'il est témoin assisté ou mis en examen, il ne disposera pas des mêmes droits procéduraux, ni des mêmes garanties, de sorte que ses capacités à intervenir dans la conduite de l'instruction préparatoire ne seront pas égales. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce n'est qu'une fois que le suspect est mis en examen que celui-ci devient un "accusé" au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹³⁹⁶, et devient en conséquence partie à l'instance se déroulant devant les juridictions de l'instruction. De ce point de vue, le statut de témoin assisté n'a en principe vocation à être appliqué qu'à l'encontre des personnes dont on peut dire qu'elles sont seulement « intéressées » à l'instruction préparatoire.¹³⁹⁷

¹³⁹⁵ L'expression "mis en cause" est entendue ici comme un synonyme de "personne pénalement poursuivie", et ne doit donc pas être confondu avec le statut de mis en cause prévu par le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, dit "rapport Léger".

¹³⁹⁶ CEDH, 20 oct. 1997, "Serres c/ France" : JCP G. 1998, I, 107, obs. Sudre.

¹³⁹⁷ En ce sens : A. GIUDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen : un nouvel équilibre ? », RSC 2001, 43. – B. BOULOC, « Le témoin, le témoin assisté, le mis en examen », RPDP 2003, 649. – Ch. GUÉRY, « De

467. – Le caractère hybride du statut de témoin assisté – L'article 80-1 du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, dispose en son alinéa 3 que, « *le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté* », étant entendu qu'une telle mise en examen n'est possible qu'à compter de l'instant où « *il existe à l'encontre des personnes des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* ». Il existe actuellement deux modes d'attribution du statut de témoin assisté. Le premier résulte des dispositions de l'article 113-2 du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 précitée, en vertu duquel, « *toute personne nommément visée par une plainte ou mise en cause par la victime peut être entendue comme témoin assisté. Lorsqu'elle comparaît devant le juge d'instruction, elle est obligatoirement entendue en cette qualité si elle en fait la demande ; si la personne est nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile, elle est avisée de ce droit lorsqu'elle comparaît devant le juge d'instruction ; [ou] mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté* » ; le second de la « *démise en examen* ». ¹³⁹⁸ Celle-ci apparaît comme la conséquence de la nullité d'un acte de procédure qui interdit de maintenir le mis en cause sous le statut de mis en examen, de la nullité même de la mise en examen, ou encore d'une demande d'octroi du statut de témoin assisté par le mis en examen s'il estime que les conditions de sa mise en examen ne sont plus réunies. Dans les deux cas, le témoin assisté va disposer d'un certain nombre de droits procéduraux et de garanties tendant à lui permettre, dans une certaine mesure, d'influer sur la conduite de l'instruction, même s'il n'est pas "accusé", ce qui explique notamment qu'il ne puisse faire l'objet d'aucune des mesures privatives ou restrictives de liberté susceptibles d'être appliquée à ce dernier, bien que son degré d'implication soit susceptible d'aller jusqu'à l'existence d'indices graves ou concordants. ¹³⁹⁹ À ce stade, le juge d'instruction peut placer le suspect sous le statut de mis en examen, mais n'y a point obligé. Ceci explique très certainement que le statut de témoin assisté tend à se rapprocher progressivement de celui de mis en examen ¹⁴⁰⁰, même s'il est vrai que, n'étant pas partie à l'information judiciaire, son statut emporte l'exclusion de certaines prérogatives accordées au mis en examen. ¹⁴⁰¹

la nécessité accrue, pour le témoin assisté, de l'être bien... », *AJ pénal* 2005, 111. V° égal. : Cass. crim., 17 janv. 2012 : *Dr. pén.* 2012, comm. 94, note Maron.

¹³⁹⁸ P. CHAMBON, Ch. GUÉRY, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, op. cit., n° 91.41.

¹³⁹⁹ L'article 113-8 du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (*JORF* du 18 mai 2011, 8537), prévoit qu'en présence d'indices graves ou concordants, le juge d'instruction ne procède à la mise en examen du témoin assisté que si celle-ci lui semble justifiée.

¹⁴⁰⁰ En ce sens : A. GIUDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen : un nouvel équilibre ? », *ibid.* ; B. BOULOC, « Le témoin, le témoin assisté, le mis en examen », *ibid.*

¹⁴⁰¹ Ch. GUÉRY, « De la nécessité accrue, pour le témoin assisté », de l'être bien..., *ibid.*

468. – La faible influence du témoin assisté sur le déroulement de l’instruction – Bien qu’il ne soit pas une partie à l’information judiciaire, le témoin assisté dispose de droits procéduraux lui permettant d’intervenir dans son déroulement. Ce dernier peut ainsi demander au juge d’instruction une confrontation avec la ou les personnes qui le mettent en cause¹⁴⁰², et à cette occasion, son avocat pourra poser, sous l’autorité du magistrat instructeur des questions ou faire des observations en vertu des dispositions de l’article 120 du Code de procédure pénale. Par ailleurs, depuis l’entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, le témoin assisté peut déposer une requête en annulation dans le respect des formes et des délais imposés par les articles 173 et suivants du même Code. Le témoin assisté peut, par ailleurs, demander le règlement de la procédure à l’issue du délai prévu par l’article 116 alinéa 8, d’obtenir notification des ordonnances de règlement, qu’il s’agisse d’un non-lieu ou d’une ordonnance de renvoi, mais également d’être avisé de la clôture de l’instruction et, au cours du premier délai, de déposer des observations écrites ainsi qu’une requête en annulation. En revanche, le témoin assisté dispose d’un droit qui a pu être qualifié de “*relatif*” par certains auteurs¹⁴⁰³, celui d’obtenir notification des conclusions expertales qui le concernent, accompagnée de la prévision d’un délai pour présenter une demande d’expertise ou de contre-expertise. Le caractère relatif de ce droit résulte de ce que le juge d’instruction n’est pas tenu à une telle notification, et il ne lui ait pas fait obligation de répondre à une telle demande par une ordonnance motivée dont le témoin assisté pourrait faire appel. En revanche, le refus du magistrat instructeur d’accomplir les actes demandés par le témoin assisté peut lui ouvrir la voie de l’appel devant la chambre de l’instruction. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le témoin assisté demande à être confronté avec les personnes qui le mettent en cause. L’article 81, alinéa 11, du Code de procédure pénale permet au témoin assisté, en cas de refus du juge d’instruction, de saisir la chambre de l’instruction. Pareillement, l’article 113-3, alinéa 2, l’autorise à présenter une requête en annulation, ce qui semble logique dès lors qu’il est, aux termes de l’article 175, alinéa 5, avisé de la fin de l’information judiciaire et peut encore, à cette occasion, présenter une requête en nullité ou une demande de confrontation devant la chambre de l’instruction. Enfin, l’article 197-1 l’autorise à intervenir devant la chambre de l’instruction, par l’intermédiaire de son avocat, dans le cas où il est interjeté appel d’une ordonnance de non-lieu. Concernant les cas de nullité dont le témoin assisté peut se prévaloir, il doit être observé que celles-ci relèvent du contentieux général des nullités. Autrement dit, le témoin assisté ne peut déposer une requête en nullité qu’à l’encontre des actes de procédure qui, méconnaissant une formalité substantielle, portent atteinte à ses

¹⁴⁰² Art. 113-3 al. 2 du Code de procédure pénale

¹⁴⁰³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1736.

intérêts. Tel est le cas, par exemple, lorsque ses droits ne lui ont pas été notifiés ou qu'il a été entendu sans que son avocat ait été convoqué dans les délais et formes prévus par l'article 113 du Code de procédure pénale. Si le législateur accorde au témoin assisté la faculté de présenter des requêtes en nullité, celui-ci peut, s'il le souhaite, renoncer à se prévaloir des irrégularités de procédure, et cela pourra d'ailleurs être parfois dans son intérêt. L'on peut de ce point de vue s'interroger sur la pertinence de la modification apportée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, dans la mesure où, comme le font remarquer MM. Chambon et Guéry, « *il faut en effet que le témoin assisté soit bien prévoyant pour agir dans une affaire où aucune « charge » ne lui a encore été notifiée* ». ¹⁴⁰⁴ Bien qu'il ne soit pas dépourvu de prérogatives procédurales lui permettant d'assurer sa défense *a minima* dans l'instruction préparatoire, le témoin assisté ne dispose pas de prérogatives lui permettant de jouer un rôle actif dans la conduite de l'instance, et ainsi s'appropriier le « procès ». Cette situation est logique dans la mesure où le témoin assisté n'est pas partie à l'information judiciaire, tout simplement parce qu'il n'est pas un "accusé" au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De ce point de vue, la seule prérogative lui permettant de pouvoir jouer un rôle actif dans la conduite de l'instruction préparatoire : c'est la demande de mise en examen.

469. – Le rôle processuel du mis en cause dans sa mise en examen – Actuellement, le Code de procédure pénale prévoit deux modes d'attribution du statut de mis en examen. Le premier tient de l'initiative du juge d'instruction qui, en présence d'indices graves ou concordants, dispose de la faculté de mettre le mis en cause, souvent témoin assisté, en examen. ¹⁴⁰⁵ Il s'agit là d'une faculté pour le juge d'instruction qui se transforme en obligation lorsque ce dernier est en présence d'indices graves et concordants. ¹⁴⁰⁶ Par la mise en examen, le juge d'instruction notifie donc à une personne qu'il existe, selon lui, « *des indices laissant présumer qu'elle a participé, comme auteur ou complice, aux faits dont il est saisi* ». ¹⁴⁰⁷ Toute la difficulté pour le magistrat instructeur tient en ce que la mise en examen ne doit pas être hâtive ou injustifiée - au risque d'être frappée de nullité -, mais sans pour autant apparaître comme tardive, car dans ce cas aussi, c'est la nullité de la mise en examen qui sera encourue. ¹⁴⁰⁸ Le second mode d'attribution du statut de mis en examen relève de l'initiative du mis en cause qui dispose du droit de demander, à tout moment de la procédure,

¹⁴⁰⁴ P. CHAMBON, Ch. GUÉRY, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, op. cit., n° 83.32.

¹⁴⁰⁵ Ch. GUÉRY, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G.* 1998, I, 140. V°. égal. : du même auteur, « La mise en examen depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 », *JCP G.* 2001, I, 359.

¹⁴⁰⁶ Art. 105 C. proc. pén.

¹⁴⁰⁷ Art. 80-1 al. 1^{er} C. proc. pén.

¹⁴⁰⁸ Sur ces questions, V°. : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1746 ; n° 1749.

lors d'une audition ou par lettre recommandée avec avis de réception, d'être mis en examen, ce qui a pour effet de lui conférer *ipso facto* le statut de mis en examen.¹⁴⁰⁹ Il faut bien comprendre que si le statut de mis en examen présente des inconvénients, notamment parce que la personne placée sous un tel statut peut faire l'objet de mesures privatives ou restrictives de liberté - telle que la détention provisoire ou le contrôle judiciaire - il présente de grands avantages en ce qu'il confère le statut de partie à l'information judiciaire, et permet donc au mis en cause de participer activement à la conduite de l'instruction préparatoire, à armes égales avec le parquet et la partie civile, lui offrant ainsi l'opportunité, non seulement de se défendre, mais plus encore de maîtriser la matière litigieuse en participant à la conduite de l'instance, à l'instar du défendeur dans le procès civil.

2) *L'étendue des prérogatives du mis en examen dans la conduite de l'instruction*

470. – L'autonomie du juge d'instruction dans la conduite de l'instruction limitée au profit du mis en examen – Aux côtés du parquet et de la partie civile, le mis en examen, défendeur à l'action publique comme aux actions privées exercées par la victime constituée partie civile, dispose actuellement de droits procéduraux lui permettant de participer activement à la maîtrise du litige. À ce titre, il doit être observé que l'article 116 du Code de procédure pénale impose au juge d'instruction, dès la première comparution, de porter à la connaissance de la personne qui vient d'être mise en examen les faits ou la qualification juridique des faits qui lui sont reprochés, et dans l'hypothèse où ces faits ou qualifications diffèrent de ceux qui lui ont déjà été notifiés, il doit l'informer de ses droits de formuler des demandes d'actes ou des requêtes en annulation sur le fondement des articles 81, 82-1, 82-2, 156 et 173 du Code de procédure pénale. Ces requêtes en annulation devront toutefois intervenir durant le déroulement de l'information, et avant l'expiration du délai d'un mois ou de trois mois prévu par le troisième alinéa de l'article 175, sous réserve des dispositions de l'article 173-1, d'une part, mais également, « *s'il estime que le délai prévisible d'achèvement de l'information est inférieur à un an en matière correctionnelle ou à dix-huit mois en matière criminelle, le juge d'instruction donne connaissance de ce délai prévisible à la personne et l'avise qu'à l'expiration dudit délai, elle pourra demander la clôture de la procédure en application des dispositions de l'article 175-1. Dans le cas contraire, il indique à la personne qu'elle pourra demander, en application de ce même article, la clôture de la procédure à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en matière criminelle* », d'autre part.¹⁴¹⁰ Par son contenu même, l'article 116 du Code de procédure

¹⁴⁰⁹ Art. 113-6 C. proc. pén.

¹⁴¹⁰ Art. 116, al. 5, C. proc. pén.

pénale illustre déjà la restriction de l'autonomie du juge d'instruction dans la conduite de son information judiciaire par le renvoi auquel il procède aux articles 81, 82-1, 82-2, 156 et 173 du Code de procédure pénale¹⁴¹¹, d'une part, mais également par le fait qu'il octroie au mis en examen la faculté de demander la clôture de l'instruction préparatoire à l'issue d'un délai fixé par le juge d'instruction, ou d'un délai déterminé par la loi en fonction de la nature de l'infraction poursuivie.

471. – Les prérogatives du mis en examen dans la conduite de l'instruction préparatoire et la délimitation de la matière litigieuse – Pour ce qui nous intéresse ici, c'est bien évidemment le contenu des articles 81, 82-1, 82-2, 156 et 173 du Code de procédure pénale qui attire notre attention, ces textes ayant pour effet, par les prérogatives qu'ils comportent, de donner au mis en examen un rôle d'*ordonnateur* dans l'instruction du procès pénal. Ils permettent au mis en examen, tout d'abord, de saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit « *prescrit un examen médical, un examen psychologique ou [à ce qu'il soit] ordonné toute mesure utile* »¹⁴¹² et « *procédé à [son] audition ou à [son] interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par [les parties] d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui [lui] paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* »¹⁴¹³, étant entendu que « *lorsque la personne mise en examen saisit le juge d'instruction, en application des dispositions de l'article 82-1, d'une demande tendant à ce que ce magistrat procède à un transport sur les lieux, à l'audition d'un témoin, d'une partie civile ou d'une autre personne mise en examen, elle peut demander que cet acte soit effectué en présence de son avocat* ». ¹⁴¹⁴ L'article 156 du Code de procédure pénale permet au mis en examen, « *dans le cas où se pose une question d'ordre technique* » de demander au juge d'instruction d'ordonner une expertise, en précisant dans sa demande, s'il le souhaite, les questions qu'il voudrait voir poser à l'expert ». Si le mis en examen ne peut encore s'emparer totalement de l'instruction préparatoire par une demande générale d'investigation, le législateur imposant que la requête en demande d'actes soit formulée par écrit, motivée, et qu'elle ne porte que sur des actes déterminés, le rôle actif que la loi attribue au mis en examen dans la conduite de l'instruction préparatoire est renforcée par la lettre même de l'article 82-1 du Code de procédure pénale qui fait obligation au magistrat instructeur, s'il n'entend pas faire droit à la demande d'actes formulée par le mis en examen, de rendre une ordonnance motivée, au plus tard dans un délai d'un mois, qui s'il n'est pas respecté permet au mis en examen de saisir directement le président de la

¹⁴¹¹ V° infra n°...

¹⁴¹² Art. 81 C. proc. pén.

¹⁴¹³ Art. 81-2 C. proc. pén.

¹⁴¹⁴ Art. 82-2 C. proc. pén.

chambre de l'instruction. En permettant au mis en examen de formuler des demandes d'actes d'investigation au juge d'instruction, le législateur affaiblit nécessairement le rôle d'*ordonator* traditionnellement attribué au magistrat instructeur, et atténue de manière significative la domaine inquisitoire de notre procédure pénale à ce stade de l'instance pénale, au profit du modèle accusatoire qui tend à faire du procès « *la chose des parties* ». ¹⁴¹⁵ De fait, le juge d'instruction ne dispose plus aujourd'hui de la même latitude dans la conduite de l'instruction préparatoire qu'auparavant, son rôle d'*ordonator* étant aujourd'hui partagé avec les parties à l'action publique, ce qui tend progressivement à faire de lui un organe neutre disposant d'un pouvoir de *juridictio* dans l'instruction du procès pénal qui n'est pas sans rappeler le juge de la mise en état du procès civil. ¹⁴¹⁶ L'argument nous semble d'autant plus pertinent que, à l'instar de ce que nous avons pu observer à propos du parquet, le juge d'instruction est tenu d'expliquer au sein d'une décision juridictionnelle motivée, en quoi l'acte sollicité par le mis en examen ne lui semble pas nécessaire à la manifestation de la vérité. ¹⁴¹⁷ Or, c'est parce qu'elle est une décision juridictionnelle que l'ordonnance par laquelle le magistrat instructeur refuse l'accomplissement d'un acte demandé par le mis en examen ouvre droit pour ce dernier à l'exercice d'une voie de recours qui lui permettant de contester cette dernière, comme d'autres décisions prises par le juge d'instruction d'ailleurs qui n'iraient pas dans le sens de ses intérêts. En d'autres termes, sauf à pouvoir justifier réelle de la pertinence de son refus, le magistrat instructeur se voit contraint de diligenter les actes demandés par le mis en examen. Par ailleurs, il peut être observé que le mis en examen dispose également de la faculté de demander la clôture de l'information judiciaire dans les délais fixés par le juge d'instruction dès le début de l'instruction préparatoire sur le fondement de l'article 175-1 du

¹⁴¹⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 516.

¹⁴¹⁶ Le principe dispositif caractérise la dominante accusatoire de la procédure civile, notamment au stade de la mise en état, mais la réforme opérée par les décrets n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile (*JORF* du 22 août 2004, 15032. V° not. : Y.-M. SERINET, « Les nouveaux pouvoirs du juge de la mise en état », *JCP G.* 2005, I, 125) et n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile (*JORF* du 29 déc. 2005, 20350). V° not. : R. PERROT, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 4. – N. FRICERO, « Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 : pour un nouveau procès civil ? », *Dr. et proc.* 2006, 68. – VILLACÈQUE, « À propos du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », *D.* 2006, I, 539. – S. AMRANI-MEKKI, E. JEULAND, Y.-M. SERINET, L. CADIET, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? - À propos du décret « procédure », *JCP G.* 2006, I, 146) ont renforcé son caractère inquisitoire en augmentant de manière significative les pouvoirs du juge de la mise en état en vue de faire de lui un véritable « *gestionnaire de l'instruction civile* » (R. PERROT, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », op. cit., n° 15). Il serait toutefois abusif de voir en lui une sorte de "*juge d'instruction des affaires civiles*" dès lors que le principe dispositif continue de s'exprimer avec force dans la phase de mise en état. Comme l'on souligné certains auteurs, « *le renforcement des pouvoirs du juge peut être un excellent objectif à atteindre dans la mesure où l'on ne dépassera pas un certain seuil [et] où l'on continuera à admettre que la responsabilité de la conduite du procès doit être l'objet d'une concertation permanente entre le juge et les conseils des parties* » (J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 27^e éd., coll. Précis droit privé, Dalloz, 2003, n° 538). V° égal. : X. MARCHAND, X. VUITTON, *juris-classeur procédure civile*, fasc. 222, V° *Juge de la mise en état*. – S. GUINCHARD, C. CHANAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 1001. – L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 895.

¹⁴¹⁷ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, coll. Systèmes Droit, LGDJ, 2005, 168-169.

Code de procédure pénale, ou en application du même texte, à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en matière criminelle.

472. – La maîtrise de la matière litigieuse et du déroulement de l'instance par l'action en nullité – Le mis en examen dispose de la faculté de demander à la chambre de l'instruction l'annulation des actes frappés de nullité sur le fondement de l'article 173 du Code de procédure pénale, à la condition toutefois que la requête en annulation ne porte pas sur des actes de procédure pouvant faire l'objet d'un appel de la part des parties. L'intérêt de la requête en annulation pour le mis en examen réside dans le fait qu'il va pouvoir faire exclure du débat judiciaire des actes ou pièces de procédure comportant des éléments de preuve conditionnant l'existence de certains faits, et partant lui permettre de discuter la qualification pénale retenue par le parquet ou le juge d'instruction. De fait, par la requête en annulation, le mis en examen peut réellement agir sur la matière litigieuse, jusqu'à l'anéantir totalement lorsque l'annulation d'un acte ou d'une pièce de procédure conduit à vider totalement l'accusation de sa substance. L'ensemble des droits procéduraux attachés au statut de mis en examen fait apparaître que ce dernier est réellement mis en mesure de participer activement à la délimitation des éléments du litige, mais également à la conduite de l'instruction préparatoire. Ces droits ne tendent pas seulement à permettre au mis en examen de se défendre, ils lui permettent de circonscrire la matière litigieuse, d'en redéfinir les contours, voir de l'anéantir par les éléments de preuve qu'il va pouvoir fournir *via* les actes demandés au juge d'instruction pour fonder ses allégations et en démontrer la véracité, ou par l'exclusion de certains d'entre eux qu'il pourra obtenir en introduisant devant la chambre de l'instruction une requête en annulation d'actes ou de pièces de procédure frappés de nullité. L'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale se confirme ici encore par le fait que l'ensemble des droits procéduraux évoqués démontre que l'instruction préparatoire n'est plus seulement la « *chose du magistrat instructeur* » qui s'en trouve chargé, mais également, aux côtés du parquet, celle de la personne mise en examen.

473. – La faculté de s'opposer aux décisions rendues par le juge d'instruction. – Au-delà des droits procéduraux dont il dispose aux titres des dispositions évoquées précédemment, le mis en examen dispose de la faculté de manifester sa maîtrise de la conduite de l'instance par l'exercice de voies de recours à l'encontre des décisions prises par le juge d'instruction. Une formule traditionnelle de la chambre criminelle définit le droit d'appel reconnu aux parties privées à l'instruction préparatoire comme « *un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension* »¹⁴¹⁸, et effectivement, il résulte des dispositions de l'article 186 du Code de procédure pénale que le mis

¹⁴¹⁸ Cass. crim., 25 juill. 1983 : *Bull. crim.* n° 225.

en examen ne peut interjeter appel que de certaines décisions rendues par le juge d'instruction dont la liste figure au sein de ce texte. Toutes ne nous intéressent dans le cadre de notre étude. Nous limiterons donc notre propos aux recours illustrant la maîtrise du déroulement de l'instruction préparatoire par le mis en examen. Naturellement, la faculté qui lui est reconnue de contester sa mise en examen « à l'issue d'un délai de six mois après la mise en examen et tous les six mois suivants » dès lors que les conditions de celles-ci ne sont plus remplies, et « demander au juge d'instruction de revenir sur sa décision et de lui octroyer le statut de témoin assisté »¹⁴¹⁹ témoigne de ce que le mis en cause n'est pas seulement dans une posture neutre de défense, mais bien dans une posture offensive lui permettant de demander sa démise en examen si tel est son intérêt. Cette disposition illustre le fait que le mis en cause participe au choix de son statut, dans les limites des conditions fixées par la loi bien entendu. Ainsi, le Code de procédure pénale ne le contraint pas à demander sa démise en examen, mais lui permet de le faire. Au mis en cause d'apprécier l'opportunité ou non de bénéficier du statut de mis en examen en procédant à un bilan coûts/avantages au regard de sa situation. Le mis en examen peut s'opposer à l'intervention d'une partie civile dans l'instruction préparatoire en contestant sa constitution de partie civile¹⁴²⁰, celle étant susceptible de nuire à ses intérêts en modifiant les éléments du litige, mais également en orientant l'instruction préparatoire dans un sens défavorable en participant activement à son déroulement.¹⁴²¹ Le mis en examen peut également interjeter appel des ordonnances de renvoi devant les juridictions de jugement en matière contraventionnelle ou correctionnelle, ou des ordonnances de mise en accusation devant la cour d'assises, ou encore des ordonnances par lesquelles le juge d'instruction refuse un complément d'expertise ou une contre expertise. Concernant les premières, la faculté octroyée au mis en examen constitue une ultime chance pour ce dernier d'exercer encore de son influence sur le déroulement de l'instruction préparatoire pour faire modifier la qualification pénale des faits retenue par le juge d'instruction au terme de son information judiciaire. Sur ce point, il doit être remarqué que, par renvoi de l'article 186 aux articles 179 et 181, l'appel du mis en examen à l'encontre des ordonnances de renvoi ou de mise en accusation prises par le juge d'instruction sont réservées à la matière correctionnelle et criminelle. En effet, eu égard à la faiblesse des sanctions pénales encourues, le législateur a fermé la voie de l'appel à l'encontre des ordonnances de renvoi en matière contraventionnelle. Il convient toutefois d'observer que le faculté pour le mis en examen de contester la qualification pénale retenue par le juge d'instruction aux termes de son information judiciaire se trouve

¹⁴¹⁹ Art. 80-1-1 C. proc. pén. Une telle demande peut également être formulée « dans les dix jours qui suivent la notification d'une expertise ou un interrogatoire au cours duquel la personne est entendue sur les résultats d'une commission rogatoire ou sur les déclarations de la partie civile, d'un témoin, d'un témoin assisté ou d'une autre personne mise en examen ».

¹⁴²⁰ Art 87 C. proc. pén.

¹⁴²¹ V° infra, n°...

restreinte par le fait que l'article 186 du Code de procédure pénale donne au président de la chambre de l'instruction un pouvoir de filtrage qui peut faire échec à l'examen de son appel devant la chambre de l'instruction. C'est parce qu'il a pour mission de veiller à la célérité du règlement des procédures que, d'une manière générale, le président de la chambre de l'instruction peut s'opposer à ce qu'une partie ne retarde ce règlement en usant de procédés dilatoires ou, du moins, de voies de droit manifestement vouées à l'échec.¹⁴²² Le pouvoir de filtrage du président de la chambre de l'instruction emprunte en réalité trois formes. La première est celle de la déclaration de non-admission, qui relève d'une appréciation purement formelle de la recevabilité de l'appel. La seconde est celle du constat du désistement d'appel par le mis en examen lorsque survient avant la saisine de la chambre de l'instruction. Le troisième, et celle qui a vocation à nous intéresser ici, tient en un véritable filtrage au fond de l'appel des ordonnances rejetant les demandes d'actes formulées par le mis en examen sur le fondement des articles 81 et 82-1 du Code de procédure pénale, et au terme duquel le président de la chambre de l'instruction décide par ordonnance motivée, dans les huit jours de la réception du dossier, s'il y a lieu ou non de saisir la chambre.¹⁴²³ Par ailleurs, il peut être observé que la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 précitée permet également au mis en examen de frapper d'appel les ordonnances statuant sur les réquisitions de dessaisissement du juge d'instruction au profit d'une juridiction spécialisée en matière économique et financière¹⁴²⁴ ou d'une juridiction interrégionale spécialisée en matière de criminalité organisée¹⁴²⁵, ce qui induit bien souvent une aggravation de la qualification pénale retenue. Enfin, le souci du législateur de 2004 de régler en amont de l'audience pénale devant les juridictions de jugement les conflits de compétence l'a conduit à reconnaître au mis en examen la faculté de faire appel des ordonnances de renvoi devant le tribunal correctionnel, qualifiée de "*disqualifiantes*", ce qui est le cas lorsque les faits de la cause sont susceptibles de recevoir une qualification criminelle. C'est donc désormais la chambre de l'instruction, par arrêt définitif, ou la Cour de cassation, dans l'hypothèse d'un pourvoi, qui est amenée à régler les questions de compétence, ce qui signifie qu'elles ne peuvent plus être soulevées devant la juridiction de jugement. En interjetant appel des décisions prises le juge d'instruction, le mis en examen exerce assurément une influence certaine sur la délimitation de l'objet du litige pénal. Par l'éventuelle censure de certaines d'entre elles par la chambre de l'instruction, il est à même de faire exclure

¹⁴²² H. ANVEGIN, *Juris-classeur procédure pénale*, V° *Chambre de l'instruction – pouvoirs du président*, n°88.

¹⁴²³ Il convient par ailleurs de rappeler que la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, en ayant fait basculer l'appel des ordonnances refusant un complément d'expertise ou une contre expertise au sein de l'article 186 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, par modification de l'article 167 alinéa 4 du même Code, a, de fait, supprimé le filtrage du président de la chambre de l'instruction concernant ce dernier.

¹⁴²⁴ Art. 705-2 C. proc. pén.

¹⁴²⁵ Art. 706-78 C. proc. pén.

du débat judiciaire certains faits, de modifier la qualification pénale des faits, et même de mettre tout simplement fin à l'instruction préparatoire en provoquant la disparition des éléments fondant la matière litigieuse.

474. – L'opposition aux décisions de la chambre de l'instruction par l'exercice du pourvoi

en cassation – Pour pouvoir former un pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt rendu par une chambre de l'instruction, le demandeur doit avoir la qualité de partie à l'information judiciaire. Tel est le cas du mis en examen qui peut ainsi se pourvoir en cassation à l'encontre de toutes les décisions rendues par la chambre de l'instruction, dès lors que celles-ci lui font grief. Il en est ainsi bien évidemment des arrêts statuant sur sa liberté, mais également des arrêts attributifs de compétence, ce qui est le cas des arrêts de mise en accusation devant la cour d'assises par exemple¹⁴²⁶, mais pas des arrêts de renvoi devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, ceux-ci pouvant apprécier, en principe, leur propre compétence.¹⁴²⁷ Il résulte de la lettre même de l'article 567 du Code de procédure pénale que les arrêts de la chambre de l'instruction « *peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies* ». Si les règles du pourvoi en cassation contre les décisions de jugement au fond semblent applicables aux arrêts rendus par la chambre de l'instruction, quelques spécificités doivent être toutefois signalées. Tout d'abord, seul les arrêts au fond peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Ceci tend à exclure *de facto* les mesures d'administration judiciaire qui n'ont pas une nature juridictionnelle, mais également de certains arrêts avant-dire droit. Concernant ces derniers, en principe, le pourvoi n'est pas immédiatement recevable, et devra être intenté avec le pourvoi contre l'arrêt au fond, sauf dans l'hypothèse où l'arrêt avant-dire droit met fin à la procédure - ce qui sera le cas si l'arrêt déclare l'action publique prescrite ou que la chambre de l'instruction s'est déclarée incompétente - ou que le demandeur a obtenu du président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, soit une décision d'admission d'office dans l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice lorsque le demandeur a cru, à tort, que l'arrêt attaqué avait mis fin à la procédure, soit une déclaration de recevabilité immédiate dès lors que le demandeur a déposé dans les délais du pourvoi une requête en ce sens. Reste que l'article 570, alinéa 3, du Code de procédure pénale interdit aux parties d'introduire une telle requête à l'encontre des arrêts statuant sur le refus du juge d'instruction d'accomplir les actes de procédure demandés par les

¹⁴²⁶ Art. 594 C. proc. pén.

¹⁴²⁷ En pareille hypothèse, le pourvoi en cassation sera néanmoins recevable dans le cas où l'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction a statué sur la compétence ou comporte des dispositions définitives que le tribunal n'a pas le pouvoir de modifier, ce qui sera le cas par exemple de l'arrêt de renvoi rendu sur le seul appel de la partie civile contre l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction.

parties ou de ceux statuant sur le défaut du magistrat instructeur d'avoir répondu à une telle demande dans le délai imposé par l'article 82-1 du Code de procédure pénale. De fait, l'on voit bien là encore que, par la faculté qui est reconnue au mis en examen de faire contrôler les décisions prises par le juge d'instruction, ce dernier manifeste son influence croissante sur le déroulement de l'information judiciaire en n'apparaissant plus comme la figure d'une défense contrainte à une certaine passivité dans la conduite de l'information judiciaire par le seul fait qu'elle appartiendrait au juge d'instruction, mais plutôt comme un véritable *ordonator*.

475. – En conclusion – L'accroissement des prérogatives procédurales dévolues au mis en cause au stade de l'instruction préparatoire confirme le déclin du « *lieutenant-criminel* » de la procédure inquisitoire au profit de l'avènement d'un « *juge de la mise en état des affaires pénales* ». La faculté reconnue au seul mis en cause placé sous le statut de mis en examen, et non au mis en cause placé sous le statut de témoin assisté, de participer activement à la conduite de l'information judiciaire en vue de lui permettre de maîtriser la matière litigieuse dans l'intérêt de sa défense, témoigne de l'affaiblissement du caractère inquisitoire de notre procédure pénale, et du renforcement de son caractère accusatoire du fait de l'émergence d'un véritable principe dispositif dans l'instance pénale en répression. Le mis en cause dispose ainsi de la faculté de formuler des demandes d'actes d'investigation que le juge d'instruction ne pourra que difficilement refuser dès qu'elles sont motivées, ce qui n'est pas imposer au parquet ; de contester la quasi-totalité des décisions prises par ce dernier devant la chambre de l'instruction, dont il peut également attaquer les décisions devant la chambre criminelle de la Cour de cassation ; de demander l'annulation des actes de procédure entachés de nullité ne pouvant pas faire l'objet d'un appel des autres parties, celui-ci endosse à l'évidence le rôle d'*ordonator* traditionnellement attribué au magistrat instructeur, ce qui tend à confirmer l'idée que l'instruction préparatoire n'est plus seulement « *la chose du juge d'instruction* », mais également « *la chose des parties* ». ¹⁴²⁸

B – L'INFLUENCE DU MIS EN CAUSE SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE EN JUGEMENT

476. – L'influence du cadre de processuel – L'éventail des voies procédurales offertes au parquet pour régler le litige ne s'est pas seulement élargi en amont de l'instance pénale, il s'est également élargi au sein même de l'instance pénale. Aux côtés des procédures ordinaires de jugement, le législateur a instauré un certain nombre de procédures de jugement accélérées permettant de contourner l'audience pénale classique en recourant, soit à un accord transactionnel, soit à un accord tacite du justiciable dans le renoncement des garanties

¹⁴²⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 516.

fondamentales entourant traditionnellement la décision juridictionnelle. De fait, l'étendue des prérogatives procédurales permettant au mis en cause d'influer sur le déroulement de l'instance pénale varie selon le cadre processuel dans lequel s'inscrit l'élaboration de la décision de justice. Toutefois, il peut être observé que l'extension des prérogatives octroyées au mis en cause dans la conduite de l'instance pénale se constate aussi bien dans le cas de la procédure de jugement ordinaire (1) que dans celui des procédures accélérées (2).

1) *Les prérogatives du mis en cause dans l'instance en jugement ordinaire*

477. – Le rôle du mis en cause dans la conduite de l'instance en jugement – Il peut paraître extrêmement curieux, pour ne pas dire douteux, d'affirmer ici que le mis en cause disposerait d'une quelconque faculté lui permettant d'influer sur la conduite ou le déroulement de l'instance pénale à son stade décisoire. En effet, contrairement au parquet qui initie l'instance pénale, le mis en cause ne fait que la subir, de sorte que l'on peine à voir quelle sorte d'influence il pourrait exercer sur son déroulement. Pourtant, le Code de procédure pénale permet au prévenu de participer activement à l'élaboration de la décision de justice qui le concerne, et ainsi maîtriser la matière litigieuse au stade décisoire. Il peut le faire tout d'abord en agissant sur le cadre procédural entourant l'élaboration du jugement pénal, notamment en proposant au parquet un contournement du procès pénal classique en échange de sa reconnaissance de culpabilité pour certains faits objet de la poursuite. Il peut le faire également en ne contestant pas la correctionnalisation judiciaire des faits. Il manifeste encore sa maîtrise des éléments du litige en usant des nombreuses prérogatives procédurales dont il dispose devant la juridiction de jugement pour soulever la nullité d'actes de procédure et orchestrer l'instruction de son affaire lors de l'audience pénale, ou en exerçant des voies de recours lui permettant de discuter de nouveau les faits, comme leur qualification pénale, devant la juridiction d'appel.

478. – La faculté de soulever la nullité des actes de procédure viciés devant la juridiction de jugement *in limine litis* – Il résulte des dispositions de l'article 385 du Code de procédure pénale, applicable en matière délictuelle devant le tribunal correctionnel comme en matière contraventionnelle devant le tribunal de police, par renvoi de l'article 522 du même Code, qu'en principe, il n'y a qu'en l'absence d'instruction préparatoire que le prévenu peut soulever devant la juridiction de jugement les exceptions tirées de la nullité de la procédure antérieure. Si la cour d'assises ou le tribunal se trouve saisi par renvoi d'une juridiction d'instruction, deux situations doivent être distinguées. La première est celle dans laquelle un vice affecte directement l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi qui saisit la juridiction de jugement. Dans ce cas, celle-ci renvoie

la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction afin que la procédure soit régularisée. La seconde est celle dans laquelle l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction a été rendue sans que les conditions prévues par l'article 175 du Code de procédure pénale aient été respectées. Dans ce cas, le prévenu peut soulever, devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, les nullités de la procédure antérieure. Dans tous les cas, les exceptions de nullité doivent être soulevées *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond¹⁴²⁹, qu'il s'agisse de nullités touchant à l'ordre public ou substantielles.¹⁴³⁰ Elle s'applique également à tous les stades de la procédure, la jurisprudence ayant déjà considéré que « *selon l'article 385 du code de procédure pénale, les exceptions de nullité de la procédure ne peuvent être présentées pour la première fois en cause d'appel après un débat au fond devant le tribunal* ». ¹⁴³¹ Récemment, l'intérêt de soulever des nullités de procédure devant la juridiction de jugement a éclairé d'un jour nouveau la procédure de CRPC. L'absence de rituel judiciaire entourant cette dernière peut conduire, outre à une défaillance de compréhension de la condamnation pénale ainsi prononcée - celle-ci n'apparaissant pas comme un "véritable procès" -, elle brouille, même du côté des avocats, les repères traditionnels de l'audience pénale. Ainsi, l'on a pu constater que certains ont tendance à reporter l'exercice des droits procéduraux du mis en cause devant la chambre des appels correctionnels, plutôt que de les mettre en œuvre devant le juge de l'homologation. La chambre criminelle de la Cour de cassation est venue censurer une telle pratique, dans la mesure où selon elle, « *un débat au fond s'instaure devant le président du tribunal correctionnel, lequel, après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, s'il décide d'homologuer la proposition du procureur de la République, constate notamment que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits reprochés et accepte la ou les peines proposées* ». ¹⁴³² La décision nous a surpris dès lors que l'on peine à voir dans le contrôle de légalité formel, opéré par le président du tribunal correctionnel dans la cadre de l'audience en homologation, l'existence d'un véritable "débat au fond". En effet, après un entretien avec le procureur de la République dans un bureau au sein du tribunal de grande instance, l'audience d'homologation consiste bien pour le prévenu à comparaître dans une salle d'audience bien souvent déserte, voir le plus souvent un bureau dont la porte est laissée ouverte pour garantir le respect de publicité imposé par le Conseil Constitutionnel, en face d'un juge qui s'affranchit dans la grande majorité des cas du costume judiciaire traditionnel, et qui règle la question de la validité de l'accord de CRPC en quelques minutes seulement, aux termes d'une interrogation succincte et qui apparaît, pour le mis en cause, davantage comme une formalité administrative qu'un véritable

¹⁴²⁹ Cass. crim., 14 mai 2008 : *Bull. crim.*, n° 113.

¹⁴³⁰ Cass. crim., 6 juill. 1993 : *Bull. crim.*, n° 243.

¹⁴³¹ Cass. crim., 14 mai 2008 : *ibid.*

¹⁴³² Cass. crim., 22 févr. 2012 : *Bull. crim.*, n° 177.

examen au fond du dossier de la procédure. Faut-il s'étonner dès lors que certains avocats aient pensé devoir interjeter appel de l'ordonnance d'homologation pour soulever les exceptions de nullité affectant la procédure devant la chambre des appels correctionnels ? Nous ne le pensons pas. Bien évidemment, à l'instar de ce que nous avons pu constater au stade de l'instruction préparatoire, en soulevant la nullité de certains actes ou pièces de la procédure, le prévenu peut non seulement parvenir à modifier la qualification pénale des faits retenus, mais encore modifier la matière litigieuse en provoquant l'exclusion de certains faits du débat judiciaire, jusqu'à parfois faire disparaître cette dernière.

479. – La participation du mis en cause à l'instruction de l'affaire devant les juridictions de jugement

– La grande majorité des affaires pénales traitées par les juridictions de jugement ne font pas l'objet d'une instruction préparatoire, sauf en matière criminelle puisqu'elle y est obligatoire. De fait, c'est lors de l'audience de jugement devant le tribunal correctionnel, le tribunal de police ou la juridiction de proximité, que l'instruction du dossier s'effectue concrètement. Cette situation est franchement problématique car, en règle générale, la juridiction de jugement ne dispose que de quelques éléments de preuve (aveu, témoignages, constatations, *etc.*), en général exclusivement à charge, recueillis par les enquêteurs. Ceci explique que plusieurs dispositions du Code de procédure pénale permettent au mis en cause, lors de l'audience pénale, de pallier les insuffisances de l'enquête policière en demandant au président, par voie de conclusions, l'accomplissement de certains actes matériels que ce dernier est alors libre d'ordonner, selon que ces actes sont susceptibles d'apporter ou non un supplément d'information à la juridiction de jugement. Il en est ainsi bien évidemment de la demande tendant à un transport sur les lieux, ou à ordonner une simple expertise, voir plus largement un supplément d'information.¹⁴³³ La faculté reconnue au mis en cause de demander, par voie de conclusions écrites auxquelles la juridiction de jugement est tenue de répondre, l'accomplissement d'actes supplémentaires, voire d'un supplément d'information, constitue assurément une manifestation de la montée de l'accusatoire résultant de l'émergence d'un principe dispositif dans l'instance pénale. En effet, il appartient normalement au président de la juridiction de jugement, s'il estime ne pas être suffisamment informé, d'ordonner un supplément d'information. En principe, seul le juge a l'initiative du supplément d'information selon les articles 283, 463 et 538 du Code de procédure pénale. Or, en donnant la faculté au mis en cause de formuler, lors de l'instruction à l'audience pénale, des demandes tendant à ce qu'un supplément d'information soit réalisé, par exemple, et auxquelles la juridiction de jugement a

¹⁴³³ Art. 434 C. proc. pén.

L'obligation de répondre, le législateur lui permet d'agir directement sur la conduite de l'instance en étant à l'initiative des nouvelles investigations susceptibles de modifier les contours de la matière litigieuse. Lors de l'audience, il doit être observé que c'est en principe le président de la juridiction de jugement qui dispose de la direction des débats permettant de mener l'instruction à l'audience afin que la discussion contradictoire puisse conduire, conformément à l'enchaînement des mesures qui la compose, à la découverte de la vérité. Mais, si le Code de procédure pénale donne au pouvoir au seul président d'interroger le mis en cause lors de l'audience pénale, la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 précitée est venue renforcer le caractère contradictoire de l'audience pénale en permettant à l'avocat de la personne mise en cause de poser directement des questions à la partie civile, au témoin, à l'expert, et plus généralement, à toute personne appelée à la barre, en demandant la parole au président, et, allant plus encore, elle offre également au mis en cause la faculté de poser directement des questions à ces mêmes personnes par l'intermédiaire du président. Si le législateur n'a fait ici que légaliser une pratique déjà courante dans les prétoires¹⁴³⁴, nous regrettons, à l'instar d'autres auteurs, qu'il ne soit pas allé plus loin encore, en reconnaissant tout simplement, sous réserve des pouvoirs de police du président, de confier l'interrogatoire des témoins aux parties.¹⁴³⁵ La faculté reconnue au parquet comme à l'avocat du mis en cause d'interroger les témoins, experts, parties civiles, et toutes personnes se présentant à la barre témoigne-t-elle d'une ouverture de la procédure pénale française à la pratique de la *cross-examination* des pays de *common law*? Une réponse négative s'impose dans la mesure où le juge conserve son pouvoir de diriger les débats, et de participer activement à l'interrogatoire de toute personne se présentant à la barre, alors que le juge de *common law*, s'il contrôle l'interrogatoire mené par les représentants des parties, n'y concourt pas.¹⁴³⁶ Par ailleurs, il convient de rappeler que le président dispose de la faculté d'interrompre le défenseur ou de lui faire des observations, voire de faire cesser les plaidoiries lorsqu'il s'estime suffisamment éclairé. De fait, même si la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a renforcé le caractère contradictoire de l'audience pénale, il nous semble erroné d'affirmer qu'elle aurait introduit la pratique de la *cross-examination* dans le procès pénal français. Reste qu'en renforçant le rôle actif des parties, et notamment pour ce qui nous concerne ici, celui du mis en cause ou de son avocat, lors de l'audience, la réforme du 15 juin 2000 lui offre assurément la faculté d'agir sur le déroulement de l'instance, et *de facto* sur l'objet même du litige pénal en lui permettant, par la pertinence de ses questions, de modifier les

¹⁴³⁴ H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'Assises. Traité – Formulaire*, 4^e éd., coll. Pratique professionnelle, LexisNexis Litec, 2005, n° 672.

¹⁴³⁵ En ce sens : W. ROUMIER, *L'avenir du jury criminel*, préf. A. DECOQ, bibl. sc. crim., t. 39, LGDJ, 2003, n° 569.

¹⁴³⁶ En ce sens : F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n°344. V. égal. : Ch. AYELA, J. MESTRE, V. PERRONET, *Vérités croisées. Cross examination, une petite révolution procédurale*, LexisNexis Litec, 2005, 15.

contours de la matière litigieuse, voir d'en démontrer l'inexistence, ce qui arrive souvent lorsque l'accusation portée contre le prévenu est mensongère parce que reposant sur un délit imaginaire.

480. – La maîtrise de la matière litigieuse par l'exercice des voies de recours ordinaires –

Deux voies de recours ordinaires permettent au prévenu d'exercer une influence certaine sur la déroulement de l'instance pénale, et de fait, la délimitation des contours de la matière litigieuse en remettant en cause la solution retenue par la juridiction de première instance : l'opposition et l'appel. En principe, la défaillance du prévenu lors de l'audience de jugement ne peut conduire au prononcé d'une sanction pénale plus sévère que s'il avait été présent.¹⁴³⁷ Pourtant, la pratique judiciaire démontre que les prévenus absents sont en général plus sévèrement condamnés que ceux présents. Si une telle pratique n'est pas en soit contestable lorsque la personne n'a pas voulu comparaître, elle le devient lorsque la personne n'a pu comparaître, faute d'avoir été avisée de la date d'audience, ne serait-ce que, parce que tout accusé a droit à un procès équitable, ce qui implique le droit à un jugement rendu à l'issue d'un débat contradictoire. Ceci explique que le prévenu puisse faire opposition des dispositions pénales et/ou civiles de tout jugement rendu par défaut, que celui-ci soit avant-dire droit ou qu'il statue au fond. Par la faculté que l'opposition offre au prévenu de comparaître de nouveau devant la juridiction de jugement de première instance, le Code de procédure pénale lui permet ainsi de pouvoir modifier l'objet du litige pénal dès l'instruction menée devant la juridiction de jugement de première instance. Toutefois, il doit être observé que cette "chance" n'est pas offerte à tous les prévenus.¹⁴³⁸ À l'exception des arrêts rendus sur le fondement de la procédure de défaut criminel, et ceux rendus en premier et dernier

¹⁴³⁷ Cass. crim., 21 juin 1911 : *Bull. crim.* 1911, n°328.

¹⁴³⁸ Il existe en effet un paradoxe concernant la procédure pénale applicable au mineur qui nous semble devoir être signalé au regard de l'absence d'écrits à ce sujet. Il convient d'observer que le droit de former opposition à l'encontre des décisions rendues par les juridictions pour mineurs se trouve bien souvent mis en échec par l'application d'une disposition protectrice de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, en l'occurrence l'article 4-1, qui rend obligatoire l'assistance d'un avocat devant toutes les juridictions pour mineur. Cette disposition impose, qu'en l'absence d'avocat choisi par le mineur, il lui en soit commis un d'office, lequel s'engagera à assurer sa défense jusqu'à son jugement définitif, ce qui inclut les éventuelles voies de recours (Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 1^{re} éd., coll. Précis, Dalloz, 2008, n° 1349. V° égal. : M. PICOT, « L'avocat de l'enfant », *Dr. fam.* 2006, étude 37. – F. SAINT-PIERRE, « Les avocats », *RPDP* 2005, 841). De fait, à compter de l'instant où le mineur est assisté par un avocat, ce dernier se présentera toujours aux audiences auxquelles son client doit comparaître. Mais tel ne sera pas toujours le cas du mineur, car l'une des particularités des mineurs délinquants réside dans leur grande mobilité géographique. Celui-ci change en effet souvent de lieu de résidence, soit parce qu'il fugue, soit parce qu'il préfère vivre chez des amis plutôt que chez ses parents ou au lieu auquel une décision de placement judiciaire peut le contraindre à vivre. Certains mineurs occupent ainsi plusieurs lieux de résidence, mais par intermittence, et plusieurs mois peuvent parfois s'écouler avant que ceux-ci ne réapparaissent à tel ou tel endroit. En pratique, les convocations en justice sont rarement portées à la connaissance de ces derniers, et le mineur étant en principe systématiquement représenté, ne serait-ce que parce que le choix ou la désignation d'un avocat intervient en général dès le début de la procédure, son absence lors des débats à l'audience de jugement n'emportera pas le prononcé d'une décision par défaut, mais le prononcé d'une décision réputée contradictoire. Or, contrairement au jugement par défaut, le jugement réputé contradictoire n'est pas susceptible d'opposition, mais seulement d'appel. De fait, la protection dont bénéficie le prévenu mineur, paradoxalement, se retrouve contre lui en constituant un obstacle à l'exercice de certaines voies de recours.

ressort en matière contraventionnelle¹⁴³⁹, le mis en cause peut interjeter appel de tous les jugements rendus par les juridictions répressives statuant en matière contraventionnelle et correctionnelle. En principe, le mis en cause dispose, au titre de l'appel principal, d'un délai de dix jours à compter du prononcé du jugement, s'il s'agit d'un jugement contradictoire ou réputé contradictoire, soit à compter de sa signification si celui-ci est rendu par défaut ou itératif défaut. Dans l'hypothèse de l'appel incident, le mis en cause dispose d'un délai de cinq jours supplémentaires. La grande innovation en ce qui concerne le droit d'appel du mis en cause intéresse bien évidemment la matière criminelle. La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a ouvert la voie de l'appel à l'encontre des décisions rendues par les cours d'assises. Il était difficile de qualifier cette voie de recours ouverte en matière criminelle d'appel, et d'ailleurs, certains auteurs, dans leurs manuels, la qualifiaient de « *recours suis generis* »¹⁴⁴⁰, d'autres « *d'appel circulaire* »¹⁴⁴¹, dans la mesure où, en l'absence de motivation des arrêts, la cour d'assises d'appel n'était là, ni pour confirmer, ni pour infirmer, mais pour réexaminer l'affaire dans son entier. Sur ce point, l'obligation faite désormais aux cours d'assises de motiver leur décision par la loi n° 2011-239 du 10 août 2011 relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale¹⁴⁴² devrait logiquement faire du recours contre les décisions des cours d'assises une voie d'annulation, la cour d'assises d'appel étant finalement amenée à confirmer ou à infirmer, totalement ou partiellement, la motivation retenue pour fonder l'acquittement ou la condamnation prononcée en première instance. Par ailleurs, la question se posait de savoir si les décisions d'hospitalisation d'office susceptible d'être prononcée par le juge à l'issue d'une audience en irresponsabilité pénale pouvaient être frappées d'appel ? Sur ce point, l'article 706-135 du Code de procédure pénale ne prévoit pas la faculté pour la personne déclarée pénalement irresponsable de pouvoir interjeter appel des mesures de sûreté prononcées par le juge dans le cadre de la déclaration d'irresponsabilité pénale. Mais, *a contrario*, la rédaction en termes généraux de l'article 496 du même Code semble permettre l'exercice d'une telle voie de recours pour la personne déclarée pénalement irresponsable, mais à l'encontre de laquelle serait prononcée une mesure d'hospitalisation d'office par exemple. C'est en ce sens que la chambre criminelle de la Cour de cassation a statué à l'occasion d'un arrêt rendu le 3 février 2010¹⁴⁴³, permettant ainsi à la personne déclarée pénalement irresponsable d'interjeter appel d'une décision prononçant une hospitalisation d'office. Au travers des différentes solutions adoptées par le législateur, il peut être

¹⁴³⁹ Sauf lorsque la contravention est poursuivie à la requête de l'administration des eaux et forêts, auquel cas, l'appel demeure toujours possible sur le fondement de l'article 546, alinéa 4, du Code de procédure pénale.

¹⁴⁴⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2419.

¹⁴⁴¹ J. DANET, « Le procès d'assises après la réforme. Regard sur les pratiques », *RSC* 2003, 289.

¹⁴⁴² *JORF* du 11 août 2011, 13754.

¹⁴⁴³ Cass. crim., 3 févr. 2010 : *Bull. crim.*, n° 77.

observé depuis une dizaine d'années maintenant environ que le droit d'appel du mis en cause n'a eu de cesse d'être étendu afin de permettre à ce dernier de maîtriser la matière litigieuse par l'exercice des droits de la défense qui lui sont octroyés du début de la procédure jusqu'au son terme. Que le prévenu ait fait l'objet d'un jugement rendu par défaut, itératif défaut, réputé contradictoire ou contradictoire, celui-ci dispose de la faculté d'interjeter appel de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions de jugement en matière correctionnelle et criminelle, à l'exception de l'hypothèse de la procédure de défaut criminel, de sorte qu'il est en mesure de faire évoluer le litige au fil des recours ordinaires que ce dernier peut mettre en œuvre dans le cadre du procès pénal, car à chaque recours, un nouveau juge, un nouveau procès, un nouvel examen de la matière litigieuse. L'extension constante de l'exercice des voies de recours au profit du prévenu, comme l'accroissement de ces prérogatives procédurales au stade de la phase décisive, démontre que la défense n'est plus actuellement cantonnée à un rôle passif, et qu'à l'instar du ministère public, elle s'approprie désormais la maîtrise du litige.

481. – La maîtrise de la matière litigieuse par l'exercice du pourvoi en cassation – Si le parquet peut se pourvoir en cassation dans l'intérêt de la loi, le mis en cause ne peut se pourvoir en cassation qu'à compter de l'instant où il justifie d'un intérêt à agir, autrement dit, qu'à compter de l'instant où il démontre que la décision qu'il attaque lui fait grief. Quatre cas d'ouverture à cassation sont prévus par l'article 592 du Code de procédure pénale. Le premier est celui de la constitution irrégulière de la juridiction qui a statué, l'incompétence et l'excès de pouvoir de la juridiction qui a statué, l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité, et la violation de la loi pénale de fond. Il n'y a que sur le fondement de ces quatre cas d'ouverture à cassation que le mis en cause pourra former un pourvoi. Par ailleurs, toutes les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Seules les décisions ayant une nature juridictionnelle - ce qui exclut les actes judiciaires à caractère administratif - et rendue en dernier ressort – ce qui exclut par exemple les arrêts rendus par la Haute Cour de justice ou les arrêts d'acquiescement de la cour d'assises - peuvent faire l'objet d'une telle voie de recours par le mis en cause. Concernant les décisions sur incident, les articles 570 et 571 du Code de procédure pénale instaurent un système symétrique de celui qu'elle a prévu pour l'appel.¹⁴⁴⁴ Si le mis en cause peut former un pourvoi en cassation, une question s'est toutefois posée en jurisprudence sur le fait de savoir si celui-ci pouvait se pourvoir en cassation en sollicitant un mandataire pour former le pourvoi.

¹⁴⁴⁴ Soit la décision met fin à la procédure, et dans ce cas le pourvoi est immédiatement recevable sans autre formalité, soit elle ne met pas fin à la procédure, et dans ce cas, bien qu'elle puisse être frappée d'un pouvoir immédiat, celui-ci ne sera, en principe, jugé qu'en même temps que le pourvoi relatif à la décision sur le fond. Reste que le pourvoi contre la décision sur incident peut exceptionnellement être examiné de suite par la Cour de cassation s'il y va de l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice. V° sur cette question : J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 988.

Dans un premier temps, la chambre criminelle s'est opposée à la recevabilité d'un pourvoi formé par le mandataire d'une personne en fuite.¹⁴⁴⁵ La position de la Chambre criminelle devait toutefois être censurée par la CEDH à l'occasion de l'arrêt « *Poitrimol c/ France* »¹⁴⁴⁶, ce qui incita cette dernière à modifier sa position à l'occasion d'un arrêt rendu le 30 juin 1999, au sein duquel elle devait décider « *qu'en l'absence de dispositions expresses de la loi dérogeant, en cas de délivrance d'un mandat de justice, à l'application des conditions de forme prévues par l'article 576 du Code de procédure pénale, le pourvoi formé par le mandataire d'un condamné en fuite est recevable* ». ¹⁴⁴⁷ A l'instar de M. Pradel, nous pensons qu'une telle solution est regrettable dans la mesure où il nous paraît contestable qu'un individu qui se dérobe à l'exécution d'un mandat de justice puisse faire appel à cette dernière !¹⁴⁴⁸ Dans tous les cas, le mis en cause peut se pourvoir en cassation sur l'action publique dès lors qu'un tel recours est dans son intérêt, ce qui exclut la faculté de se pourvoir contre un arrêt d'acquiescement ou d'exemption de peine rendu par la cour d'assises, ou contre un jugement de relaxe en matière correctionnelle et contraventionnelle. Bien qu'il puisse justifier d'un intérêt, il sera parfois préférable pour le mis en cause de ne pas se pourvoir en cassation dès lors que le pourvoi formé contre une décision contenant une erreur de droit risque d'être rejeté en application de la théorie de la peine justifiée par exemple. Sous cette appellation se dissimule un procédé permettant de rejeter le pourvoi lorsque l'erreur de droit porte sur la nature ou le *quantum* de la peine retenue par les juridictions de jugement, à compter de l'instant où celle-ci est la même que celle qui aurait dû l'être si l'erreur n'avait pas été commise. A l'origine, l'article 598 du Code de procédure pénale dispose que « *lorsque la peine prononcée est la même que celle portée par la loi qui s'applique à l'infraction, nul ne peut demander l'annulation de l'arrêt sous le prétexte qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de loi* ». Or, la jurisprudence n'a pas hésité à dépasser le cadre initial posé par la loi en appliquant ce texte à l'hypothèse de l'erreur dans la qualification de l'infraction¹⁴⁴⁹, sur le nombre d'infractions susceptibles d'être retenues¹⁴⁵⁰ ou encore sur la qualification du participant.¹⁴⁵¹ Reste que si la théorie de la peine justifiée semble faire ces dernières années l'objet d'une application plus stricte de la part de la chambre criminelle, notamment depuis un arrêt rendu par l'Assemblée plénière en 2005¹⁴⁵², celle-ci n'apparaît toutefois pas en recul.¹⁴⁵³ À l'instar

¹⁴⁴⁵ Cass. crim., 8 mars 1995 : *Bull. crim.*, n° 94.

¹⁴⁴⁶ CEDH, 23 nov. 1993 : *D.* 1994, IR, 187, obs. Pradel.

¹⁴⁴⁷ Cass. crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 167.

¹⁴⁴⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 990.

¹⁴⁴⁹ Par exemple, la Cour de cassation applique la théorie de la peine justifiée dans l'hypothèse où le juge du fond a retenu le délit lui-même au lieu de sa tentative. En ce sens : Cass. crim., 9 mars 1983 : *Bull. crim.* n° 76.

¹⁴⁵⁰ Cass. crim., 10 mai 2007 : n° 06-86.173. – 12 mai 2009 : n° 08-87.145.

¹⁴⁵¹ Cass. crim., 16 déc. 1991 : *Bull. crim.* n° 477.

¹⁴⁵² Cass. Ass. plén., 8 juill. 2005 : *D.* 2006, II, 1654, note Garé ; *AJ pénal* 2005, 374, obs. Girault.

¹⁴⁵³ Cass. crim., 20 mai 2009 : n° 08-86.786.

de ce qui peut être observé à propos de l'opposition ou de l'appel, l'exercice du pourvoi en cassation par le mis en cause, y compris lorsque celui-ci l'exerce par l'intermédiaire mandataire parce qu'en fuite, témoigne d'une perte de vitesse du juge dans la maîtrise du déroulement de l'instance pénale, au profit des parties. Le juge pénal n'apparaît plus comme la figure centrale du procès, et se trouve concurrencé dans la conduite de l'instance pénale et la maîtrise de la matière litigieuse par les parties à l'action publique auxquelles le législateur octroie un rôle de plus en plus actif, à l'instar des parties au procès civil.

2) *Les prérogatives du mis en cause dans l'instance en jugement accélérée*

482. – Le contournement du "procès pénal" où l'opportunité de discuter la qualification pénale des faits hors la présence du juge – La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 précitée donne la possibilité aux parties à l'action publique de contourner l'audience pénale en recourant à la procédure de CRPC prévue aux articles 495-7 et suivants du Code de procédure pénale. Si le parquet peut, à l'exception des délits visés par ce texte proposer à la personne pénalement poursuivie une CRPC¹⁴⁵⁴, celui-ci permet également à cette dernière de faire une telle proposition, par l'intermédiaire de son avocat, au procureur de la République. En présence d'infractions flagrantes ou de situations dans lesquelles la culpabilité du prévenu ne laisse que peu de place au doute, l'intérêt de la CRPC peut être réel pour le prévenu, d'une part, parce qu'en échange de sa reconnaissance de culpabilité, qui ne sera pas difficulté à démontrée devant la juridiction de jugement, le prévenu va se voir proposer par le parquet une peine inférieure à celle qu'il encourrait normalement devant le tribunal correctionnel dans le cadre de l'audience pénale classique, d'autre part, parce que bien qu'elle soit publique¹⁴⁵⁵, l'audience d'homologation se déroule, la plupart du temps, en l'absence de public, ce qui peut être le gage pour des personnes jouissant d'une certaine notoriété locale, d'une condamnation discrète. Par ailleurs, quand bien même la CRPC viendrait à échouer, soit parce que le parquet refuse de recourir à une telle procédure, soit parce que le prévenu a rejeté la proposition de peine faite par ce dernier, les juridictions de jugement ne peuvent de toute manière en aucun cas fonder leurs décisions de condamnation, en tout ou en partie, sur des déclarations ou documents tirés d'une procédure de CRPC antérieure et avortée, conformément à la lettre même de l'article 495-14 du Code de

¹⁴⁵⁴ Seul un magistrat du parquet peut proposer une CRPC à la personne pénalement poursuivie, ce qui exclut *de facto* les enquêteurs agissant sur instruction du procureur de la République. En ce sens : CE 26 avr. 2006, 2 arrêts : RSC 2006, 638, obs. Giudicelli.

¹⁴⁵⁵ Cons. Const. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *ibid.* ; D. 2004, IR, 2756, obs. de Lamy ; RSC 2004, 725, obs. Lazerges ; *ibid.* 2005, 122, étude 5 ; RTD *crim.* 2005, 553, obs. Encinas de Munagorri.

procédure pénale.¹⁴⁵⁶ *A priori*, la discussion entre les parties dans la CRPC portant exclusivement sur la détermination de la nature et du *quantum* de la peine, l'on peine à voir à quel moment le prévenu serait susceptible d'exercer une quelconque influence sur la détermination de la matière litigieuse. L'on serait même tenté de dire que la CRPC est le contre-exemple d'une émergence du principe dispositif en procédure pénale, par le fait même qu'elle exclut, par définition, toute discussion sur les faits comme leur qualification pénale. Pourtant, l'alinéa 4 de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, en disposant que « *les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés* » ouvre assurément une "fenêtre" au prévenu. En effet, le texte limite la reconnaissance de culpabilité aux faits reprochés, il ne parle absolument pas de la qualification pénale de ces derniers retenue par le parquet. Or, la reconnaissance des faits reprochés n'interdit nullement au prévenu de discuter directement avec le procureur de la République de la qualification pénale que ce dernier entend appliquer. Cela sera évidemment dans son intérêt dans la mesure où l'on sait très bien, au regard de multitude des textes d'incriminations que dans la majorité des cas, les faits sont susceptibles de tomber sous le coup de plusieurs qualifications pénales, faisant ainsi fluctuer la sévérité des sanctions pénales encourues, et sur lesquelles la discussion va porter dans le cadre de la CRPC. En discutant de la qualification pénale des faits, non seulement le prévenu participe activement à la maîtrise de l'objet du litige pénal, ce d'autant que l'absence de la victime facilite grandement la discussion, mais encore peut-il espérer faire chuter la sévérité de la peine susceptible de lui être proposée. Naturellement, le mis en cause pourra parvenir à ces objectifs qu'à la condition que le parquet abonde dans son sens, mais encore que le juge, au stade de la phase d'homologation, ne trouve rien à redire à la qualification pénale définitivement retenue par le parquet et l'auteur des faits dans l'accord de CRPC final.

483. – L'option du mis en cause dans la procédure d'ordonnance pénale – Nous avons pu observé précédemment que le parquet dispose de la faculté, principalement en matière contraventionnelle, mais également pour certains délits spécifiquement visés à l'article 495 du Code de procédure pénale, d'échapper à la procédure de jugement ordinaire en recourant à une procédure de jugement accélérée qualifiée « *d'ordonnance pénale* »¹⁴⁵⁷ qui ne semble laisser aucune place à une initiative quelconque du mis en cause lui permettant d'influer sur le déroulement de la procédure ou les éléments du litige. La procédure d'ordonnance pénale reposant sur une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, celle-ci ne saurait, sans violer frontalement les dispositions protectrices de

¹⁴⁵⁶ Cass. crim., 17 sept 2008 : D. 2008, II, 2904, note Lasserre Capdeville ; ibid. 2009, 2238, obs. Pradel ; AJ pénal 2008, 515, obs. Saas ; RSC 2009, 412, obs. Finieltz ; JCP G. 2008, II, 10194, note Joseph-Ratineau.

¹⁴⁵⁷ V° supra, n° ...

ce texte, aménager au mis en cause la faculté de porter son litige devant le juge pénal en vue de bénéficier d'un procès équitable.¹⁴⁵⁸ C'est ce que prévoit le Code de procédure pénale en octroyant au prévenu, dans un délai de trente jours en matière contraventionnelle ou quarante cinq jours en matière délictuelle à compter de la date d'envoi de la lettre la faculté de « *former opposition à l'exécution de l'ordonnance* ». S'il ne résulte pas de l'avis de réception que le prévenu a reçu la lettre de notification, l'opposition demeure recevable jusqu'à l'expiration d'un délai imparti qui court de la date à laquelle l'intéressé a eu connaissance, d'une part, de la condamnation, soit par un acte d'exécution, soit par tout autre moyen, d'autre part, du délai et des formes de l'opposition qui lui est ouverte. En cas d'opposition formée par le prévenu, l'affaire est portée à l'audience du tribunal de police ou de la juridiction de proximité dans les formes de la procédure ordinaire. Le jugement rendu par défaut, sur l'opposition du prévenu, ne sera pas susceptible d'opposition, et jusqu'à l'ouverture des débats, le prévenu pourra renoncer expressément à son opposition, ce qui conduira l'ordonnance pénale à reprendre alors sa force exécutoire. Dans le cas de la procédure d'ordonnance pénale, le mis en cause dispose d'un droit d'option finalement : soit il accepte le principe de la procédure simplifiée et renonce aux garanties offertes par la procédure juridictionnelle ordinaire en ne formant pas opposition et en s'acquittant du montant de l'amende prononcée et en exécutant les peines complémentaires qui peuvent éventuellement accompagner cette dernière ; soit il refuse cette procédure simplifiée et provoque la saisine du tribunal de police, voir du tribunal correctionnel puisque l'ordonnance pénale est possible pour certains délits, en formant opposition. De fait, si le parquet est l'initiateur du cadre processuel dans lequel l'instance pénale est amenée à se dérouler, c'est au final le mis en cause qui, en validant ou non le choix opéré par ce dernier, décide en réalité du cadre processuel dans lequel son litige sera tranché. Ainsi, il peut être observé que le choix du cadre processuel opéré par l'autorité publique chargée de la poursuite pénale peut être anéanti par le juge, d'abord, qui dispose de la faculté de renvoyer le dossier au parquet aux fins de poursuite dans les formes de la procédure ordinaire, par le mis en cause, ensuite, qui, en formant opposition, provoque la saisine de la juridiction de jugement compétente au regard de la nature de l'infraction poursuivie. Un mécanisme similaire, mais comportant néanmoins des scories¹⁴⁵⁹, est mis en place dans la procédure d'amende forfaitaire.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁸ La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé récemment que l'inexistence d'un recours effectif contre le rejet, par l'officier du ministère public, de la requête en exonération de l'amende forfaitaire, constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : CEDH, 8 mars 2012 : *Dr. pén.* 2012, comm. 71, note Robert.

¹⁴⁵⁹ V° not. : CEDH, 8 mars 2012 : *ibid.* – 21 mai 2002, « *Peltier c/France* » : *JCP G.* 2002, act., 274 ; *D.* 2002, II, 2968, note Céré. – Cons. const. n° 2010-38 QPC du 29 sept. 2010 : *Dr. pén.* 2010, comm. 120.

¹⁴⁶⁰ Pour une présentation de cette procédure, V° : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2301.

484. – En conclusion – Le mis en cause n'est absolument pas lié par le choix processuel manifesté par le parquet lors de l'impulsion de l'instance pénale. Qu'il s'agisse de la CRPC ou de la procédure d'ordonnance pénale, celui-ci est en capacité d'influer sur le déroulement de l'instance en jugement accélérée en vue d'en modifier le cadre processuel. La solution est logique dès lors que, si l'efficacité de ces procédures repose sur l'évacuation des garanties fondamentales prévues à l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, leur conformité aux dispositions conventionnelles et constitutionnelles dépend nécessairement du consentement du justiciable à leur mise en œuvre. Si celui-ci a parfaitement le droit de renoncer à se prévaloir des dispositions protectrices de l'article 6 §.1 ou des différents textes à valeur constitutionnel intéressant la matière pénale, parce qu'il considère que tel est son intérêt, il ne peut toutefois y être contraint. Cela explique que le législateur offre au mis en cause la faculté de modifier le cadre processuel initialement choisi par le parquet en vue de bénéficier de l'ensemble des garanties entourant la procédure classique de jugement. *A contrario*, il peut être dans l'intérêt du mis en cause de renoncer à une procédure de jugement ordinaire, et de bénéficier d'une procédure de jugement accélérée. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la CRPC où la perspective d'une peine allégée peut être particulièrement séduisante, ce qui explique d'ailleurs que celui-ci se voit reconnaître la faculté de la proposer au procureur de la République. Loin de seulement influencer sur le cadre processuel dans lequel le règlement du litige pénal va s'inscrire, le mis en cause, notamment dans la procédure de CRPC, dispose de la faculté d'influer sur le contenu de la matière litigieuse en ayant la faculté de discuter la qualification pénale retenue comme la sévérité de la peine proposée.

485. – Conclusion du paragraphe 2 – L'influence prégnante du mis en cause sur le déroulement de la phase décisive de l'instance pénale bouleverse l'image d'Épinal classiquement véhiculée d'un parquet qui s'imposerait comme la figure centrale des procédures de jugement accélérées et d'un juge qui constituerait pareillement celle des procédures de jugement ordinaires. C'est un constat, ni l'un ni l'autre ne sont maître de leur procédure, car tous deux doivent composer désormais avec les manifestations de volonté procédurale du mis en cause. Tout d'abord, il peut être observé que ce dernier exerce une influence certaine sur le choix du cadre processuel dans lequel le règlement du litige pénal auquel il est défendeur va se régler, soit en proposant le recours à une CRPC, en vue d'échapper au « *procès pénal classique* », soit en s'opposant à la mise en œuvre d'une telle procédure ou d'une procédure d'ordonnance pénale afin de bénéficier de l'ensemble des garanties entourant l'élaboration de la décision de justice dans le cadre d'une procédure de jugement ordinaire. Ensuite, il doit être observé que le mis en cause exerce une influence certaine sur la matière litigieuse en participant activement à la conduite de

l'instruction préparatoire comme de l'audience pénale, par la faculté qui lui est reconnue de demander au juge l'accomplissement d'un certain nombre d'actes d'investigation - que ce dernier peut difficilement refuser - de soulever la nullité d'un nombre croissant d'actes de procédure, ou encore de contester les décisions prises tant par les juridictions de l'instruction que les juridictions de jugement. L'ensemble des prérogatives procédurales dont il dispose lui permet, à chaque étape du « *procès* », de participer activement à la maîtrise de la matière litigieuse en influant sur le déroulement de l'instance. Par les demandes d'actes qu'il soumet comme les contestations qu'il élève, par les recours qu'il exerce comme ceux qu'il s'abstient d'exercer, le mis en cause participe, aux côtés du juge et du parquet, à la conduite de l'instance pénale. De fait, l'émergence d'un principe dispositif dont nous pouvons constater les manifestations conduit le mis en cause à dépasser la posture passive traditionnellement attachée à la défense pénale au profit d'une posture participative lui permettant de contribuer à l'évolution de la matière litigieuse tout au long de l'instance, y compris dans l'hypothèse de la CRPC.

486. – Conclusion de la section 1 – Conformément à sa dominante inquisitoire, la procédure pénale fait traditionnellement du juge la figure centrale du procès pénal, notamment au stade de l'instruction préparatoire où l'image du « *lieutenant-criminel* » demeure vivace. Pourtant, l'étude des prérogatives procédurales dévolues aux parties à l'action publique tend à démontrer que cette présentation de la répartition des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance pénale n'est plus aussi certaine qu'auparavant. Il peut être observé que l'office du juge dans la conduite de l'instance, au stade préparatoire comme au stade décisoire, se trouve maintenant concurrencé par les parties à l'action publique qui, en intervenant de manière significative sur le déroulement de l'instance, manifestent leur maîtrise de la matière litigieuse. Ainsi, nous avons pu observer que le rôle d'*ordonnateur* traditionnellement attribué au juge d'instruction se trouve en grande partie transféré aux parties à l'action publique qui peuvent ainsi maîtriser la matière litigieuse en formulant des demandes d'actes d'investigation utiles à la manifestation de la vérité, et que le magistrat instructeur ne peut que difficilement leur refuser, sauf à pouvoir motiver un tel refus. Si l'influence prégnante des parties à l'action publique sur le déroulement de l'instruction préparatoire confirme le déclin du « *lieutenant-criminel* » de la procédure inquisitoire au profit de l'avènement d'un « juge de la mise en état des affaires pénales » qui, à l'instar de son homologue civil, ne semble plus disposer que d'un pouvoir de *juridictio*, encore faut-il observer que cette constatation vaut également pour la juridiction de jugement dont l'office se trouve considérablement réduit en cas de recours à une procédure accélérée de jugement, mais également concurrencé dans la direction des débats et du déroulement de l'instance au stade décisoire. Nous avons pu en effet constater, par exemple, que le rôle prééminent du président du

tribunal ou de la cour d'assises dans la direction des débats se trouve affaibli par le fait que certaines de ses prérogatives sont désormais partagées avec les parties, ce qui est le cas, notamment, du droit de demander un supplément d'information. Par ailleurs, le recours au juge étant devenu optionnel puisque les parties à l'action publique se voient reconnaître la faculté d'opter pour un cadre processuel leur permettant de contourner l'audience pénale, l'office du juge se trouve, en pareille situation, restreint à enregistrer les accords pris par ces dernières, et à leur donner force exécutoire en les parant des atours de la décision juridictionnelle. Cette évolution tend à démontrer que l'instance pénale est de moins en moins la « *chose du juge* » pour devenir de plus en plus « *la chose des parties* » ce qui caractérise bien, nous semble-t-il, l'émergence d'un principe dispositif dans l'instance pénale.

SECTION 2. LE RÔLE DES PARTIES CIVILES SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

487. – Une influence variable selon la nature de l'action exercée – La victime d'une infraction pénale est susceptible de pouvoir exercer devant les juridictions répressives, lorsqu'elle a la qualité de « *victime pénale* », l'action pénale privée en répression de l'infraction et l'action civile en réparation du dommage ; lorsqu'elle a la qualité de « *victime civile* », la seule action civile. Chacune d'elle poursuivant une finalité qui lui est propre, il convient d'observer que chacune d'elle, compte tenu de leur objet spécifique, ne peut intéresser que des sujets différents, auxquels des droits spécifiques sont en principe reconnus. De fait, s'il est pleinement légitime que la partie civile agissant sur le fondement de l'action pénale privée maîtrise le litige pénal, eu égard à la finalité répressive de son action (§.1), il est en revanche beaucoup plus surprenant de constater que tel est également le cas des parties à l'action civile (§.2), même si cela s'explique par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme considère le titulaire du droit à réparation dans l'instance pénale peut avoir un intérêt à la répression justifiant qu'il dispose de prérogatives lui permettant d'influer sur le déroulement de l'instance, et donc, sur d'influer sur la délimitation des éléments du litige.

§. 1 – L'INFLUENCE DES PARTIES CIVILES EXERÇANT L'ACTION PÉNALE PRIVÉE

488. – La partie civile érigée en acteur de la répression – Toute personne, physique ou morale, souffrant personnellement et directement de l'infraction se voit reconnaître, par le droit positif, la qualité de « *victime pénale* », ce qui lui ouvre droit à l'exercice d'une action pénale privée à laquelle se trouve attaché un ensemble de prérogatives procédurales lui permettant de corroborer l'action publique en vue de participer à la manifestation de la vérité, et à l'établissement de la

culpabilité de l'auteur¹⁴⁶¹, en d'autres termes, de « *participer au procès pénal* ». ¹⁴⁶² À la fois collaborateur et concurrent du parquet dans la répression de l'auteur de l'infraction¹⁴⁶³, la victime constituée partie civile du fait de l'exercice de son action pénale privée dispose de la faculté d'intervenir sur le déroulement de l'instance pénale, que ce soit au stade de l'instruction préparatoire (A) ou au stade de la phase décisive (B).

A – L'INFLUENCE DES PARTIES CIVILES SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTRUCTION

489. – Le renforcement du rôle répressif de la partie civile dans l'instruction – L'admission de la partie civile devant les juridictions d'instruction était traditionnellement justifiée par son droit à réparation, de sorte que les quelques prérogatives procédurales qui lui étaient dévolues au titre de son action civile n'étaient certainement pas de nature à remettre en cause la coloration inquisitoire de l'instruction préparatoire. Toutefois, la reconnaissance de son intérêt légitime à la répression a emporté par voie de conséquence une consécration progressive de son rôle pénal au stade de l'instruction préparatoire qui s'est traduit par un renforcement significatif de ces prérogatives procédurales. C'est ainsi que l'on peut constater aujourd'hui que la partie civile exerçant l'action pénale privée joue un rôle prégnant dans la délimitation de la matière litigieuse (1) par l'exercice de droits processuels lui permettant d'intervenir sur le déroulement de l'information judiciaire (2).

1) *Le rôle de la partie civile dans la délimitation de la matière litigieuse*

490. – La plainte avec constitution de partie civile : un acte introductif d'instance – Nous avons pu constater que les « *victimes pénales* »¹⁴⁶⁴ disposent de la faculté d'initier l'instance pénale en déclenchant elles-mêmes l'action publique par la mise en œuvre de leur droit se constituer partie civile au procès pénal. Depuis l'arrêt « *Laurent-Attalain* » de 1906, qui a posé comme principe que « *la plainte déposée entre les mains d'un Juge d'instruction par la personne qui se dit victime d'un crime ou d'un*

¹⁴⁶¹ Ph. BONFILS, « L'action pénale de la victime. Une action en justice innommée au régime juridique clairement défini », *ibid.*

¹⁴⁶² Ph. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal. Une action innommée ? » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., 179. – R. MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point ou fluctuations ?) », in *Droit pénal contemporain. Mélanges offerts à André Vitu*, *ibid.* – J. GRANIER, « La partie civile au procès pénal », *ibid.* – J. DE POULPIQUET, « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *ibid.* – C. ROCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *ibid.* – R. PARIZOT, « Vers une action pénale partagée ? » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *ibid.*

¹⁴⁶³ G. DI MARINO, « Le ministère public et la victime », *ibid.*

¹⁴⁶⁴ V° *supra*, n° ...

délict, lorsqu'elle est accompagnée d'une constitution de partie civile, produit, pour la mise en mouvement de l'action publique, les mêmes effets qu'une réquisition du procureur de la République »¹⁴⁶⁵, la victime souffrant directement et personnellement de l'infraction dispose de la faculté de déclencher l'ouverture d'une information judiciaire en déposant entre les mains du doyen des juges d'instruction une plainte avec constitution de partie civile. Si ce droit a été consacré par le législateur à l'article 85 du Code de procédure pénale, qui dispose en son alinéa 1^{er} que « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42 », la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a restreint cette faculté en instaurant un délai de réflexion durant lequel la victime ne peut présenter sa plainte avec constitution de partie civile au juge d'instruction.¹⁴⁶⁶ Ce n'est qu'une fois la décision du parquet connue, ou l'écoulement du délai de trois mois accompli, que la « victime pénale » dispose de la faculté d'introduire l'instance pénale en déposant entre les mains du doyen du juge d'instruction une plainte avec constitution de partie civile qui vaut acte introductif d'instance. En effet, contrairement à ce que l'on a tendance à croire parfois, ce n'est pas le réquisitoire introductif du procureur de la République qui provoque l'ouverture de l'information judiciaire, ni qui délimite l'étendue de la saisine de la juridiction d'instruction, mais bien la plainte avec constitution de partie civile déposée par la victime.¹⁴⁶⁷ Parce qu'elle est l'acte introductif d'instance par lequel s'ouvre l'instruction préparatoire, la plainte avec constitution de partie civile délimite nécessairement les termes du litige dont la victime saisit le juge, à l'instar du réquisitoire introductif émis par le parquet. Or, il peut être observé que le Code de procédure pénale se montre peu prolix quant au contenu de la plainte avec constitution de partie civile, celui-ci se contente de préciser, à l'article 86, que « lorsque la plainte n'est pas suffisamment motivée ou justifiée, le procureur de la République peut, avant de prendre ses réquisitions et s'il n'y a pas été procédé d'office par le juge d'instruction, demander à ce magistrat d'entendre la partie civile et, le cas échéant, d'inviter cette dernière à produire toute pièce utile à l'appui de sa plainte ».

491. – La délimitation de la matière litigieuse par la plainte avec constitution de partie civile de la victime – Bien que peu prolix, le Code de procédure pénale, en imposant que la plainte avec constitution de partie civile soit « motivée » et « justifiée » induit nécessairement que, pour produire effet, celle-ci doit comporter les faits dont la victime entend saisir le juge d'instruction, ainsi que des éléments de preuve permettant de justifier de l'existence éventuel de

¹⁴⁶⁵ Cass. crim., 8 déc. 1906 : *ibid.*

¹⁴⁶⁶ V° *supra*, n°...

¹⁴⁶⁷ En ce sens égal. : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1567.

son dommage.¹⁴⁶⁸ En exposant les faits dont il se prétend victime au sein de sa plainte avec constitution de partie civile, le demandeur à l'action pénale privée délimite nécessairement la matière litigieuse dont le juge d'instruction se trouve saisi, et il peut être observé que le procureur de la République ne peut prendre des réquisitions de non-informer que pour « *des causes affectant l'action publique elle-même, [soit parce que] les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale* » ou des réquisitions de non-lieu que « *dans le cas où il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de la plainte ou en application du troisième alinéa, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis* ». En d'autres termes, soit le parquet admet l'existence du litige tel qu'il a été défini par la victime, soit il considère qu'il n'y a pas de litige pour les causes visées par le texte, et à ce moment là, il prendra des réquisitions tendant à ce qu'il ne soit pas informé sur les faits dénoncés dans la plainte avec constitution de partie civile.¹⁴⁶⁹ En lui octroyant la faculté d'impulser l'instance pénale en déclenchant l'ouverture d'une information judiciaire, le législateur ne permet pas seulement à la « *victime pénale* » d'introduire une instance pénale à l'encontre de son auteur, il lui permet d'initier la poursuite pénale en bornant les éléments litige dont elle saisit le juge d'instruction, sans qu'il soit possible, au départ du moins, à l'autorité publique chargée de la poursuite pénale ou au juge de les modifier. C'est en ce sens, nous semble-t-il, que l'on peut réellement parler du maintien du système de l'accusation privée dans notre procédure pénale.

492. – La modification de la matière litigieuse par la partie civile – Comme dans n'importe quel contentieux, les éléments du litige pénal peuvent être amenés à évoluer par l'apport de faits nouveaux par la partie civile elle-même ou le parquet. Concernant la partie civile, il peut être observé que la jurisprudence avait admis que les juridictions de l'instruction puissent être saisies par les lettres additives au sein desquelles la victime ajoutait des faits nouveaux à sa saisine initiale, sans qu'il soit besoin que le procureur de la République procède à un élargissement de la saisine du juge d'instruction par voie de réquisitoire supplétif intégrant les faits révélés par la victime, une telle pratique n'est plus autorisée aujourd'hui.¹⁴⁷⁰ En effet, l'article 85, I, alinéa 3, du Code de procédure pénale prévoit que, « *lorsque de nouveaux faits sont dénoncés au juge d'instruction par la partie civile en cours d'information, il est fait application des dispositions de l'alinéa qui précède* », à savoir celles prévues à l'alinéa 2 qui subordonne la plainte avec constitution de partie civile de la victime à la décision du parquet, ou à l'écoulement d'un délai de trois mois, sauf à ce que les faits nouveaux tombent sous le coup des qualifications pénales visées par ce texte, et pour lesquelles la victime

¹⁴⁶⁸ V° not. : Cass. crim., 20 juin 2007 : n° 06-32.745.

¹⁴⁶⁹ V° not. : Cass. crim., 5 mars 1974 : *Bull. crim.*, n° 92.

¹⁴⁷⁰ L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 relative à l'équilibre de la procédure pénale, *ibid.*

dispose de la faculté de saisir directement le juge d'instruction sans avoir besoin de saisir préalablement du procureur de la République. Par ailleurs, les dispositions de l'article 86 du Code de procédure pénale sont pleinement applicables à ces demandes additionnelles, de sorte que le procureur de la République peut prendre à leur encontre des réquisitions de non-informer que pour « *des causes affectant l'action publique elle-même, [soit parce que] les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale* » ou des réquisitions de non-lieu que « *dans le cas où il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de la plainte ou en application du troisième alinéa, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis* ». Par ailleurs, le procureur de la République, à la demande du juge d'instruction le plus souvent, peut modifier les éléments du litige définis initialement par la partie civile en intégrant à l'instruction déjà ouverte des faits nouveaux par voie de réquisitoire supplétif. Ces faits nouveaux peuvent avoir été découverts par le magistrat instructeur à l'occasion de ces investigations, ou portés à sa connaissance à l'occasion de la constitution de partie civile d'une autre victime. Dans ce cas, l'article 80-I du Code de procédure pénale dispose que « *celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent. Le procureur de la République peut alors soit requérir du juge d'instruction, par réquisitoire supplétif, qu'il informe sur ces nouveaux faits, soit requérir l'ouverture d'une information distincte, soit saisir la juridiction de jugement, soit ordonner une enquête, soit décider d'un classement sans suite ou de procéder à l'une des mesures prévues aux articles 41-1 à 41-3, soit transmettre les plaintes ou les procès-verbaux au procureur de la République territorialement compétent. Si le procureur de la République requiert l'ouverture d'une information distincte, celle-ci peut être confiée au même juge d'instruction, désigné dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 83* ». De fait, l'on voit bien que même si la victime en se constituant partie civile délimite la matière litigieuse, et détermine *ipso facto* l'étendue de la saisine du juge d'instruction, encore faut-il observer que celle-ci peut être amenée à évoluer au cours de l'instruction préparatoire, soit par le fait de l'intervention d'autres victimes dans l'information judiciaire déjà ouverte, soit par le fait de la découverte de faits nouveaux par le juge d'instruction. Naturellement, l'étendue de la saisine des juridictions d'instruction par la victime est identique à celle du parquet : le magistrat instructeur se trouve saisi *in rem*, et non *in personam*, de sorte que s'il ne pourra étendre sa saisine à d'autres faits, sauf si le parquet l'y autorise par voie de réquisitoire introductif (ouverture d'une autre information judiciaire) ou supplétif (extension de la saisine de l'information judiciaire ouverte par la plainte avec constitution de partie civile), celui-ci est tout à fait libre d'étendre sa saisine à d'autres personnes que celles visées par la plainte avec constitution de partie civile ou au réquisitoire délivré par le parquet, sans avoir besoin de l'autorisation ni de l'un ou de l'autre, ce qui peut être parfois difficile à comprendre pour la victime particulière

désireuse de maîtriser également l'étendue de la saisine *in personam* du juge d'instruction, notamment dans les affaires impliquant des proches.

493. – Les effets de l'annulation de la plainte avec constitution de partie civile sur la matière litigieuse – À la réception de la plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction doit mettre le dossier en état avant de le communiquer au procureur de la République pour qu'il puisse prendre ses réquisitions. D'abord, si la plainte n'est pas suffisamment motivée ou justifiée, le juge d'instruction peut être amené à convoquer la partie civile afin qu'elle apporte des renseignements supplémentaires. Si l'imprécision de la plainte demeure, le juge d'instruction peut prendre une ordonnance de refus d'informer susceptible d'appel, la victime ne pouvant prétendre à l'ouverture d'une information judiciaire sur de simples allégations non étayées objectivement. Ensuite, l'article 88 du Code de procédure pénale invite le juge d'instruction, s'il le souhaite, à fixer, par ordonnance, le montant de la consignation que la partie civile doit déposer dans un certain délai par lui déterminé au greffe, sous peine d'irrecevabilité de sa plainte avec constitution de partie civile. *Quid* des poursuites pénales engagées en cas d'annulation de la plainte avec la constitution de partie civile pour l'une des raisons précédemment évoquées ? La jurisprudence rappelle que la méconnaissance des dispositions régissant la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile ne peut avoir d'autre effet que d'entraîner l'irrecevabilité de ladite constitution, et nullement son annulation étendue à toute la procédure, dès lors qu'un réquisitoire introductif valablement pris sur la dénonciation de l'infraction existe.¹⁴⁷¹ La solution ne peut être qu'approuvée dans la mesure où le réquisitoire introductif permet une saisine régulière du juge d'instruction. En pareil cas, la matière litigieuse se trouve déterminée par le réquisitoire introductif du procureur de la République pris à partir des faits dénoncés par la victime dans sa plainte avec constitution de partie civile, de sorte que, la matière litigieuse déterminée par la victime survit, et continue de définir l'étendue de la saisine du juge d'instruction, sauf élargissement de celle-ci par le parquet ou d'autres parties civiles par apport de faits nouveaux.

2) Le rôle de la partie civile dans la conduite de l'instruction préparatoire

494. – Les droits de la partie civile dans la conduite de l'information judiciaire – La consécration de la place de la victime dans le procès pénal résulte assurément de l'introduction dans le Code de procédure pénale d'un article préliminaire par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000,

¹⁴⁷¹ Cass. crim., 7 avr. 2009 : *Procédures* 2009, comm. 245, obs. Buisson.

qui affirme, premièrement, que « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* », et deuxièmement, que « *l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénal* »¹⁴⁷², conformément aux souhaits exprimés par la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui un « *procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer une partie dans une situation désavantageuse* ». ¹⁴⁷³ Bien qu'elle se rapproche davantage du parquet par le fait qu'elle soutient l'accusation pénale, la partie civile demeure une partie privée au procès pénal, ce qui a conduit le législateur à lui calquer les droits procéduraux du mis en examen. C'est ainsi que l'article 89-1 du Code de procédure pénale dispose que « *lors de sa première audition, la partie civile est avisée de son droit de formuler une demande d'acte ou de présenter une requête en annulation sur le fondement des articles 81, neuvième alinéa, 82-1, 156, premier alinéa, et 173, troisième alinéa, durant le déroulement de l'information et au plus tard le vingtième jour suivant l'envoi de l'avis prévu par le premier alinéa de l'article 175, sous réserve des dispositions de l'article 173-1* ». Ainsi, à l'instar du mis en examen, la partie civile peut saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit « *prescrit un examen médical, un examen psychologique ou [à ce qu'il soit] ordonné toute mesure utile* »¹⁴⁷⁴ ou « *procédé à [son] audition ou à [son] interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par [les parties] d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui [lui] paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* »¹⁴⁷⁵ lui faisant obligation, s'il n'entend pas faire droit à la demande, de rendre une ordonnance motivée, au plus tard dans un délai d'un mois, qui s'il n'est pas respecté permet à la partie civile de saisir directement le président de la chambre de l'instruction. Sur le fondement de l'article 82-2 du même Code, la partie civile peut demander au juge d'instruction à ce que ce dernier procède « *à un transport sur les lieux, à l'audition d'un témoin, ou d'une autre partie civile ou de l'interrogation de la personne mise en examen* ». ¹⁴⁷⁶ Par ailleurs, il peut être observé, à l'instar du mis en examen encore, que l'article 156-1° du Code de procédure pénale permet à la partie civile, « *dans le cas où se pose une question d'ordre technique* » de demander au juge d'instruction d'ordonner une expertise, en précisant dans sa demande, si elle le souhaite, « *les questions qu'elle voudrait voir poser à l'expert* ». Bien évidemment, la partie civile dispose également de la faculté de demander la clôture de l'information judiciaire dans les délais fixés par le juge d'instruction dès le début de l'instruction préparatoire sur le fondement de l'article 175-1 du

¹⁴⁷² C. LAZERGES, « Le renforcement des droits des victimes par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 », *APC* 2002, n° 24, 15. – F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », in *La protection de la personne*. Rapport de la Cour de cassation, *ibid.* – A. d'HAUTEVILLE, « Les droits des victimes », *RJC* 2001, 107.

¹⁴⁷³ CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A, n°11, §. 26.

¹⁴⁷⁴ Art. 81 C. proc. pén.

¹⁴⁷⁵ Art. 81-2 C. proc. pén.

¹⁴⁷⁶ Art. 82-2-2° C. proc. pén.

Code de procédure pénale, ou en application du même texte, à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en matière criminelle. La partie civile dispose par ailleurs de la faculté de demander à la chambre de l'instruction l'annulation des actes frappés de nullité sur le fondement de l'article 173-3° du Code de procédure pénale, à la condition toutefois que la requête en annulation ne porte pas sur des actes de procédure pouvant faire l'objet d'un appel de la part des parties. L'intérêt de la requête en annulation pour la partie civile est identique à celui du mis en examen, et réside dans le fait qu'elle va pouvoir, par ce biais, faire exclure du débat judiciaire des actes ou pièces de procédure portant atteinte à ses intérêts¹⁴⁷⁷, ce qui lui permettra de maîtriser la matière litigieuse en exerçant une emprise certaine sur l'orientation de l'information judiciaire.

495. – L'influence prégnante de la partie civile dans la conduite de l'instruction – À l'instar de ce que nous avons pu observer à propos du mis en examen, l'ensemble des droits procéduraux octroyés à la victime constituée partie civile lui permet de participer activement à la conduite de l'instruction préparatoire. Si le juge d'instruction conserve un rôle actif dans la conduite de l'instruction, celui-ci se trouve considérablement affaibli par le fait que le parquet, le mis en examen, et la partie civile concourent tous, à égalité de droits ou presque, à la manifestation de la vérité, et interviennent à ce titre dans la conduite de l'instruction préparatoire. L'étude des droits procéduraux dévolus à la partie civile tend à démontrer que, si elle ne peut encore s'emparer totalement de l'instruction préparatoire par une demande générale d'investigation, son autonomie dans la maîtrise du litige pénal au stade de l'instruction préparatoire se trouve toutefois considérablement renforcée ces dernières années dès lors que le juge d'instruction ne peut que difficilement rejeter ses demandes, sauf à pouvoir motiver un tel choix, et à ce qu'une telle motivation passe avec succès l'épreuve de la chambre de l'instruction ; les décisions du juge d'instruction étant susceptible d'être frappée d'appel par la partie civile. L'ensemble des droits procéduraux permettant à la partie civile de participer à la manifestation de la vérité et, *in fine*, à l'établissement de la culpabilité du mis en cause, nous semble découler de l'exercice de l'action pénale privée au regard de la finalité répressive qu'ils poursuivent, d'une part, et par le fait qu'ils constituent la suite logique et naturelle du droit de se constituer partie civile, d'autre part. En autorisant la partie civile qui exerce l'action pénale privée à se comporter comme un véritable agent de la répression corroborant l'action publique, le droit positif atténue de manière significative le caractère inquisitoire de l'instruction préparatoire profit du modèle accusatoire qui

¹⁴⁷⁷ Cons. Const. n° 2010-15/23 QPC du 23 juill. 2010 : *AJDA* 2010, 1553, obs. Dreyfus.

tend à faire du procès « *la chose des parties* ». ¹⁴⁷⁸ Le rôle répressif que la partie civile peut être amenée à jouer dans la conduite de l'information judiciaire illustre le fait que le juge d'instruction ne dispose plus aujourd'hui de la même latitude dans la conduite de l'instruction préparatoire qu'auparavant, dès lors que son rôle d'*ordonnator* se trouve aujourd'hui dévolu, dans une large proportion, aux parties, ce qui confirme bien la mutation progressive de la fonction du magistrat instructeur en « *juge de la mise en état des affaires pénales* ». L'argument nous semble d'autant plus pertinent que, à l'instar de ce que nous avons pu observer à propos du parquet et du mis en examen, le magistrat instructeur se voit quasiment contraint de diligenter les actes demandés par la partie civile. ¹⁴⁷⁹

496. – La maîtrise de l'instruction par l'exercice de l'appel – À l'instar du mis en examen là encore, la partie civile dispose de la faculté d'interjeter appel des décisions prises par le juge d'instruction, bien que celle-ci soit a priori plus restreinte que pour le mis en examen. Les articles 186-2°, 186-1, et 186-3 du Code de procédure pénale dressent en effet la liste des décisions du juge d'instruction susceptibles de faire l'objet d'une telle voie de recours de la part de la partie civile. Selon le premier de ces textes, « *la partie civile peut interjeter appel des ordonnances de non-informer, de non-lieu et des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils. Toutefois, son appel ne peut, en aucun cas, porter sur une ordonnance ou sur la disposition d'une ordonnance relative à la détention de la personne mise en examen ou au contrôle judiciaire* ». Ce texte est particulièrement intéressant en ce qu'il tend à démontrer que la maîtrise de la matière litigieuse par la partie civile conduit à lui octroyer des prérogatives pénales qui en font un concurrent direct du parquet dans l'exercice de l'action publique. Alors qu'il est traditionnellement affirmé que si la victime peut mettre en mouvement l'action publique, seul le parquet peut l'exercer, il doit être observé ici qu'en permettant à la partie civile d'interjeter appel des ordonnances de non-lieu par exemple, le législateur lui offre la faculté d'exercer, d'une certaine manière, l'action publique. En effet, en principe, une décision sur l'action publique acquiert l'autorité de la chose jugée si le parquet ne fait pas appel. ¹⁴⁸⁰ Mais, pendant l'instruction, l'appel d'une ordonnance de non-lieu interjeté par la seule partie civile va avoir un effet dévolutif qui, en raison des pouvoirs d'évocation particuliers de la chambre de l'instruction pourra aboutir à une ordonnance de renvoi. ¹⁴⁸¹ Par ailleurs, l'on sait que la jurisprudence interprète la notion « *d'actes faisant grief à ses intérêts civils* » de manière relativement souple, ce qui tend à élargir le droit

¹⁴⁷⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 516.

¹⁴⁷⁹ V° supra, n°...

¹⁴⁸⁰ Tel est le cas en matière correctionnelle, où, en cas de relaxe du prévenu, l'appel de la seule partie civile n'aura d'effets que sur l'action civile, sans qu'une remise en question de la décision sur l'action publique soit possible.

¹⁴⁸¹ Cass. crim., 27 mars 2008 : *Bull. crim.* 2008, n° 81. Déjà en ce sens : Cass. crim. 15 oct. 1969 : *Bull. crim.*, n° 249. – 28 avr. 1981 : *Bull. crim.*, n° 128.

d'appel reconnu à la partie civile à des ordonnances qui font en réalité davantage grief à ses intérêts à la répression. Cette solution se justifie pleinement dès lors que le droit positif reconnaît à la partie civile la faculté de participer à la manifestation de la vérité en lui octroyant un ensemble de prérogatives procédurales lui permettant d'agir en ce sens, il semble logique de lui octroyer la faculté de contester, par l'exercice de l'appel, les décisions qui ne lui semblent pas tendre dans cette direction. Ainsi, à l'instar du mis en examen, la partie civile peut naturellement « *interjeter appel des ordonnances prévues par le neuvième alinéa de l'article 81, par les articles 82-1 et 82-3, et par le deuxième alinéa de l'article 156* », ce qui lui permet de contester les décisions par lesquelles le juge d'instruction refuse d'accomplir, à la demande de la partie civile, l'un des actes de procédures visés par ces textes.¹⁴⁸² Par ailleurs, même si la partie civile ne dispose pas de la faculté de contester par la voie de l'appel les ordonnances de renvoi prise par le juge d'instruction, la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 précitée reconnaît à cette dernière la faculté d'interjeter appel des ordonnances de renvoi « *disqualifiantes* » devant le tribunal correctionnel, ce qui est le cas lorsque les faits de la cause sont susceptibles de recevoir une qualification criminelle, sur le fondement de l'article 186-3 du Code de procédure pénale. Cette disposition témoigne naturellement de ce que le législateur entend donner les moyens à la partie civile de maîtriser la matière litigieuse tout au long de la phase d'instruction préparatoire.

497. – La maîtrise de l'instruction par l'exercice du pourvoi en cassation – Jusqu'à la décision du Conseil Constitutionnel en date du 23 juillet 2010¹⁴⁸³, la partie civile disposait d'une faculté extrêmement réduite de se pourvoir en cassation.¹⁴⁸⁴ Le principe posé par l'article 575 du Code de procédure pénale était le suivant : la partie civile ne pouvait se pourvoir que si le parquet l'avait déjà fait lui-même. Comme souvent, de nombreuses exceptions limitaient le principe. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 575 du Code de procédure pénale prévoyait que la partie civile pouvait se libérer de la tutelle du parquet concernant les arrêts de refus d'informer ; prononçant l'irrecevabilité de l'action civile ; admettant une exception mettant fin à l'action publique ; décidant l'incompétence de la juridiction saisie ; ayant omis de statuer sur un chef de mise en examen ; ne satisfaisant pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale, ou encore de ceux statuant en matière d'atteinte à la liberté individuelle. La faculté de se pourvoir en cassation était donc limitée à ces hypothèses pour la partie civile. Mais au printemps 2010, la chambre criminelle a transmis trois QPC au Conseil Constitutionnel portant sur la conformité

¹⁴⁸² Naturellement, l'appel de la partie civile se trouve soumis au pouvoir de filtrage du président de la chambre de l'instruction, comme cela est le cas concernant le mis en examen. Sur cette question, V° *supra* n°...

¹⁴⁸³ Cons. Const. n°2010-15/23 QPC du 23 juill. 2010 : *ibid.*

¹⁴⁸⁴ C LACROIX, « L'accès à la chambre criminelle de la Cour de cassation par les parties civiles : de la nécessité de modifier l'article 575 du Code de procédure pénale », *Dr. pén.* 2007, étude 2.

des dispositions de l'article 575 du Code de procédure pénale aux exigences de la Constitution. Le Conseil Constitutionnel a accueilli favorablement ces QPC en affirmant l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 575, considérant que « *la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public, [...] la disposition contestée a pour effet, en l'absence de pourvoi du ministère public, de priver la partie civile de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure* », ce qui revient à priver « *ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, [ce qui constitue] une restriction injustifiée aux droits de la défense* ». Cette décision du Conseil Constitutionnel, si elle doit être bien évidemment approuvée en ce qu'elle offre une meilleure garantie des droits fondamentaux que la Cour européenne des droits de l'homme ou le Conseil d'Etat sur cette question, présente un grand intérêt en ce qu'elle démontre, d'une part, que ce sont les « *droits de la défense* » qui sont appliqués à la partie civile, ce qui devrait permettre de garantir une égalité de droits parfaite entre le mis en examen et cette dernière, d'autre part, que les droits reconnus à la victime, *a fortiori* lorsqu'elle est constituée partie civile, ont vocation à recevoir une nature constitutionnelle. Cette solution est logique, dans la mesure où l'on peine à voir au nom de quel principe, les droits reconnus à la partie civile, dès lors qu'ils sont identifiés et consacrés comme des droits de la défense, ne pourraient pas bénéficier de la même valeur juridique, et donc, du même degré de protection que ceux du mis en cause.

498. – En conclusion – L'accroissement des prérogatives procédurales de la partie civile exerçant l'action pénale privée lui permet aujourd'hui de participer à la maîtrise la matière litigieuse en intervenant de manière significative sur le déroulement de l'information judiciaire. À ce titre, nous pouvons constater que la partie civile, à l'instar du mis en cause, dispose de la faculté de saisir magistrat instructeur, d'une demande écrite et motivée, en vue qu'il soit procédé à l'accomplissement de tous les actes qui lui paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ; qu'elle peut contester les décisions rendues par le juge d'instruction par la voie de l'appel interjeté devant la chambre de l'instruction, dont elle peut également contester les arrêts puisque le Conseil Constitutionnel, en abrogeant l'article 575 du Code de procédure pénale, lui permet désormais de se pourvoir en cassation. Si l'ensemble des prérogatives procédurales dévolues à la partie civile au stade de l'instruction préparatoire témoigne de la volonté, du juge comme du législateur, d'aménager les règles de la procédure pénale à son statut de partie au procès pénal, ce qui implique, à l'aune du principe de l'égalité des armes, de lui permettre de défendre ses intérêts à égalité de droits avec les autres parties, il témoigne également du déclin de la dominante inquisitoire de l'instruction préparatoire. La partie civile exerçant l'action pénale privée, à l'instar

des parties à l'action publique, se voit attribué un rôle d'*ordonnator* traditionnellement attaché à la personne du juge d'instruction qui, dans la maîtrise de la procédure, se trouve désormais contraint de coopérer avec les parties, et notamment les parties civiles corroborant l'action publique. Cette recomposition de la répartition des rôles processuels du juge et des parties renforce notre conviction qu'un principe dispositif émerge actuellement dans l'instance pénale, et plus précisément ici, au stade de l'information judiciaire.

B – L'INFLUENCE DES PARTIES CIVILES SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE EN JUGEMENT

499. – Une influence variable selon le cadre processuel utilisé – Nous avons pu constater que le redéploiement des prérogatives du parquet dans l'instance pénale s'illustre principalement par la faculté qui lui est reconnue de pouvoir opter pour des voies procédurales lui permettant de régler le litige pénal en contournant la phase décisive classique : celle de l'audience pénale. Or, en cas d'impulsion de l'instance pénale par le parquet, la victime n'a aucune prise sur le choix processuel dans lequel celui-ci s'engage pour régler le litige pénal, et si ce dernier s'engage dans une procédure d'ordonnance pénale ou de CRPC, la victime peut voir ses droits se restreindre considérablement. De la même manière, si la partie civile a vu son « droit » à la vérité mieux pris en compte par l'instauration de l'audience en déclaration d'irresponsabilité pénale, par exemple, des barrages idéologiques l'empêchent, pour l'heure du moins, de pouvoir interjeter appel du volet pénal des décisions rendues par les juridictions de jugement. Ainsi, l'influence de la partie civile sur le déroulement de l'instance en jugement varie considérablement selon que celle-ci est ordinaire (1) ou accélérée (2).

1) Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement ordinaire

500. – La maîtrise de la matière litigieuse par la partie civile – Sauf à ce que le parquet ait déclenché l'action publique, les victimes peuvent impulser l'instance pénale en citant directement l'auteur de l'infraction devant le tribunal correctionnel.¹⁴⁸⁵ Le droit d'impulser l'instance pénale étant en principe réservé aux seules « *victimes pénales* », les « *victimes civiles* » ne peuvent pas, *a priori*, saisir le tribunal correctionnel ou le tribunal de police directement de leur litige par voie de citation directe.¹⁴⁸⁶ Les articles 550 et 551 du Code de procédure pénale réglementent les

¹⁴⁸⁵ Art. 392 C. proc. pén.

¹⁴⁸⁶ En ce sens : Cass., ass. plén., 9 mai 2008 : *ibid.* – Cass. crim., 20 mai 2008 : *ibid.* – 10 nov. 2009 : *ibid.* – 1^{er} sept. 2010 : *ibid.*

conditions de forme que la citation doit remplir pour saisir valablement la juridiction de jugement. Or, l'alinéa 2 de l'article 551 prévoit expressément que « *la citation énonce le fait poursuivi et vise le texte de la loi qui le réprime* ». De fait, à l'instar du parquet, la victime borne *de facto* les éléments du litige dont le tribunal sera saisi dès lors qu'elle doit énoncer le fait poursuivi et viser le texte de loi qui le réprime. À l'instar de ce qui a pu être observé concernant le parquet, la juridiction de jugement peut également se trouver saisie par une décision de renvoi ou de mise en accusation rendue par les juridictions de l'instruction, elles-mêmes saisies initialement d'une plainte avec constitution de partie civile émanant de la victime. En pareille situation, la délimitation de la matière litigieuse ne relève plus à proprement parler de la partie civile, mais des juridictions de l'instruction, les contours de la matière litigieuse dont la juridiction de jugement se trouve saisie étant définis dans l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation prise par le juge d'instruction, ou l'arrêt de renvoi ou de mise en accusation rendu par la chambre de l'instruction. Cela ne signifie pas pour autant que les juridictions de l'instruction délimitent la matière litigieuse, mais qu'elles opèrent un tri dans les faits dont elles ont été saisies, tant par la demande initiale que par des demandes additives intervenues en cours d'instruction, en vue de ne transmettre à la juridiction de jugement que ceux susceptibles de revêtir une qualification pénale ; dont la réalité de l'existence tend à être démontrée par un ensemble d'éléments probants ; et pour lesquels un ou plusieurs auteurs ont pu être identifiés, et à l'encontre desquels existent un certain nombre d'éléments à charge permettant de présumer leur participation dans la commission de ces derniers. Les juridictions de l'instruction ne font donc, de ce point de vue, qu'affiner, au regard des résultats de l'information judiciaire, le contenu de la matière litigieuse délimitée par la partie civile au déclenchement des poursuites par sa plainte avec constitution de partie civile, ainsi que les éventuels demandes additives émanant de cette dernière ou des réquisitoires supplétifs du parquet ayant pu intervenir durant l'information judiciaire.

501. – L'étendue de la saisine des juridictions de jugement par la partie civile – Celles-ci se trouvent saisies *in rem* et *in personam*, comme lorsqu'elles sont saisies par le parquet, de sorte qu'elles ne peuvent étendre les termes du litige délimités par la partie civile en se saisissant de faits nouveaux dont elles auraient connaissance lors des débats, ni étendre leur saisine à des personnes qui n'ont pas fait l'objet de poursuites pénales de la part de la partie civile, ce qui ne signifie pas que le parquet ait pu, à son tour, cité à comparaître d'autres personnes que celles visées dans la citation directe de la partie civile pour les faits dont celles-ci a saisi la juridiction de jugement. De la même manière, rien n'interdit au parquet de saisir ultérieurement la juridiction de jugement de faits révélés à l'audience lors du procès initié par la victime, voir d'ouvrir une information judiciaire ou encore de recourir à une procédure alternative aux poursuites. Si les juridictions de

jugement ont l'obligation de statuer sur les litiges dont elles sont saisies, ce n'est qu'à la condition que le dossier de la procédure soit en état d'être jugé. Or, l'appréciation de la partie civile sur ce point peut être démentie par la juridiction de jugement qui considère ne pas disposer d'éléments suffisants pour lui permettre de statuer sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale qu'elle dirige contre la ou les personnes mises en cause dans la commission ou la participation à la commission des faits visés par la citation directe. Le caractère inquisitoire de notre procédure pénale se manifeste ici avec vigueur puisque, sans dénaturer les termes du litige délimités par la victime, le tribunal peut ordonner toutes investigations complémentaires qu'il juge utile à la manifestation de la vérité.¹⁴⁸⁷

502. – Les droits de la partie civile dans l'audience pénale classique – Suivant la logique mise en œuvre au stade de l'instruction, la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 tend à calquer les droits de la partie civile au sein de l'audience sur ceux du mis en cause. Cela se traduit bien évidemment par la faculté offerte à la partie civile de déposer des conclusions devant la cour d'assises, le tribunal correctionnel et les juridictions compétentes en matière contraventionnelle. Comme pour le mis en cause, la partie civile dispose de la faculté de jouer un rôle actif durant l'audience pénale, principalement en matière criminelle, les audiences en matière correctionnelle ou contraventionnelle n'étant plus réellement le lieu de véritables débats de fond permettant à la victime de poser ou faire poser des questions à son auteur en vue d'obtenir un éclairage sur sa personnalité, ses mobiles, voir plus généralement de le confondre, du fait de l'enchaînement très rapide des affaires. En règle générale donc, il n'y a réellement que devant la cour d'assises que la partie civile va pouvoir réellement exercer les prérogatives que la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 lui offre en lui permettant, ainsi qu'à son avocat, de poser directement des questions au mis en examen, au témoin, à l'expert, et plus généralement, à toute personne appelée à la barre, par l'intermédiaire du président, ou en demandant la parole au président pour son avocat. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 385 du Code de procédure pénale, applicable en matière délictuelle devant le tribunal correctionnel, comme en matière contraventionnelle devant le tribunal de police par renvoi de l'article 522 du même Code, qu'en l'absence d'instruction préparatoire la partie civile peut soulever devant la juridiction de jugement les exceptions tirées de la nullité de la procédure antérieure¹⁴⁸⁸, lesquelles doivent être soulevées *in limine litis*. En outre, il

¹⁴⁸⁷ V° not. : art. 434 ; art. 456 ; art. 463 C. proc. pén.

¹⁴⁸⁸ Il convient de rappeler en effet que, si la juridiction de jugement est saisie par renvoi d'une juridiction d'instruction, deux situations doivent être distinguées. La première est celle dans laquelle un vice affecte l'ordonnance ou l'arrêt qui a saisi la juridiction de jugement. Dans ce cas, celle-ci renvoie la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction afin que la procédure soit régularisée. La seconde est celle dans laquelle l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction a été rendue sans que les conditions

doit être observé qu'à l'instar du mis en cause, la partie civile dispose de prérogatives procédurales tendant à lui permettre de participer activement à l'instruction de l'affaire devant les juridictions de jugement, en l'absence d'information judiciaire préalable. Ainsi, la victime constituée partie civile peut demander au président, par voie de conclusions, l'accomplissement de certains actes matériels que ce dernier est alors libre d'ordonner, selon que ces actes sont susceptibles d'apporter ou non un supplément d'information à la juridiction de jugement. Il en est ainsi bien évidemment des demandes tendant à un transport sur les lieux, à la réalisation d'une simple expertise, ou encore d'un supplément d'information. À l'instar du juge d'instruction, la juridiction de jugement est tenue de répondre aux demandes formulées par la partie civile, et ici encore, l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale nous semble s'affirmer dès lors que, seul le juge a, en principe, l'initiative du supplément d'information, conformément aux dispositions des articles 283, 463 et 538 du Code de procédure pénale. Or, en donnant la faculté à la partie civile d'être à l'initiative de nouvelles investigations susceptibles de modifier les contours de la matière litigieuse, lors de l'instruction à l'audience pénale, le Code de procédure pénale confirme le retrait du juge dans la conduite de l'instance pénale au profit des parties.

503. – Les limites au pouvoir pénal de la partie civile devant la cour d'assises – L'extension des « *droits de la défense* » à la partie civile trouve des limites, et le droit de récusation des jurés susceptible d'être exercé devant la cour d'assises en constitue un excellent exemple. En principe, dans le cadre du procès criminel, le parquet et la défense disposent d'un droit de récusation qui leur permet d'écarter de la composition de la cour des jurés qui leur paraissent présenter un risque de partialité qui serait préjudiciable à leurs intérêts. Or, bien que la partie civile dispose du droit de récuser l'un des magistrats de la cour sur le fondement de l'article 669 du Code de procédure pénale, elle ne dispose pas, très curieusement, du droit de faire récuser un ou plusieurs jurés appelés à composer la cour, contrairement aux autres parties à l'instance pénale. Cette curiosité procédurale, qui a pu se justifier en des temps où la victime n'occupait pas la place qui est désormais la sienne dans le procès pénal, doit disparaître, nous semble-t-il, au regard des prérogatives pénales qui lui sont octroyées en vue de participer à la manifestation de la vérité. Or, si l'on admet au profit des parties à l'action publique le droit de récuser des personnes dont la présence leur semble contraire à la défense de leurs intérêts, l'on peine à comprendre ce qui, objectivement, s'oppose à reconnaître à la partie civile exerçant l'action pénale privée en vue de corroborer l'action publique pour participer à la manifestation de vérité, et permettre l'établissement de la culpabilité de l'auteur, un droit identique ? Pour aller dans notre sens, nous

prévues par l'article 175 du Code de procédure pénale aient été respectées. Dans ce cas, la partie civile demeure recevable à soulever, devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, les nullités de la procédure antérieure.

ferons remarquer que le « *rapport Léger* » proposait d'élargir le droit de récusation dont dispose le parquet ou le mis en cause à la partie civile, ce qui n'est pas choquant dès lors que celle-ci est partie pénal au procès, ce qui impose de lui appliquer le principe de l'égalité des armes.

504. – Les droits de la partie civile dans le déroulement de l'audience en déclaration d'irresponsabilité pénale – C'est bien parce que les victimes réclamaient depuis longtemps un regard plus approfondi sur la question de l'irresponsabilité pénale que le législateur a instauré une audience en irresponsabilité pénale à l'occasion de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008. L'objectif ici est naturellement de séparer l'étude de la personne et de l'acte afin que, malgré la décision d'irresponsabilité pénale, une sorte d'imputabilité morale puisse être établie par la reconnaissance de la matérialité de l'acte infractionnel. L'audience en irresponsabilité pénale permet donc l'établissement d'une sorte de "culpabilité morale" de l'auteur, qui impose naturellement l'octroi à la partie civile de droits procéduraux tendant à lui permettre de concourir à la manifestation d'une vérité judiciaire ne portant que sur l'existence de la matérialité de l'acte infractionnel. Puisque la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 organise un débat complet et contradictoire, comme dans l'audience de jugement classique, il est tout d'abord offert à la partie civile la faculté de solliciter une telle audience en demandant au juge d'instruction, qui estime à la fin de son information que l'article 122-1 du Code pénal est susceptible de s'appliquer et qu'il existe des charges suffisantes à l'encontre de la personne mise en examen, la transmission du dossier de la procédure au procureur général près la cour d'appel pour qu'il puisse saisir la chambre de l'instruction en vue de l'organisation devant cette dernière d'une audience répondant aux canons de l'audience pénale. Ainsi, l'avocat de la partie civile peut directement - ou la partie civile par l'intermédiaire du président - poser des questions à toutes les personnes se présentant à la barre. A l'issue de cette audience, la chambre de l'instruction décide s'il n'y a lieu à suivre s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits reprochés, soit un renvoi de la juridiction de jugement si les charges sont suffisantes et que l'article 122-1 du Code pénal n'a pas vocation à s'appliquer, soit de rendre un arrêt en déclaration d'irresponsabilité pénale.

505. – L'impossibilité d'interjeter appel du volet pénal des décisions rendues par les juridictions de jugement. – Bien que les droits procéduraux de la partie civile soient, en grande partie, calqués sur ceux de la défense, il peut être observé qu'elle ne peut toutefois interjeter appel que des dispositions civiles du jugement pénal. Si la solution paraît peu contestable lorsque la victime agit sur le fondement de l'action civile en vue d'obtenir l'indemnisation de ses préjudices, elle le devient dès lors que cette dernière agit sur le fondement de l'action pénale privée,

puisqu'en pareille circonstance, celle-ci, depuis le déclenchement des poursuites jusqu'à l'audience de jugement, est identifiée comme un acteur de la répression pénale qui, aux côtés du parquet, participe à la manifestation de la vérité en exerçant un certain nombre de prérogatives procédurales à finalité répressive. Est-il admissible et cohérent que la partie civile agissant sur le fondement de l'action pénale privée ne puisse contester, en appel, une vérité judiciaire affirmée par la décision de première instance pour laquelle on l'a autorisé à initier l'instance pénale, et à corroborer l'action publique tout long de celle-ci aux côtés du parquet ? Répondre négativement à cette question ne nous semble ni aberrant ni choquant dès lors qu'une telle solution nous semble relever d'une bonne administration de la justice, étant entendu qu'il est, d'une part, dans l'intérêt public que les crimes ne restent pas impunis, d'autre part, que de nombreux textes d'incrimination tendent aujourd'hui à défendre prioritairement des intérêts privés.¹⁴⁸⁹ Il est regrettable, sur ce point, que l'amendement relatif au droit d'appel de la partie civile des décisions rendues par les cours d'assises, déposé et adopté à l'Assemblée Nationale au moment du vote de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011, n'ait pas été soutenu par le Sénat. Cette situation nous semble d'autant plus grotesque qu'en l'absence d'appel interjeté par le parquet ou le condamné, l'appel sur intérêts civils formé par la partie civile conduit à un réexamen des faits par la juridiction répressive d'appel qui, chargée de rechercher l'existence d'une faute civile résultant d'un comportement pénalement réprimé, revient en réalité à rechercher l'existence d'une infraction pénale, qu'elle ne pourra pas réprimer, faute d'appel sur l'action publique. De fait, le temps de reconnaître à la partie civile la faculté de pouvoir interjeter appel des dispositions pénales d'une décision de justice, en limitant toutefois cette faculté aux seules dispositions relatives à la seule question de la culpabilité de l'auteur n'est-il pas venu ?¹⁴⁹⁰ Dans le même ordre d'idée, ne faudrait-

¹⁴⁸⁹ V° *supra*, n°...

¹⁴⁹⁰ La question de la conformité du droit positif - qui refuse d'ouvrir à la partie civile le droit d'interjeter appel des dispositions pénales des décisions rendues par les juridictions de jugement - aux canons du procès équitable mérite d'être soulevée. Elle l'a été récemment à l'occasion d'une QPC dans laquelle il était soutenu par le demandeur que « les dispositions de l'article 497 alinéa 3 du Code de procédure pénale, en ce qu'elles cantonnent la faculté d'appeler de la partie civile à ses seuls intérêts civils, porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et, notamment, au droit d'accès au juge, aux droits de la défense et au droit à l'égalité devant la justice ». La réponse formulée par la Cour de cassation mérite quelques développements, dans la mesure où cette dernière a refusé de transmettre cette QPC au Conseil Constitutionnel, au motif qu'elle « ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la cour d'appel, saisie par le seul recours de la partie civile, si elle ne peut prononcer de peine à l'encontre du prévenu définitivement relaxé, l'action publique n'étant exercée que par le ministère public ou les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, est tenue de rechercher si les faits déférés constituent une infraction pénale avant de se prononcer sur les demandes de réparation de la partie civile ». Si l'on suit le raisonnement proposé, l'impossibilité pour la partie civile de contester par la voie de l'appel la vérité judiciaire affirmée par la décision pénale est compensée par le fait que celle-ci sera de toute façon établie par le procès civil en réparation. Une telle solution nous semble franchement contestable, d'une part, en ce qu'elle admet que l'on puisse reconnaître au civil l'existence d'une infraction pénale sans qu'il soit possible d'en tirer toutes les conséquences au plan de la responsabilité pénale, d'autre part, en ce qu'elle porte atteinte tant aux intérêts privés de la victime qu'à ceux de la collectivité, dont le représentant a manifestement failli dans sa mission en n'interjetant pas appel d'une décision pénale qui aurait pu être réformée. Au surplus, cette solution ignore le cas où la partie civile agit dans le seul but de participer au procès pénal, et qu'elle le fait donc sans formuler aucune demande indemnitaire. Dans cette hypothèse, il n'y aura pas de procès civil à l'occasion duquel la cour d'appel sera susceptible de rechercher si les faits

il pas reconnaître à la partie civile la faculté de se pourvoir en cassation à l'encontre des jugements et arrêts rendus par les juridictions de jugement ? Actuellement, les dispositions de l'article 567 du Code de procédure pénale l'en empêchent, ce dernier disposant que la partie civile ne peut se pourvoir à l'encontre des arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police que s'ils portent atteinte à ses intérêts civils. A l'instar de l'appel, la victime constituée partie civile dans la cadre de l'action pénale privée ne peut se pourvoir en cassation à l'encontre du volet pénal de la décision pénale, alors même que cette dernière dispose de la faculté d'introduire l'instance pénale. L'on peut s'interroger sur la pertinence du système actuel au regard de la place qu'occupe la victime sur la scène pénale.

2) *Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement accélérée*

506. – Un rôle limité par le recours aux procédures de jugement accélérées – L'exigence de célérité en matière pénale a conduit le législateur à accélérer le temps judiciaire par l'introduction de procédures pénales permettant un traitement en temps réel des affaires pénales. Deux hypothèses doivent toutefois être distinguées ici. La première est celle dans laquelle le temps judiciaire se trouve accéléré par la comparution du mis en cause devant la juridiction de jugement dans un temps voisin de la commission de l'infraction. Tel est le cas par exemple de la comparution immédiate qui consiste à déférer l'auteur présumé d'une infraction pénale au parquet consécutivement à son interpellation ou à la fin de sa garde à vue afin qu'il soit jugé le jour même par la juridiction de jugement. La pratique révèle que dans bien des cas, la rapidité de cette procédure ne donne pas la possibilité à la victime d'être présente à l'audience de jugement parce que celle-ci n'a pu être informée dans des délais suffisants lui permettant de se présenter devant la juridiction répressive, soit que celle-ci ne dispose pas d'un délai suffisant pour évaluer et chiffrer le montant de ses préjudices, et ainsi formuler sa demande en réparation lorsqu'elle souhaite exercer son action civile parallèlement à son action pénale privée. *De facto*, la victime se trouve exclue de l'audience pénale et ne pourra donc y exercer l'ensemble des droits procéduraux dont elle dispose. La problématique est similaire, bien que différente toutefois, dans la deuxième hypothèse qui est celle dans laquelle le temps judiciaire se trouve accéléré du fait de l'utilisation par le parquet de la procédure d'ordonnance pénale. Si le parquet met en œuvre la procédure

constituent bien une infraction pénale. Ceci explique très certainement qu'à l'occasion des débats parlementaires relatifs au projet de loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs, la commission des lois de l'Assemblée nationale, contre l'avis du rapporteur et du Gouvernement, ait adopté un amendement instituant le droit pour la partie civile d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation en cas d'acquiescement de l'accusé, lequel fut supprimé par la suite. V° : Cass. QPC n° 10-81.659 du 16 juill. 2010 : D. 2010, IR, 1944. – A. GALLOIS, « Le droit pour la partie civile d'exercer une voie de recours en cas d'acquiescement », *Procédures* 2011, alerte 42.

d'ordonnance pénale, il prive *de facto* la victime de toute possibilité d'exercer son action pénale privée devant les juridictions de jugement. Mais, le législateur est intervenu ici pour permettre à la « *victime pénale* » de l'infraction de pouvoir faire échec, non pas à la décision du parquet, mais aux projets de ce dernier. D'abord, il peut être observé que, fort logiquement, si celle-ci a cité le prévenu devant le tribunal de police avant le recours du procureur de la République à la procédure d'ordonnance pénale, ce dernier ne peut plus l'utiliser puisque la saisine de la juridiction de jugement engage l'action publique, ce qui interdit à l'un quelconque de ses titulaires d'utiliser parallèlement une autre voie procédurale pour régler le litige pénal. Ensuite, si la procédure d'ordonnance pénale a été mise en œuvre par le parquet avant que la victime n'ait saisi la juridiction de jugement, elle dispose encore de la faculté d'exercer son action pénale privée en obtenant le retour à un débat contradictoire devant le tribunal de police dès lors que le prévenu ou le parquet ont formé opposition dans les délais impartis. D'ailleurs, l'article 528-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale permet à la victime de délivrer une citation jusqu'à l'ouverture des débats devant le tribunal de police. En matière délictuelle, où l'ordonnance pénale peut trouver à s'appliquer, le législateur permet cette fois à la partie civile de contraindre le parquet à revenir dans un cadre processuel classique puisque, selon l'article 495-6, la mise en œuvre de la procédure d'ordonnance pénale ne fait « *pas échec aux droits de la partie lésée de citer l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel. Le tribunal statue uniquement sur les intérêts civils si l'ordonnance pénale a acquis la force de chose jugée* ». En d'autres termes, la partie civile a la faculté, en exerçant son action pénale privée, d'annihiler le choix du parquet de recourir à une procédure d'ordonnance pénale en ramenant le litige dans le cadre processuel de la procédure de jugement ordinaire. Si cette disposition témoigne d'une prise en compte croissante des intérêts de la « *victime pénale* », et notamment de son « *droit* » à un procès pénal, elle illustre surtout l'emprise grandissante de celle-ci sur le déroulement de l'instance.

507. – Un rôle discret dans la procédure de CRPC – La victime se trouve, en principe, exclue de la phase de négociation de la CRPC, ce qui est logique dans la mesure où le débat sur la culpabilité du mis en cause est évacuée puisqu'elle a été préalablement reconnue par ce dernier, de sorte que le débat ne porte que sur la peine. L'objet de l'action pénale privée ne portant nullement sur la peine, mais sur la manifestation de la vérité et l'établissement de la culpabilité de l'auteur, celle-ci n'a plus lieu d'être du fait de la reconnaissance préalable de culpabilité par le prévenu qui, en reconnaissant les faits qui lui sont reprochés, permet à la vérité de se manifester. Sauf à ce que la victime saisissent le tribunal correctionnel ou le tribunal de police par voie de citation directe avant que le procureur de la République procède à la mise en œuvre d'une CRPC, ce qui a très peu de chance d'arriver en pratique, la victime se voit privée de la possibilité qui lui

est pourtant reconnue d'impulser l'instance pénale. Ici se manifeste une fois de plus la prééminence de l'autorité publique chargée de la poursuite pénale sur la victime particulière de l'infraction dans l'impulsion de l'instance pénale, ce qui est conforme, à la fois à l'ordre des priorités établies par l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, mais également à la finalité de l'action pénale privée qui ne permet à la victime que de déclencher le procès pénal en vue de corroborer l'action publique aux côtés du parquet qui a seul compétence pour l'exercer. La prééminence du parquet trouve toutefois ses limites lorsque, à la suite d'une information judiciaire, qu'elle ait été ouverte suite au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile de la victime pénale de l'infraction ou par la délivrance d'un réquisitoire introductif du parquet, il apparaît que les faits constituent un délit et que la personne mise en examen reconnaît sa culpabilité, le juge d'instruction propose de recourir à une CRPC plutôt que de le renvoyer devant le tribunal correctionnel pour y être jugé. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011¹⁴⁹¹ a introduit un article 180-1 dans le Code de procédure pénale, dont l'alinéa 1^{er} dispose que « *si le juge d'instruction estime que les faits constituent un délit, que la personne mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue, il peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, du mis en examen et de la partie civile, prononcer par ordonnance le renvoi de l'affaire au procureur de la République aux fins de mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément à la section 8 du chapitre Ier du titre II du livre II* ». Ce texte permet donc le recours à la CRPC à la fin d'une instruction préparatoire qu'à la condition que la partie civile exprime son accord en ce sens. Cette disposition peut surprendre dans la mesure où, le mis en examen reconnaissant sa culpabilité, l'action pénale privée devient sans objet si c'est cette dernière que la partie civile exerçait, de sorte que l'on pourrait être tenté de penser que cette disposition intéresse davantage la partie civile agissant sur le fondement de l'action civile. Pourtant, il n'en est rien. Tout d'abord, que la victime exerce l'action pénale privée par voie d'action ou d'intervention ne change strictement rien au fait qu'elle a le droit à ce que son action, débutée dans le cadre d'une instance ordinaire, aille à son terme naturel : l'établissement de la culpabilité de l'auteur à la suite d'un débat contradictoire organisé devant une juridiction de jugement impartiale et indépendante. À compter de l'instance où le parquet s'est engagé dans une instance pénale classique, il ne peut modifier son choix initial en cours d'instance sans qu'il ne se trouve contraint d'avoir l'assentiment de l'ensemble des parties à l'instance. Ensuite, il peut être remarqué que le lien entre la peine et la victime ressurgit ici.¹⁴⁹² Si l'objet de l'action pénale privée réside dans la manifestation de la vérité par l'établissement de la culpabilité de l'auteur, celui s'étend nécessairement, de manière implicite au

¹⁴⁹¹ Relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* du 14 déc. 2011, 21105.

¹⁴⁹² V° supra, n° ...

moins, à la satisfaction de la sanction d'une telle culpabilité par le prononcé d'une peine publique par le juge. Or, à compter de l'instant où la sanction de la culpabilité n'est plus envisagée dans un tel cadre processuel, mais dans celui d'une procédure secrète, de laquelle la victime est exclue, reposant sur une peine allégée parce que négociée entre le parquet et l'auteur des faits, il est certain que l'action pénale privée ne trouve pas son terme juste, légitime et naturel. De fait, la bifurcation en cours d'instance, d'une procédure ordinaire de jugement à une procédure transactionnelle, ne peut être un choix valide sans avoir reçu l'accord de la partie civile qui, en consentant à une telle modification du cadre processuel dans lequel son litige va être réglé, renonce *de facto* à l'exercice de son action pénale privée en cours d'instance. L'acceptation du recours à la CRPC à la fin de l'instruction préparatoire constitue pour la partie civile exerçant l'action pénale privée à un désistement d'instance. Elle renonce à poursuivre son action et à bénéficier des garanties du procès équitable dont elle pourrait se prévaloir devant le tribunal correctionnel.

508. – En conclusion – Les parties civiles exerçant l'action pénale privée, par voie d'action comme par voie d'intervention, disposent d'un certain nombre de prérogatives procédurales leur permettant de participer à la conduite de l'instance pénale dans sa phase décisive. La solution est logique dès lors que la privatisation des qualifications pénales et la soumission de notre procédure pénale au modèle de procès équitable élaboré au plan européen ne pouvait que conduire, dès lors que son statut de « *partie au procès pénal* » fut consacré par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, à lui étendre le bénéfice des « *droits de la défense* » reconnus au mis en cause, ce que le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer récemment par sa décision en date du 23 juillet 2010 précitée. Même si l'étude fait apparaître que l'égalité de droits à laquelle elle est en droit de prétendre au titre de son statut de « *partie pénale* » au procès pénal n'est pas encore réellement achevée - nous songerons ici à la reconnaissance juste, légitime, et naturel de son droit d'interjeter appel du volet pénal des décisions rendues par les juridictions répressives - l'expansion de ces prérogatives procédurales lui permet néanmoins d'intervenir de manière significative sur le déroulement de l'instance pénale, et ainsi participer à la maîtrise de la matière litigieuse, aux côtés du juge, du parquet, et de la défense. Reste que, notre constat ne vaut réellement que pour les procédures ordinaires de jugement, car en présence d'une procédure accélérée de jugement, les prérogatives procédurales de la partie civile se trouvent *de facto* limitées, sans toutefois être inexistantes.

509. – Conclusion du paragraphe 1 – L'émergence d'un principe dispositif dans l'instance pénale nous semble confirmée par la faculté offerte aux « *victimes pénales* » de se constituer partie civile pour participer à la conduite de l'instance, à quasi-égalité de droits avec les parties à l'action publique, en vue d'intervenir sur la délimitation des éléments du litige dont les juridictions répressives se trouvent saisies. Conséquence logique de la possibilité qui lui est reconnue par le droit positif d'impulser l'instance pénale, et de la reconnaissance législative de son statut de « partie » au procès pénal par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, la participation de la partie civile à la conduite de l'instance pénale s'impose comme une évidence. Véritable agent de la répression lorsqu'elle exerce son action pénale privée devant les juridictions répressives, que ce soit par voie d'action ou par voie d'intervention, la partie civile s'impose comme une « partie pénale » à l'instance, de sorte que ce statut ne peut que conduire, à l'aune du principe de l'égalité des armes, à lui reconnaître les mêmes prérogatives procédurales que le mis en cause dont elle engage, par son action, la responsabilité pénale. Si telle est bien la direction prise par le droit positif au lendemain de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, l'égalité ne semble pas encore totalement au rendez-vous, comme en témoigne d'ailleurs la décision d'abrogation des dispositions de l'article 575 du Code de procédure pénale, qui subordonnaient le recevabilité du pourvoi en cassation de la partie civile à la condition que le parquet l'ait fait lui-même, par le Conseil Constitutionnel. Cette décision est très intéressante en ce qu'elle consacre les « droits pénaux »¹⁴⁹³ de la partie civile dans l'instance pénale au rang de « droits de la défense », leur octroyant ainsi une valeur constitutionnelle, et devrait inspirer le législateur dans les réformes indispensables à l'instauration d'une véritable égalité de droits entre la partie civile et le mis en cause sur le déroulement de l'instance pénale, ce qui reviendrait à consacrer leur parfaite égalité procédurale dans la maîtrise de la matière litigieuse.

§. 2 – L'INFLUENCE DES PARTIES CIVILES EXERÇANT L'ACTION CIVILE

510. – Les prérogatives pénales des « *victimes civiles* » – Étant une action en réparation du dommage, l'action civile s'impose comme une action en responsabilité civile dirigée contre l'auteur de l'infraction, bien évidemment, mais également contre tous ceux qui, sur un plan civil, sont susceptibles de répondre de ces actes dommageables. N'ayant pour seul objet que la réparation du dommage, l'on peine à voir comment l'exercice de prérogatives pénales pourrait découler de celui de l'action civile. Pourtant, l'analyse démontre qu'à l'exception du droit de

¹⁴⁹³ Le Conseil Constitutionnel vise en effet « *la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure* ».

mettre en mouvement l'action publique, autrement dit d'impulser l'instance pénale, le législateur octroie aux « *victimes civiles* » constituées partie civile les mêmes prérogatives que celles octroyées aux « *victimes pénales* » exerçant l'action pénale privée. De fait, que ce soit au stade de l'instruction préparatoire **(A)** ou au stade de la phase décisive **(B)**, il peut être observé que les « *victimes civiles* » constituées partie civile participent activement à la délimitation des éléments du litige en intervenant de manière significative sur le déroulement de l'instance pénale.

A – L'INFLUENCE DES PARTIES CIVILES SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTRUCTION

511. – Le rôle répressif des titulaires de l'action civile dans l'instruction – Comment expliquer aujourd'hui que la « *victime civile* » qui exerce l'action civile devant la juridiction pénale se trouve être titulaire d'un ensemble de prérogatives procédurales à finalité répressive qui sont, en principe, rattachées à l'exercice de l'action pénale privée ? Comment expliquer une telle confusion des genres au regard de la différence de nature, d'objet, de finalité des actions pénale privée et civile ? L'explication n'est pas à chercher dans le droit interne, bien qu'il manque cruellement de clarté et d'intelligibilité en ce qui concerne les actions en justice susceptibles d'être exercées par les victimes d'infractions pénales devant les juridictions répressives, mais dans le droit européen qui considère que l'exercice de l'action civile devant les juridictions pénales induit nécessairement un intérêt à la répression qui commande de permettre à son titulaire de disposer d'un certain nombre de prérogatives pénales lui permettant d'intervenir sur le déroulement de l'instance, notamment de l'instruction préparatoire **(2)** en vue de maîtriser la matière litigieuse au regard de ses intérêts indemnitaires **(1)**.

1) Le rôle de la partie civile dans la délimitation de la matière litigieuse

512. – Quand la réparation du dommage induit un intérêt à la répression – L'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives, par le fait qu'elle est une action de nature patrimoniale tendant à l'indemnisation des préjudices de la victime, ne devraient en principe doter son titulaire que de droits procéduraux tendant à cette fin, à l'exclusion de toute prérogative pénale. Pourtant, force est d'admettre que la Cour européenne des droits de l'homme - en considérant que l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme était pleinement applicable à l'action civile exercée conjointement à l'action publique, dès lors que l'issue de la procédure pénale est déterminante pour l'établissement du droit à réparation -

subordonne manifestement l'intérêt à la réparation à l'intérêt à la répression.¹⁴⁹⁴ Bien que la Cour de Strasbourg ait admis que le droit français distingue l'action civile de la participation de la victime au procès pénal, et qu'en ce sens elle réserve l'application de l'article 6 §.1 au seul exercice de l'action civile devant les juridictions répressives¹⁴⁹⁵, dès lors que celle-ci est intentée conjointement à l'action publique par la victime, la Cour de Strasbourg invite le législateur à attribuer à la partie civile des prérogatives lui permettant de participer activement à la manifestation de la vérité.¹⁴⁹⁶ Cette solution se justifie pour la Cour européenne par le fait que le législateur français, en admettant que la victime puisse porter sa demande en réparation devant la juridiction répressive dans le cadre d'une instance pénale, fait nécessairement dépendre le droit à réparation de la victime de la décision rendue sur l'action publique. De fait, à l'occasion de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, le législateur, en application du principe de l'égalité des armes issu du procès équitable, a progressivement calqué les droits de l'ensemble des parties civiles sur ceux de la défense. Par l'usage récurrent du terme « partie civile », le législateur a finalement conféré les mêmes prérogatives aux victimes pénales et aux victimes civiles dans l'instance pénale, à l'exception du droit de mettre en mouvement l'action publique qui demeure un droit procédural propre à l'action pénale privée. De fait, l'ensemble des prérogatives procédurales permettant à la victime de participer à la manifestation de la vérité, et donc à l'établissement de la culpabilité de l'auteur se trouvent indistinctement dévolus à la « *partie civile* ». Cette solution est éminemment critiquable dans la mesure où la Cour européenne fait fausse route en considérant que l'issue de la procédure pénale est déterminante pour l'établissement du droit à réparation, dès lors que le principe d'unité des fautes civiles et pénales n'est maintenu qu'en présence d'une faute pénale¹⁴⁹⁷, ce qui induit que son absence oblige la juridiction répressive à rechercher l'existence d'une faute civile susceptible d'engager la responsabilité civile des répondants, et ainsi donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts. C'est bien, nous semble-t-il, ce que prévoit l'article 4-1 du Code de procédure pénale pour le domaine non-intentionnel. Concernant le domaine intentionnel, la jurisprudence donnant

¹⁴⁹⁴ F. TULKENS, « Victimes et Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *ibid.* – D. ROETS, « Le contentieux de l'action civile et l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme : une tentative de clarification de la Cour de Strasbourg », *ibid.* – M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits de la victime dans le procès pénal », in *La place de la victime dans le procès pénal, Les cahiers de l'Institut sur la Justice*, *ibid.* – M.-L. LANTHIEZ, « La clarification des fondements européens des droits des victimes », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, *op. cit.*, 145. – P. COUV RAT, « Le rôle moteur du développement des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2002, *chron.* 2.

¹⁴⁹⁵ Cette solution n'emporte toutefois pas l'adhésion de l'ensemble des juges composant la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, le juge Martens appelle à une extension de l'applicabilité de l'article 6 §.1 au cas où la victime n'agit dans le procès pénal que pour contribuer à la condamnation de l'auteur (opinion rapportée par : F. TULKENS, *Victimes et Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, 51).

¹⁴⁹⁶ B. SIBI, « Le principe de l'égalité des armes et la victime au procès pénal », *RPDP* 2005, 547.

¹⁴⁹⁷ F. ROUSSEAU, « L'unité des fautes civile et pénale », in *Droit pénal : le temps des réformes*, *op. cit.*, 119.

à la définition de la faute civile intentionnelle un caractère plus large qu'en matière pénale, là aussi, l'absence de faute pénale n'induit nullement celle d'une faute civile.¹⁴⁹⁸ De fait, l'issue de la procédure pénale n'est pas nécessairement déterminante pour l'établissement du droit à réparation de la victime.

513. – La maîtrise de la matière litigieuse par la partie civile exerçant l'action civile – En principe, le seul droit auquel la « *victime civile* » n'a pas accès, c'est le droit d'initier l'instance pénale en saisissant directement le juge d'instruction par voie de plainte avec constitution de partie civile. De ce point de vue, la « *victime civile* » ne peut agir devant les juridictions de l'instruction que par voie d'intervention, ce qui suppose que l'instance pénale ait été introduite, soit par le parquet, soit par une « *victime pénale* » constituées partie civile. De ce point de vue, la « *victime civile* », sauf hypothèse où, consécutivement à sa plainte, le parquet saisit le juge d'instruction par voie de réquisitoire introductif en reprenant les faits exposés au sein de cette dernière, ne peut jamais définir les éléments du litige originel. Agissant par voie d'intervention, elle ne fait que s'immiscer dans une information judiciaire déjà ouverte, ou provoque, par son dépôt de plainte, l'ouverture d'une instruction préparatoire. En revanche, une fois constituée partie civile dans l'information ouverte par le parquet ou la « *victime pénale* », aucune disposition n'interdit à la « *victime civile* » de porter à la connaissance du juge d'instruction des faits nouveaux susceptibles de modifier les éléments du litige initial si le parquet les intègre à l'information en cours par voie de réquisitoire supplétif. L'article 85, I, alinéa 3, du Code de procédure pénale prévoit que, « *lorsque de nouveaux faits sont dénoncés au juge d'instruction par la partie civile en cours d'information, il est fait application des dispositions de l'alinéa* » 2, lequel subordonne la plainte avec donc la recevabilité de ces faits nouveaux à la décision du parquet, ou à l'écoulement d'un délai de trois mois, sauf à ce que ceux-ci tombent sous le coup des qualifications pénales visées par ce texte et pour lesquelles la victime dispose de la faculté de saisir directement le juge d'instruction sans avoir besoin de saisir préalablement du procureur de la République. Ce texte visant simplement la « *partie civile* », si ces faits nouveaux sont susceptibles d'influer sur la décision rendue sur l'action publique, alors ils influent nécessairement sur la recevabilité de la demande en réparation de la « *victime civile* », de sorte qu'ils doivent être intégrés dans l'information judiciaire en cours, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 86 du Code de procédure pénale. Si ces faits nouveaux ne sont pas susceptibles d'influer sur la décision rendue sur l'action publique, alors ils n'influent pas sur la recevabilité de la demande en réparation de la « *victime civile* », de sorte qu'ils ne devraient pas être intégrés à l'information judiciaire en cours. Ainsi, l'action civile exercée devant la

¹⁴⁹⁸ V° supra, n°...

juridiction répressive confère à son titulaire la faculté de modifier les éléments du litige pénal dès lors que ceux-ci sont susceptibles d'influer sur la décision qui sera rendue sur l'action publique, et ainsi modifier l'étendue de la saisine du juge d'instruction, emportant parfois l'engagement de la responsabilité pénale des individus suspectés d'avoir commis, ou participés à la commission, de ces faits nouveaux.

2) *Le rôle de la partie civile dans la conduite de l'instruction préparatoire*

514. – Le rôle répressif de la « victime civile » dans l'instruction – L'admission de la « *victime civile* » constituée partie civile devant les juridictions pénales étant traditionnellement fondée sur son droit à réparation, il n'est pas choquant de ce point de vue qu'elle puisse intervenir devant la juridiction d'instruction pour préserver ses intérêts civils. Mais, l'analyse tend à démontrer que, au nom de la préservation de son à droit à réparation, le législateur tend à lui octroyer les mêmes droits procéduraux qu'à la « *victime pénale* » exerçant l'action pénale privée. En effet, il peut être observé que les textes visant, sans autre précision, « *la partie civile* », ceux-ci sont applicables, en théorie, à toutes les parties civiles. L'on aurait pu espérer du juge davantage de circonspection dans l'application de ces textes, mais en dehors de la préservation du droit d'initier l'instance pénale en mettant en mouvement l'action publique aux seules « *victimes pénales* », ce dernier s'est soumis à la solution européenne, malgré son caractère erroné. C'est ainsi que les « *victimes civiles* » constituée partie civile devant les juridictions d'instruction bénéficient finalement des mêmes prérogatives procédurales que celles agissant sur le fondement de l'action pénale privée. C'est ainsi qu'à l'instar des « *victimes pénales* » exerçant l'action pénale privée, les « *victimes civiles* » constituées partie civile peuvent participer à la manifestation de la vérité en intervenant directement sur le déroulement de l'information judiciaire. Elles peuvent, à ce titre, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit « *prescrit un examen médical, un examen psychologique ou [à ce qu'il soit] ordonné toute mesure utile* »¹⁴⁹⁹ ou « *procédé à [son] audition ou à [son] interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par [les parties] d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui [lui] paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* »¹⁵⁰⁰, lui faisant ainsi obligation, s'il n'entend pas faire droit à la demande, de rendre une ordonnance motivée, au plus tard dans un délai d'un mois, qui s'il n'est pas respecté permet à la partie civile de saisir directement le président de la chambre de l'instruction. Elles peuvent, sur le fondement de l'article 82-2 du même Code,

¹⁴⁹⁹ Art. 81 C. proc. pén.

¹⁵⁰⁰ Art. 81-2 C. proc. pén.

demander au juge d'instruction à ce qu'il procède « à un transport sur les lieux, à l'audition d'un témoin, ou d'une autre partie civile ou de l'interrogation de la personne mise en examen »¹⁵⁰¹, tandis que l'article 156-1° du Code de procédure pénale leur offre la possibilité, « dans le cas où se pose une question d'ordre technique » de demander au juge d'instruction d'ordonner une expertise, en précisant dans sa demande, si elle le souhaite, « les questions qu'elle voudrait voir poser à l'expert ». Bien évidemment, la « victime civile » constituée partie civile dispose également de la faculté de demander la clôture de l'information judiciaire dans les délais fixés par le juge d'instruction dès le début de l'instruction préparatoire sur le fondement de l'article 175-1 du Code de procédure pénale, ou en application du même texte, à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en matière criminelle. Elle peut demander à la chambre de l'instruction l'annulation des actes frappés de nullité sur le fondement de l'article 173-3° du Code de procédure pénale, à la condition toutefois que la requête en annulation ne porte pas sur des actes de procédure pouvant faire l'objet d'un appel de la part des parties, ce qui lui permettra de maîtriser la matière litigieuse en exerçant une emprise certaine sur l'orientation de l'information judiciaire. De fait, l'ensemble des droits procéduraux octroyés à la « victime civile » constituée partie civile lui permet de participer activement à la conduite de l'instruction préparatoire, et ainsi participer à la délimitation des éléments du litige.

515. – La maîtrise de l'instruction par l'exercice des voies de recours – À l'instar de la « victime pénale » constituer partie civile sur le fondement de l'exercice de l'action pénale privée, la partie civile exerçant l'action civile dispose de la faculté d'interjeter appel des décisions prises par le juge d'instruction, dans les limites posées aux articles 186-2°, 186-1, et 186-3 du Code de procédure pénale. À l'instar de ce qui a déjà été observé précédemment, l'appel de l'ordonnance de non-lieu interjeté par la partie civile exerçant l'action civile va emporter le effet dévolutif que celui de l'appel interjeté par la partie civile exerçant l'action pénale privée, de sorte que, en raison des pouvoirs d'évocation particuliers de la chambre de l'instruction, celui-ci pourra aboutir à une ordonnance de renvoi.¹⁵⁰² Par ailleurs, le droit d'appel se trouve nécessairement étendu par le fait que la jurisprudence interprète la notion « d'actes faisant grief à ses intérêts civils » de manière relativement souple. Si la solution se justifie pleinement dans l'hypothèse de l'exercice de l'action pénale privée, elle est franchement contestable lorsque la partie civile n'agit que sur le fondement de l'action civile. Enfin, il doit être rappelé que la « victime civile » constituée partie civile dispose de la faculté qui lui est reconnue par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 précitée, d'interjeter appel des ordonnances de renvoi « *disqualifiantes* » devant le tribunal correctionnel. Au-delà de l'appel, il

¹⁵⁰¹ Art. 82-2-2° C. proc. pén.

¹⁵⁰² V° supra, n° ...

doit être observé que la partie civile exerçant l'action civile se trouve bénéficiaire, au regard de la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, de la décision d'abrogation des dispositions de l'article 575 du Code de procédure pénale rendue le 23 juillet 2010 par le Conseil Constitutionnel.¹⁵⁰³

516. – Les conséquences de l'influence prégnante de la « victime civile » sur le déroulement de l'information judiciaire – Si le juge d'instruction conserve un rôle actif dans la conduite de l'instruction, celui-ci voit son office considérablement affaibli par le fait qu'aux côtés des « parties pénales » à l'information judiciaire, les « victimes civiles » constituées partie civile en vue d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives participent, au même titre que ces dernières, à la manifestation de la vérité en intervenant sur le déroulement de l'instruction préparatoire. L'étude tend à démontrer que, si elles ne peuvent s'emparer totalement de l'instruction préparatoire par une demande générale d'investigation, l'extension des prérogatives procédurales reconnues aux « victimes pénales » constituées partie civile tend à leur donner une autonomie dans la maîtrise du litige pénal au stade de l'instruction préparatoire qui nous semble totalement déplacée. L'ensemble des droits procéduraux permettant à la partie civile de participer à la manifestation de la vérité et, *in fine*, à l'établissement de la culpabilité du mis en cause, ne peut découler que de l'exercice de l'action pénale privée, laquelle n'appartient qu'aux « victimes pénales ». De fait, en autorisant la partie civile agissant sur le fondement de l'action civile à se comporter comme un véritable agent de la répression corroborant l'action publique, le droit positif ruine la cohérence comme l'intelligibilité du système qu'il instaure à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, et que la jurisprudence tend à préserver en rappelant que le droit de se constituer partie civile n'appartient qu'à la victime qui souffre personnellement et directement de l'infraction. Jamais les « victimes civiles » ne devraient pouvoir endosser le rôle d'*ordonator* dans l'instruction préparatoire, à égalité de droits ou presque avec les « parties pénales ». Que certaines prérogatives leur soient reconnues en vue de préserver leur droit à réparation ne pose pas de problème tant qu'elles se limitent à la stricte défense de ce dernier, lequel, rappelons d'ores et déjà ici, repose sur la démonstration de l'existence d'une faute civile, et non sur celle d'une faute pénale.

517. – En conclusion – Il peut être observé que la partie civile agissant sur le fondement de l'action civile devant les juridictions de l'instruction se voit attribuer, à l'instar de celle exerçant l'action pénale privée, un rôle d'*ordonator* dans la conduite de l'instruction préparatoire qui nous semble franchement contestable. Nous ne remettons naturellement pas en cause le fait que la « victime civile » puisse se constituer partie civile par voie d'intervention en vue d'intervenir dans

¹⁵⁰³ Cons. Const. n° 2010-15/23 QPC du 23 juill. 2010 : *ibid.*

l'instruction préparatoire pour préserver son droit à réparation. Nous affirmons simplement que celle-ci, au regard de l'objet purement civil de son action, ne devrait pas bénéficier des mêmes prérogatives que les parties civiles agissant sur le fondement de l'action pénale privée, laquelle a un véritable objet pénal. L'étude démontre pourtant que le droit positif, en visant dans la plupart des textes « la partie civile » procède à une confusion des genres qui brouille la cohérence comme l'intelligibilité du mécanisme inséré à l'article 1er du Code de procédure pénale. De ce point de vue, il est parfaitement compréhensible qu'une large majorité d'auteurs se montrent hostiles à la présence prépondérante de la « victime » sur la scène pénale. Comment admettre en effet qu'une « victime civile » constituée partie civile sur le fondement d'une action civile dont l'objet ne peut être que civil par nature puisse influencer sur le déroulement de l'information judiciaire au même titre que la « victime pénale » ; qu'elle puisse ainsi saisir le juge d'instruction de demandes tendant à la manifestation de la vérité et à l'établissement de la culpabilité pénale de l'auteur de l'infraction ? Comment admettre que la « victime civile » puisse influencer sur les termes d'un litige pénal avec la même aisance que la « victime pénale » ? Si cette situation ne doit pas perdurer davantage, elle confirme en revanche la thèse de l'émergence d'un principe dispositif dans l'instance pénale.

B – L'INFLUENCE DES PARTIES CIVILES SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE EN JUGEMENT

518. – Une influence variable selon le cadre processuel utilisé – Si l'on peut constater que la « *victime civile* » constituée partie civile sur le fondement de l'action civile dispose, par extension, des mêmes prérogatives procédurales que la « *victime pénale* » agissant sur le fondement de l'action pénale privée au stade de l'instruction préparatoire, un tel constat peut aisément être exporté au stade décisif. Si l'intervention de la victime civile sur le déroulement de l'instance en jugement varie considérablement selon que celle-ci est ordinaire **(1)** ou accélérée **(2)**, à l'instar de ce que nous avons pu observer à propos de la partie civile agissant sur le fondement de l'action pénale privée, encore faut-il observer que, dans la défense de ses intérêts civils, elle peut être amenée, par l'exercice de son action civile à poursuivre la finalité de son action pénale privée sur le terrain civil, contournant ainsi son incapacité à faire valoir son droit à la vérité en appel ou en cassation.

1) *Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement ordinaire*

519. – La maîtrise de la matière litigieuse par la « victime civile » exerçant l'action civile –

Les « victimes civiles » ne pouvant, *a priori*, saisir le tribunal correctionnel ou le tribunal de police directement de leur litige par voie de citation directe¹⁵⁰⁴, celle-ci ne peuvent donc être à l'origine de la demande initiale ayant délimité la saisine de la juridiction pénale. Agissant nécessairement par voie d'intervention¹⁵⁰⁵, elles ne peuvent que s'inscrire dans une instance dont les éléments du litige ont été préalablement déterminé par le demandeur initial, que ce soit le parquet ou une « victime pénale ». De fait, la « victime civile » constituée partie civile inscrit nécessairement son action dans le cadre processuel d'un litige borné par les parties principales à l'instance pénale que sont le parquet ou la partie civile agissant sur le fondement de l'action pénale privée. Contrairement à ce qui a pu être observé au cours de la phase d'instruction préparatoire, les juridictions de jugement étant saisies *in rem*, la partie civile exerçant l'action civile ne peut étendre les termes du litige délimités par la partie civile en se saisissant de faits nouveaux dont elles auraient connaissance lors des débats. Peut-elle en revanche étendre la saisine des juridictions de jugement à des personnes qui n'ont pas fait l'objet de poursuites pénales de la part du parquet ou de la « victime pénale » constituée partie civile sur le fondement de l'action pénale privée ? Si elle ne peut pas engager la responsabilité pénale d'autres personnes que celles originellement mis en cause par le parquet ou la « victime pénale » constituée partie civile, la « victime civile » exerçant l'action civile dispose toutefois de la faculté d'étendre la saisine civile de la juridiction de jugement à des personnes devant répondre civilement des agissements du mis en cause.

520. – Les droits de la « victime civile » exerçant l'action civile à l'audience –

Suivant la logique déjà observée au stade de l'instruction, le droit positif tend à calquer, au sein de l'instance en jugement, les droits de la « victime pénale » constituée partie civile sur le fondement de l'action pénale privée à la « victime civile » constituée partie civile sur le fondement de l'action civile. Cela se traduit bien évidemment par le fait que la « victime civile » constituée partie civile dispose de la faculté de déposer des conclusions devant la cour d'assises, le tribunal correctionnel et les juridictions compétentes en matière contraventionnelle ; de jouer un rôle actif durant l'audience pénale en posant directement des questions au mis en examen, au témoin, à l'expert, et plus généralement, à toute personne appelée à la barre, par l'intermédiaire du président, ou en demandant la parole au président pour son avocat ; de soulever *in limine litis* devant la juridiction

¹⁵⁰⁴ V° supra, n°...

¹⁵⁰⁵ Sauf lorsqu'elles ont également le statut de « victime pénale » par le fait qu'elles peuvent se prévaloir d'une préjudice direct et personnel.

de jugement les exceptions tirées de la nullité de la procédure antérieure¹⁵⁰⁶, que ce soit en matière correctionnelle ou contraventionnelle ; demander, par voie de conclusions, l'accomplissement de certains actes matériels que le président est alors libre d'ordonner, selon que ces actes sont susceptibles d'apporter ou non un supplément d'information à la juridiction de jugement, que ce soit une demande tendant à un transport sur les lieux, à la réalisation d'une simple expertise, ou encore d'un supplément d'information. À l'instar du juge d'instruction, la juridiction de jugement est tenue de répondre aux demandes formulées par la partie civile, et ici encore, l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale nous semble s'affirmer dès lors que, le juge dispose seul, en principe, de l'initiative du supplément d'information, conformément aux dispositions des articles 283, 463 et 538 du Code de procédure pénale. À l'instar de ce qui a déjà pu être dit auparavant, en donnant la faculté à la partie civile d'être à l'initiative de nouvelles investigations susceptibles de modifier les contours de la matière litigieuse, lors de l'instruction à l'audience pénale, le Code de procédure pénale confirme le retrait du juge dans la conduite de l'instance pénale au profit des parties. Il peut, pareillement, être observé que la « *victime civile* » constituée partie civile dispose des mêmes droits procéduraux que la « *victime pénale* » constituée partie civile à l'audience en déclaration d'irresponsabilité pénale, et les mêmes limites concernant l'impossibilité d'exercer le récus des jurés devant la cour d'assises, ce qui est parfaitement justifié ici.

521. – L'impossibilité d'interjeter appel du volet pénal des décisions rendues par les juridictions de jugement. – Si nous avons vivement critiqué cette lacune du droit positif à l'encontre des « *victimes pénales* » constituées partie civile sur le fondement de l'action pénale privée, nous ne pouvons que l'approuver concernant les « *victimes civiles* » constituées partie civile dans la mesure où l'objet de leur action étant civil par nature, il ne saurait leur donner droit de contester le volet pénal d'une décision judiciaire. Toutefois, il doit être observé que l'exercice de l'action civile devant la juridiction répressive peut indirectement servir la cause soutenue par l'action pénale privée, notamment lorsque cette dernière se trouve stoppée par l'extinction de l'action publique. Si l'on assiste ces dernières années à une extension de l'autonomie de la compétence civile du juge pénal, qu'elle soit consécutive ou non à l'exercice de l'action publique d'ailleurs¹⁵⁰⁷, il peut être remarqué que la faculté reconnue à la partie civile d'interjeter appel des dispositions civiles du jugement pénal permet aujourd'hui à cette dernière d'obtenir, devant la cour d'appel comme la cour de cassation, un réexamen indirect du volet pénal de la décision rendue par la juridiction de jugement répressive. Si cette situation est possible, c'est parce que l'appel du volet civil d'un jugement pénal échet tout naturellement à la chambre des appels

¹⁵⁰⁶ V° supra, n°...

¹⁵⁰⁷ S. DETRAZ, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *ibid.*

correctionnels de la cour d'appel, ou à la chambre criminelle de la Cour de cassation en cas de pourvoi, et que, « *pour admettre sa compétence, en tant que juridiction répressive, elle est tenue de caractériser l'infraction pénale génératrice du dommage, et peut ainsi être amenée, le cas échéant, à « contredire » la relaxe ou l'acquiescement dont a précédemment bénéficié la personne poursuivie sur l'action publique, en reconnaissant sa culpabilité ou en lui imputant une autre qualification* ». ¹⁵⁰⁸ Sur ce point, l'affaire dite de "l'ours cannelle" illustre parfaitement le propos. ¹⁵⁰⁹ Dans une affaire plus récente encore, deux personnes avaient été poursuivies pour des faits de contrefaçon. L'un des deux prévenus avait été reconnu coupable du délit tandis que le second était relaxé par le tribunal correctionnel. La partie civile devait interjeter appel du jugement, ainsi que le ministère public, sauf que ce dernier avait limité son appel incident à la condamnation pénale, de sorte que la cour d'appel ne pouvait pas revenir sur la relaxe du prévenu devenant de fait définitive. Reste que la Cour de cassation devait valider le raisonnement tenu par les magistrats de la cour d'appel, qui, à l'occasion de l'examen de l'action civile, ont « *caractérisé les éléments constitutifs du délit de contrefaçon* » à l'égard de la personne relaxée, rejetant ainsi le pourvoi du prévenu relaxé qui contestait sa condamnation solidaire à payer des dommages-intérêts à la partie civile. En effet, pour la Cour de cassation, « *il résulte du principe selon lequel chaque responsable d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité et de la combinaison des articles 480-1 et 509 du code de procédure pénale que le prévenu définitivement relaxé, à la charge duquel la cour d'appel saisie de la seule action civile caractérise l'existence d'une infraction, est solidairement tenu des dommages-intérêts avec les autres codébiteurs ayant participé à cette infraction* ». Ces deux décisions mettent clairement en exergue le fait que l'appel du volet civil du jugement pénal est un moyen détourné pour la partie civile d'obtenir une "révision" de la décision pénale, et donc de manifester, par ce biais, sa maîtrise du litige. Bien évidemment, le juge pénal ne peut tirer juridiquement aucune conséquence, au plan pénal, des constatations effectués en appel ou en cassation de ce que la personne pénalement poursuivie est en réalité coupable des faits qui lui étaient reprochés. ¹⁵¹⁰ Mais, elles tendent à démontrer deux choses. La première, que toutes les victimes, qu'elles soient civiles ou pénales, ont intérêt à exercer l'action civile, en formulant une demande indemnitaire, quand bien même leurs attentes ne se situeraient qu'au plan de la répression pénale dès lors que l'appel du volet civil du jugement pénal pourra leur permettre de poursuivre le « *procès pénal* » sur le terrain de la responsabilité civile. La seconde, que ces décisions mettent en exergue l'indispensable besoin de permettre légalement aux victimes agissant en répression d'interjeter appel du volet pénal du jugement rendu par la juridiction répressive. Deux arguments plaident en ce sens : le premier tient, comme nous l'avons déjà dit, à la nécessaire cohérence du processus

¹⁵⁰⁸ S. DETRAZ, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *ibid.*

¹⁵⁰⁹ Cass. crim., 1^{er} juin 2010 : *Environnement* 2011, comm. 2, note Neyret.

¹⁵¹⁰ V^o récem. : Cass. crim., 12 févr. 2013 : *RCA* 2013, comm. 179. – 7 nov. 2012 : *ibid.* 2012, comm. 58.

répressif. Dès lors que la partie civile est érigée en acteur de la répression en vue de lui permettre de participer activement à la manifestation de la vérité, elle devrait pouvoir exercer toutes les voies de recours ouvertes au parquet tant que cette vérité ne se manifeste pas précisément.¹⁵¹¹ Le deuxième tient dans la nécessité d'un contre-pouvoir au ministère public. L'affaire de « *l'ours cannelle* » démontre que le parquet n'a pas accompli sa mission, et n'a pas correctement représenté les intérêts de la collectivité en ne défendant pas la loi qui a été appliquée ici de manière manifestement erronée.

2) *Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement accélérée*

522. – L'exclusion du rôle pénal de la « victime civile » en cas de recours à la CRPC – La rapidité de cette procédure ne donnent pas toujours la possibilité à la « victime civile » d'être présente à l'audience de jugement, celle-ci n'étant pas informée dans des délais suffisants lui permettant de se présenter devant la juridiction répressive, celle-ci ne disposant pas d'un délai suffisant pour évaluer et chiffrer le montant de ses préjudices lui permettant de formuler sa demande en réparation. Ceci explique que la procédure pénale prévoit certains aménagements lui permettant de saisir la juridiction pénale de ses seuls intérêts civils. Une telle prérogative lui est reconnue notamment par l'article 495-13, alinéa 2, du Code de procédure pénale qui dispose que « *si la victime n'a pu exercer [son action civile lors de l'audience d'homologation], le procureur de la République doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel statuant conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 464, dont elle sera avisée de la date, pour lui permettre de se constituer partie civile. Le tribunal statue alors sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat* ». Cette solution est à rapprocher de celle prévue à l'article 41-2, alinéa 9 du Code de procédure pénale qui prévoit que, si l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique, cette extinction « *ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel dans les conditions prévues au présent code* » et que « *le tribunal (...) ne statue alors que sur les seuls intérêts civils* », ou encore de celle retenue par l'article 495-5-1 relatif à la procédure d'ordonnance pénale, et qui prévoit que « *lorsque la victime de l'infraction est identifiée et qu'elle n'a pu se constituer partie civile dans les conditions prévues à l'article 495-2-1 ou lorsqu'il n'a pas été statué sur sa demande formulée conformément à l'article 420-1, le procureur de la République doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel statuant conformément à l'avant-dernier alinéa de l'article 464, dont elle est avisée de la date pour lui permettre de se constituer partie*

¹⁵¹¹ Étant entendu qu'à compter de l'instant où les prérogatives pénales de la victime ne tendent qu'à la manifestation de la vérité, les voies de recours que cette dernière pourrait exercer ne porteraient que sur la question de la culpabilité, et non sur celle relative à la peine.

civile. Le tribunal statue alors sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat ». À l'instar de ce qui peut être observé dans le cadre de la CRPC, il arrive donc que la juridiction pénale se trouve saisie de la seule action civile en réparation, après exercice classique de l'action publique ou non, en vue de statuer sur les seuls intérêts civils de la partie civile.¹⁵¹² Cette situation, pour intéressante qu'elle soit en ce qu'elle témoigne d'une privatisation de la compétence juridictionnelle du juge pénal, et démontre que l'action civile tend à se désolidariser de l'action publique au stade de la saisine des juridictions répressives, ne nous intéresse pas ici dans la mesure où elle n'illustre pas le rôle répressif que la « *victime civile* » constituée partie civile peut être amenée à jouer dans le déroulement de l'instance en jugement accélérée. En revanche, tel n'est pas le cas d'autres procédures accélérées de jugement.

523. – L'influence de la « *victime civile* » sur le déroulement de certaines procédures pénales accélérées – Si l'article 393-1 du Code de procédure pénale fait obligation, dans le cadre de la procédure correctionnelle de comparution immédiate, d'aviser « *par tout moyen* » la victime d'une infraction pénale de la date de l'audience à laquelle comparait son auteur, il doit être observé que ce texte vise simplement « *la victime* », de sorte que ce dernier est applicable aussi bien aux « *victimes civiles* » qu'aux « *victimes pénales* ». La solution est logique dans la mesure où les victimes peuvent engager leurs actions en justice respectives par voie d'intervention devant la juridiction répressive en vue d'y exercer les prérogatives qui y sont rattachées. Mais, la procédure de comparution immédiate étant une procédure dérogatoire au droit commun, elle obéit à un régime juridique particulier prévoyant à l'égard des parties des règles particulières, notamment pour les parties civiles. Ainsi, l'article 397-2 prévoit expressément que, « *à la demande des parties ou d'office, le tribunal peut commettre par jugement l'un de ses membres ou l'un des juges d'instruction de la juridiction désigné dans les conditions de l'article 83, alinéa premier, pour procéder à un supplément d'information* ». Il peut être remarqué que le texte visant « les parties », celui-ci est pleinement applicable aux victimes constituées partie civile, que celles-ci soient des « *victimes civiles* » exerçant l'action civile ou des « *victimes pénales* » exerçant l'action pénale privée ou les deux actions simultanément. Si l'on conçoit aisément qu'une tel droit constitue une opportunité pour la « *victime civile* » qui peut ainsi faire en sorte que le tribunal soit mieux éclairé en vue de garantir son droit à réparation, il lui permet aussi de se comporter en véritable agent de la répression corroborant l'action publique, si celle-ci ne l'utilise que dans le but de concourir à la manifestation de la vérité en vue d'établir la culpabilité de l'auteur. Dès lors que la victime est constituée partie civile à l'audience de comparution immédiate, celle-ci peut participer à la conduite de l'instruction de l'affaire lors de

¹⁵¹² S. DETRAZ, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *ibid.*

l'audience pénale et ainsi influencer sur le déroulement de l'instance à des fins répressives. Dans la procédure d'ordonnance pénale, le législateur a soigneusement pris soin de distinguer « *la partie lésée* », à laquelle il octroie des prérogatives pénales, notamment la faculté de ramener le litige dans le cadre processuel de la procédure ordinaire de jugement malgré le choix du parquet de recourir à la procédure d'ordonnance pénale, de la « *victime* » agissant pour la réparation de son dommage. À cette dernière, aucune prérogative lui permettant d'influer sur le déroulement de l'instance pénale ne lui ait reconnu.

524. – En conclusion – À l'exception notable des procédures accélérées de jugement où les « *victimes civiles* » se trouvent dépourvues de prérogatives pénales leur permettant de participer à la conduite de l'instance pénale, il peut être observé que dans l'instance en jugement ordinaire, la victime exerçant uniquement l'action civile dispose, à l'exception notable du droit d'initier l'instance en mettant l'action publique en mouvement, des mêmes prérogatives que celle agissant sur le fondement d'une action pénale privée, qui, seule devrait octroyer à son titulaire un ensemble de droits lui permettant de concourir à la manifestation de la vérité en vue d'établir la culpabilité de l'auteur. Cette situation, fort contestable, puise ses origines dans le raisonnement erroné de la Cour européenne des droits de l'homme qui, pour étendre l'applicabilité de l'article 6 §1. A l'action civile, considère que la victime qui exerce son action civile devant la juridiction pénale est *de facto* intéressée à la répression puisque son droit à réparation dépend de l'issue de la procédure pénale. Une telle position, si elle témoigne d'une méconnaissance de l'évolution respective des fautes civile et pénale, emporte la conséquence fâcheuse de reconnaître à la « *victime civile* » un intérêt à la répression qui impose, à l'aune du respect du principe de l'égalité des armes, de lui octroyer un ensemble de droits processuels lui permettant de participer à la conduite de l'instance pénale en vue de concourir à la manifestation de la vérité et à l'établissement de la culpabilité de son auteur. Cette confusion des genres est plus que regrettable en ce qu'elle brouille la lisibilité et l'intelligibilité du système introduit à l'article 1^{er} du Code de procédure pénale qui, en reconnaissant le droit à la « *partie lésée* » de mettre en mouvement l'action publique dès lors que celle-ci souffre personnellement et directement de l'infraction, opère une distinction entre la « *victime pénale* » et la « *victime civile* », entre l'action pénale privée et l'action civile. Cette situation tend néanmoins à conforter la thèse de l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale puisque, au-delà de la seule « *victime pénale* », c'est l'ensemble des victimes disposant de la faculté de porter leur action civile devant la juridiction répressive qui, en participant à la conduite de l'instance pénale, interviennent dans la maîtrise des éléments du litige pénal.

525. – Conclusion du paragraphe 2 – En reconnaissant l'applicabilité de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme à l'action civile en se fondant sur l'intérêt à la répression que les parties civiles qui exercent leur action civile devant les juridictions pénales auraient par le fait que leur droit à réparation dépend, dans ce cas, de l'issue de la procédure pénale, la Cour de Strasbourg a rendu une solution qui, à l'aune des principes du procès équitable, et notamment celui de l'égalité des armes, a conduit à une extension des droits processuels rattachés à l'action pénale privée à l'action civile. Par le truchement des intérêts en présence, la « *partie civile* » devient également « *partie pénale* » au procès. S'il est parfaitement naturel et légitime que la « *victime pénale* » puisse exercer simultanément l'action pénale privée et l'action civile devant la juridiction répressive - celle-ci étant automatiquement une « *victime civile* » - l'inverse ne se vérifie pas. Pourtant, en exerçant l'action civile devant les juridictions pénales, la « *victime civile* » dispose d'un ensemble de droits processuels, en principe rattachés à l'exercice de l'action pénale privée, lui permettant d'influer de manière significative sur le déroulement de l'instance, à quasi-égalité de droits avec la « *victime pénale* » constituée partie civile, ce qui lui permet de participer à la maîtrise de la matière litigieuse. Ainsi, il peut être observé que la « *victime civile* » constituée partie civile participe activement à la conduite de l'instruction préparatoire aux côtés de la « *victime pénale* », du mis en cause et du parquet, non pour simplement défendre ses intérêts patrimoniaux découlant de son droit à être indemnisée, mais plus largement pour concourir à la manifestation de la vérité et à l'établissement de la culpabilité pénale de son auteur. Elle peut, à ce titre, saisir le juge d'instruction - et en appel la chambre de l'instruction - de demandes tendant à l'accomplissement de tous les actes qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité ; qu'il procède à un transport sur les lieux, à l'audition d'un témoin, ou d'une autre partie civile ou de l'interrogation de la personne mise en examen, ou ordonne une expertise, en précisant dans sa demande, si elle le souhaite, les questions qu'elle voudrait voir poser à l'expert. Elle dispose également de la faculté de demander la clôture de l'information judiciaire dans les délais fixés par le juge d'instruction dès le début de l'instruction préparatoire ou encore de demander à la chambre de l'instruction l'annulation de certains actes frappés de nullité. Le même constat peut être fait au stade décisif où la « *victime civile* » dispose de nombreuses prérogatives lui permettant d'intervenir dans le déroulement de l'instruction de l'affaire à l'audience, et donc dans la maîtrise de la matière litigieuse à égalité de droits avec les parties pénales à l'instance. Elle peut ainsi jouer un rôle actif en posant des questions au mis en examen, au témoin, à l'expert, et plus généralement, à toute personne appelée à la barre, par l'intermédiaire du président, ou en demandant la parole au président pour son avocat ; en soulevant *in limine litis* devant la juridiction de jugement les exceptions tirées de la nullité de la procédure antérieure ; en demandant, par voie

de conclusions, l'accomplissement de certains actes matériels que le président est alors libre d'ordonner, selon que ces actes sont susceptibles d'apporter ou non un supplément d'information à la juridiction de jugement, que ce soit une demande tendant à un transport sur les lieux, à la réalisation d'une simple expertise, ou encore d'un supplément d'information. De fait, l'on voit bien que la « *victime civile* » dispose de la faculté de maîtriser la matière litigieuse en intervenant de manière significative sur le déroulement de l'instance, ce qui témoigne bien de l'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale, puisque ces dernières concurrencent le juge dans la direction du « *procès pénal* », à l'instar des autres parties à l'instance.

526. – Conclusion de la section 2 – En maintenant à toutes les époques de notre histoire des liens étroits entre l'action publique et l'action civile, la procédure pénale française a toujours admis l'intervention de la victime de l'infraction dans le procès pénal. Si son admission dans le prétoire est classiquement fondé sur la défense de son droit à réparation, nous avons pu constater que, depuis plus d'un siècle maintenant, le droit positif a pris en compte également ses velléités répressives en octroyant à la victime qui souffre personnellement et directement de l'infraction la faculté d'exercer, simultanément à son action civile ou indépendamment de celle-ci, une action pénale privée dont l'objet réside dans la participation de la victime à la manifestation de la vérité dans le procès pénal et à l'établissement de la culpabilité de son auteur. Le pouvoir pénal de la « *victime pénale* » de l'infraction se manifeste bien sur par la faculté qui lui est reconnue de pouvoir initier l'instance pénale en mettant elle-même en mouvement l'action publique, ce qui lui permet de délimiter les éléments du litige dont elle saisit le juge. Que ce soit au stade de l'information judiciaire ou au stade décisoire, la partie civile manifeste sa maîtrise de la matière litigieuse par l'exercice d'un ensemble de droits processuels lui permettant d'intervenir dans le déroulement de l'instance, à quasi-égalité de droits avec le mise en cause ou le parquet. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a affirmé l'intérêt à la répression pour le titulaire de l'action civile exercée devant les juridictions répressives, les droits processuels rattachés à l'action pénale privée peuvent également être exercés par la partie civile agissant sur le fondement de la seule action civile, de sorte que ce n'est plus seulement les « *victimes pénales* » de l'infraction qui disposent ainsi de la faculté de maîtriser la matière litigieuse en participant à la conduite de l'instance pénale, mais l'ensemble des victimes exerçant leur action civile devant le juge pénal. Cette solution injustifiée - le droit à réparation de la victime civile ne dépend pas de l'issue de la procédure pénale au regard de l'évolution respective des fautes civile et pénale - met en exergue le fait que l'on assiste progressivement à l'émergence du principe d'initiative et du principe dispositif en procédure pénale.

CONCLUSION DU CHAPITRE DEUXIÈME

527. – La réduction de l'office du juge au profit des parties dans la direction de l'information judiciaire – L'émergence d'un principe dispositif en procédure pénale se manifeste en premier lieu par le déclin de la figure du « *lieutenant-criminel* » du modèle inquisitoire traditionnellement attachée au juge d'instruction au profit de l'avènement d'un « *juge de la mise en état des affaires pénales* » qui participe plus qu'il ne dirige à la conduite de l'instance dans sa phase préparatoire. Cette mutation résulte de ce que le rôle d'*ordonator* attribué classiquement au magistrat instructeur dans la direction de l'information judiciaire se trouve également dévolu aux parties. Qu'il s'agisse du parquet, du mis en cause ou de la partie civile, tous concourent à la direction de l'instruction préparatoire en exerçant un certain nombre de droits processuels communs leur permettant de participer à la maîtrise de la matière litigieuse en intervenant dans le déroulement de l'information en vue de l'orienter dans un sens favorable à leurs intérêts respectifs. Ils peuvent ainsi saisir le juge d'instruction - et en appel la chambre de l'instruction - de demandes tendant à l'accomplissement de tous les actes que ces derniers jugent nécessaires à la manifestation de la vérité ; qu'il procède à un transport sur les lieux, à l'audition d'un témoin, ou d'une autre partie civile ou de l'interrogation de la personne mise en examen ; qu'il ordonne une expertise ou la clôture de l'information judiciaire ; voir demander à la chambre de l'instruction l'annulation de certains actes frappés de nullité. Par la mise en œuvre de ces droits processuels, les parties manifestent leur maîtrise de la matière litigieuse en influant, par leurs interventions respectives, sur le déroulement de l'instruction préparatoire. Est-ce à dire pour autant que le juge d'instruction tend à devenir un « juge de la mise en état » ? Il serait abusif de considérer que l'accroissement du rôle des parties dans la conduite de l'information judiciaire tend à faire du juge d'instruction un organe neutre ne disposant plus que d'un pouvoir de *juridictio* sur la conduite de l'instance au stade préparatoire. Celui conserve un pouvoir de direction qui lui permet, comme le rappelle d'ailleurs l'article 80 du Code de procédure pénale, de procéder, « *conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* ». Si le juge d'instruction ne peut donc être comparé au juge de la mise en état du procès civil au regard des pouvoirs importants qu'il conserve dans la direction de l'information judiciaire, il doit toutefois être observé que le rôle accru des parties dans la conduite de l'instruction renforçant tend néanmoins à le rapprocher de ce dernier qui, de son côté, tend à se rapprocher à son tour du magistrat instructeur du procès pénal par le renforcement de ses pouvoirs dans la direction du procès civil.

528. – La réduction de l’office du juge au profit des parties dans la direction de l’instance en jugement – À l’instar de ce qui peut être observé au stade de l’instruction préparatoire, la figure centrale du juge dans le procès pénal est aujourd’hui en déclin au stade décisoire de l’instance pénale également. Même si le Code de procédure pénale affirme la prééminence du juge dans la conduite des débats lors de l’audience pénale, il octroie dans le même temps des pouvoirs toujours plus importants aux parties, leur permettant ainsi d’influer sur le déroulement de l’instance en vue de maîtriser la matière litigieuse. Nous avons ainsi pu observer que les parties jouent un rôle actif dans l’instruction de l’affaire lors de l’audience pénale en posant des questions à toute personne appelée à la barre, par l’intermédiaire du président, ou en lui demandant la parole ; celles-ci peuvent soulever *in limine litis* les exceptions tirées de la nullité de la procédure antérieure ou demander, par voie de conclusions, l’accomplissement de certains actes matériels que le juge est alors libre d’ordonner, selon que ces actes sont susceptibles d’apporter ou non un supplément d’information à la juridiction de jugement. Si le juge conserve indéniablement un pouvoir de direction dans la phase décisoire, celui-ci n’est toutefois plus réellement maître de sa procédure dans la mesure où les parties disposent de prérogatives importantes leur permettant d’influer sur le déroulement de l’instance, manifestant ainsi leur maîtrise de la matière litigieuse. Le déclin de la toute puissante figure du juge dans la phase décisoire se manifeste avec encore plus d’acuité au regard de l’instauration de circuits procéduraux de dérivation permettant aux parties de régler le litige pénal en contournant l’audience classique. Dans la mise en œuvre des procédures de jugement accélérées, c’est le parquet qui tient le rôle central dans la direction de l’instance, et non le juge dont l’office est alors restreint à une simple fonction d’enregistrement des décisions prises par le parquetier. Cela est particulièrement patent dans le cadre de la CRPC ou de la procédure dite « *d’ordonnance pénale* ». En permettant aux parties à l’instance de choisir le cadre processuel dans lequel celles-ci entendent inscrire la solution de leur litige pénal, le législateur leur permet de décider en fait du rôle qu’elles entendent attribuer au juge dans le règlement de ce dernier. Soit elles considèrent d’un commun accord que le litige doit être tranché par le juge, et dans ce cas elles opteront pour une procédure de jugement ordinaire, soit elles s’accordent sur une solution qui rend le recours contentieux au juge parfaitement inutile. Étant toutefois en matière pénale, et parce que l’action publique est ici déclenchée, la solution retenue par les parties devra néanmoins être soumise au juge qui dispose d’un office à géométrie variable selon que la solution résulte d’un accord transactionnel ou non. Si tel est le cas, son office se limite à un simple contrôle de légalité de la procédure, ce qui est le cas dans la CRPC ; si tel n’est pas le cas, il se voit alors attribuer la faculté d’apprécier l’opportunité de la décision du parquet, comme dans l’hypothèse de la procédure d’ordonnance pénale.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

529. – Le rapprochement du rôle processuel des parties à l'instance pénale de celui des parties au procès civil – L'accroissement des prérogatives reconnues au parquet et à aux « *victimes pénales* » constituées partie civile dans l'impulsion de l'instance pénale, comme l'augmentation significative, et constante depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, des droits processuels octroyés au parquet, au mis en cause, et aux parties civiles, dans la conduite de l'instance - dans la phase préparatoire comme décisive - démontre que le rôle processuel des parties à l'instance pénale tend à se rapprocher diantrement de celui des parties dans le procès civil. Au stade de l'impulsion de l'instance pénale, il peut être observé que le parquet et la « *victime pénale* » constituée partie civile, en délimitant dans leur demande initiale les éléments du litige dont ils saisissent le juge, définissent la matière litigieuse qui va borner l'action des juridictions pénales d'instruction comme de jugement tout au long du déroulement de l'instance, sans aucune possibilité pour elles d'élargir leur saisine à d'autres faits que ceux dont elles ont été saisies par les parties, voir, pour les juridictions de jugement, à d'autres personnes que celles visées par les actes introductifs d'instance délivrés par les parties. Seul le parquet ou la partie civile dispose de la faculté d'étendre la saisine des juridictions pénales en intégrant des éléments nouveaux à la matière litigieuse, au stade préparatoire du moins. Parce que le déroulement de l'instance exerce nécessairement une influence prégnante sur le contenu de la matière litigieuse, les parties à l'instance pénale, à l'instar des parties au procès civil, se voient reconnaître un certain nombre de droits processuels leur permettant de participer activement à la conduite de l'instance, que ce soit au stade préparatoire comme au stade décisive, ce qui n'est pas sans rappeler le principe dispositif qui dirige le procès civil. Leur maîtrise du déroulement de l'instance s'est d'ailleurs considérablement accrue par le fait qu'elles disposent de la faculté de choisir, sauf en matière criminelle, le cadre processuel dans lequel elles entendent inscrire le règlement du litige pénal. Deux options s'offrent alors : recourir à la procédure ordinaire de jugement dans laquelle le juge dispose de tous les attributs de sa fonction juridictionnelle, ou recourir à des procédures accélérées de jugement dans lesquelles l'office du juge se trouve restreint à un simple rôle de « *chambre de l'enregistrement* » des décisions de règlement du litige pénal prises par les parties. Le renforcement des prérogatives des parties dans l'impulsion comme la conduite de l'instance pénale n'est pas rappeler la position occupée par les parties dans le procès civil, ce qui témoigne, nous semble-t-il, de l'émergence de certains des principes directeurs de ce dernier en procédure pénale, tels que le principe d'initiative ou le principe dispositif.

530. – Le rapprochement du rôle processuel du juge dans l’instance pénale de celui de son homologue dans le procès civil – Alors que le caractère inquisitoire dominant de la procédure pénale tend à faire du juge la figure centrale du « *procès pénal* », le renforcement de son caractère accusatoire par le rôle accru des parties dans la maîtrise de la matière litigieuse et du déroulement de l’instance, ne peut que conduire à une remise en cause du rôle processuel traditionnellement dévolu au juge en procédure pénale. Au stade préparatoire, le déclin du modèle inquisitoire se manifeste par la transformation progressive du « *lieutenant criminel* » en « *juge de la mise en état des affaires pénales* », principalement parce que son rôle d’*ordonnateur* consacré par le Code d’instruction criminelle, et qui fait de lui le maître de sa procédure, se trouve également dévolu aux parties par le Code de procédure pénale. Le partage de la direction de l’instruction préparatoire entre le juge et les parties tend à rapprocher la procédure pénale de la procédure civile ; le juge d’instruction du juge de la mise en état. Ce rapprochement nous semble d’autant moins contestable aujourd’hui que le renforcement du caractère inquisitoire de la procédure civile par l’augmentation des pouvoirs du juge de la mise en état dans le procès civil atténue de manière significative le contraste qui pouvait exister entre ces derniers il y a quelques années encore. Au stade décisif, l’évolution est tout aussi manifeste. Au-delà du fait que les parties concurrencent le juge dans la conduite de l’instruction de l’affaire à l’audience, il doit être observé que le recours au juge est devenu, non seulement optionnel, dès lors que le litige pénal peut être réglé par voie d’accord transactionnel en amont de l’instance pénale, mais que l’étendue de l’office de ce dernier se trouve déterminé par les parties en fonction du cadre processuel dans lequel ces dernières entendent inscrire le règlement de leur litige. Soit elles considèrent d’un commun accord que le litige doit être tranché par le juge, et dans ce cas elles optent pour une procédure de jugement ordinaire dans laquelle le juge exerce pleinement l’ensemble de ses attributions juridictionnelles ; soit elles optent pour une procédure de règlement contractuelle, comme dans le cas de la CRPC, ou consensuelle, comme dans le cas de l’ordonnance pénale, dans lesquelles l’office du juge se trouve restreint à un simple rôle de contrôle de la légalité de la procédure et d’enregistrement des décisions des parties en leur conférant les atours de la décision juridictionnelle. C’est un fait, le juge n’apparaît plus réellement comme « *la figure centrale du procès pénal* », notamment parce que l’émergence de certains principes directeurs du procès civil, tels le principe d’impulsion ou le principe dispositif, emporte comme principale conséquence une redéfinition de son rôle qui se rapproche, sans toutefois se calquer non plus, sur celui de son homologue dans le procès civil. Ce mouvement est d’ailleurs encouragé par le droit européen qui, au travers du modèle de procès équitable, tend à imposer progressivement un principe général de coopération efficiente du juge et des parties dans l’élaboration de la décision de justice.

TITRE 2

LA PRIVATISATION DU CADRE PROCÉDURAL PROCÈS « *POST-SENTENTIAM* »

531. – L’ascension relative des intérêts privés au stade *post-sentenciel*¹⁵¹³ – L’humanisation du droit pénal a conduit à une prise en compte croissante des intérêts privés du condamné au stade de l’exécution de la peine tout au long du XX^e siècle. Le principe d’individualisation de la peine impose d’adapter les modalités d’exécution de la sanction pénale prononcée par la juridiction de jugement aux évolutions de la personnalité du condamné¹⁵¹⁴ en vue de favoriser sa réinsertion sociale.¹⁵¹⁵ La peine étant prononcée dans l’intérêt de la société et des victimes, l’aménagement des modalités de son exécution ne peut que générer un contentieux entre ces intérêts et ceux du condamné. L’aménagement de la peine au cours de son exécution donnant naissance à un nouveau contentieux, l’idée que celui-ci devait être tranché par un juge judiciaire spécialisé dans le cadre d’une procédure répondant aux canons du modèle de procès équitable s’est progressivement imposée.¹⁵¹⁶ La juridictionnalisation du contentieux de l’exécution des peines par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000¹⁵¹⁷ et n° 2004-204 du 9 mars 2004¹⁵¹⁸ a permis l’avènement d’un « *procès post-sententiam* »¹⁵¹⁹ davantage orienté vers les droits du condamné, et,

¹⁵¹³ Contrairement à certains auteurs qui restreignent le domaine du « *post-sentenciel* » à ce qui se passe uniquement au-delà de l’exécution de la peine (en ce sens : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l’exécution des peines*, coll. Dalloz-action, 2012-2013, n° 1221), nous considérons que le domaine du « *post-sentenciel* » englobe tout autant l’exécution de la peine que ses effets. Nous nous appuyons sur le fait que le terme « *sentenciel* » renvoie à celui de « *sentence* », lequel est traditionnellement utilisé, dans son sens large, pour désigner un verdict, un jugement, une condamnation (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° *Sentence*, 855). De fait, il nous semble que le domaine du « *post-sentenciel* » recouvre, par définition, tout ce qui se passe après le jugement, après la phase « *sentencielle* », ce qui englobe *de facto* l’exécution des peines.

¹⁵¹⁴ R. SALEILLES, *L’individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, PUF, 1927, 11-12. – R. OTTENHOF, *L’individualisation de la peine, de Saleilles à aujourd’hui*, coll. criminologie et science homme, Érès, 2000.

¹⁵¹⁵ G. LEVASSEUR, « Aperçu sur la judiciarisation de l’exécution des sanctions répressives », *RPDP* 1983, 328. – M.-E. CARTIER, « La judiciarisation de l’exécution des peines », *RSC* 2001, 88. – G. MESNIL DU BUISSON, « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine », *RSC* 1998, 259.

¹⁵¹⁶ J.-P. CÉRÉ, « L’influence du droit européen sur le droit de l’exécution des peines », *RPDP* 2005, 263.

¹⁵¹⁷ P. PONCELA, « Le chantier de l’exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2000, 887. – J.-P. CÉRÉ, « L’avancée de la juridictionnalisation de l’application des peines avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 », *RPDP* 2000, 555. – F. LE GUNEHEC, « Les deux étapes de la juridictionnalisation de l’application des peines », *JCP G.* 2001, aperçu rapide. – C. LAZERGES, « De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l’exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes », in *La sanction du Droit, Mélanges offerts à Pierre Courrat*, op. cit., 489.

¹⁵¹⁸ J.-P. CÉRÉ, « La consécration de la juridictionnalisation du droit de l’application des peines par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *RPDP* 2004, 433. – P. COUVROT, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l’application des peines », *RSC* 2004, 682. – M. GIACOPELLI, « Réforme du droit de l’application des peines », *D.* 2004, 2589. – F. LE GUNEHEC, « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Troisième partie : achèvement de la réforme de l’application des peines », *JCP G.* 2004, act. 200. – M. JANAS, « Un juge d’application des peines aux pouvoirs juridictionnels renforcés », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Dossier des Journées d’études Dalloz*, op. cit., 493.

¹⁵¹⁹ G. ROYER, « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès *post-sententiam* », *D.* 2007, I, 1745.

dans une moindre mesure de ceux des victimes. Sur ce point, il convient d'ores et déjà de lever une ambiguïté relative à la nature du « procès en application des peines ». Contrairement à ce qui est affirmé par une partie de la doctrine, il nous semble difficile de soutenir l'idée que ce dernier constituerait une prolongation, au sein d'une quatrième phase, du procès pénal¹⁵²⁰ dès lors que l'aménagement de la peine au cours de son exécution, en ce qu'elle génère un nouveau contentieux, donne à l'évidence naissance à une instance nouvelle dont l'objet procédural, bien que défini pour l'heure encore de manière approximative¹⁵²¹, n'en est pas moins distinct et autonome de celui de l'instance pénale.¹⁵²² Si la place prééminente des intérêts privés du condamné et de la victime dans l'instance en aménagement de peine, renforcée par le mouvement de juridictionnalisation du contentieux de l'exécution des peines, tend à faire émerger certains principes directeurs propres au procès civil au stade de l'exécution des peines, tel le principe d'initiative ou le principe dispositif, il convient toutefois de nuancer le propos, ce qui justifie d'ailleurs que nous faisons référence ici à une ascension relative des intérêts privés. En effet, il doit être observé tout d'abord que les récentes réformes opérées par le législateur dans le domaine de l'exécution se caractérisant par une déjudiciarisation du contentieux de l'aménagement de peine, le renforcement des droits du condamné résultant du mouvement de juridictionnalisation tend à s'atténuer pour laisser place à des procédures consensuelles. Il doit être observé ensuite que l'introduction récente de mesures de contrôle social à forte coloration pénale, dont certaines ont vocation à prolonger les effets de la peine au-delà de la peine, fait prédominer l'intérêt général sur les intérêts privés du condamné au stade finale du processus répressif, d'autre part. En effet, la gradation des mesures de contrôle social susceptibles d'être exercées sur les « personnes dangereuses » après leur libération par l'application de mesures de sûreté à coloration répressive prolonge indéniablement l'intervention du juge au-delà de l'exécution de la peine, et donne naissance à un nouveau contentieux ayant vocation à être réglé dans le cadre d'une « instance en placement sous mesure de sûreté ». Contrairement à ce qui peut être observé dans l'instance en aménagement de peine, ce ne sont plus les intérêts privés du condamné, et dans une proportion croissante ceux des victimes, qui prédominent dans « l'équation décisionnelle »¹⁵²³ que les juridictions judiciaires ont à résoudre dans l'instance en placement sous mesures de sûreté, mais l'intérêt général.

¹⁵²⁰ *Contra* : D. THOMAS, « Le concept de procès pénal », in *La sanction du Droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, op. cit., 401.

¹⁵²¹ E. GARÇON, « Les incohérences dans la juridictionnalisation au stade de l'exécution des sanctions pénales », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio Doctorum*, op. cit., 322.

¹⁵²² E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, n° 899.

¹⁵²³ Expression empruntée à Mme Giacomelli : M. GIACOPELLI, « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., spéc. 330.

532. – L'émergence contrastée des principes d'initiative et dispositif dans le « *procès post-sententiam* » – Si la physionomie de l'instance en aménagement de peine tend à se calquer sur l'instance pénale - conséquence de la volonté du législateur d'appliquer le droit commun de la procédure pénale aux procédures judiciaires d'exécution des peines - encore faut-il observer que l'analyse tend à démontrer que la répartition des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance en aménagement de peine se calque davantage encore sur le modèle processuel civil que dans l'instance pénale. Ceci explique que l'émergence de certains principes directeurs propres au procès civil, tel le principe d'initiative ou le principe dispositif, se manifeste avec davantage d'acuité dans le contentieux de l'aménagement des modalités d'exécution de la peine que dans l'instance pénale sous l'effet d'un double mouvement tenant, à l'application du droit commun de la procédure pénale imprégné des principes universels du modèle de procès équitable aux procédures judiciaires d'exécution des peines¹⁵²⁴, d'une part, et au fait que les intérêts privés du condamné prédominent dans « *l'équation décisionnelle* » que le juge doit résoudre dans l'instance en aménagement de peine, d'autre part (**chapitre 1**). *A contrario*, si l'émergence des principes directeurs propre au procès civil n'apparaît pas aussi patente dans « l'instance en placement sous mesure de sûreté », c'est que l'intérêt général prédomine dans « *l'équation décisionnelle* » que le juge doit résoudre lorsqu'il statue sur une demande de placement ou de maintien d'un individu présumé dangereux sous une mesure de contrôle social ; une telle mesure ayant pour finalité première la protection de la société (**chapitre 2**).

¹⁵²⁴ Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la pénétration des droits fondamentaux dans la phase d'exécution des peines est loin d'être totale comme nos développements à suivre le mettront en exergue, notamment en ce qui concerne le principe de contradictoire qui subit dans le contentieux de l'aménagement de peine de sérieuses restrictions. V° infra, n°...

CHAPITRE 1. – L'ASCENSION DES PARTIES PRIVÉES DANS L'INSTANCE EN AMÉNAGEMENT DE PEINE

533. – La répartition des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance en aménagement de peine influencée par le canevas procédural civil – La juridictionnalisation de l'application des peines par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004 témoigne de ce que les droits fondamentaux reconnus au sein des plus hautes normes juridiques innervent le droit de l'exécution des peines, et l'orientent donc plutôt vers les intérêts privés du condamné, et dans une certaine mesure ceux de la victime au regard des conséquences que l'aménagement de la peine au cours de son exécution est susceptible d'emporter pour elle, que vers des considérations d'intérêt général. Cette évolution se traduit bien évidemment au plan procédural par un retrait du juge comme figure centrale de l'instance en aménagement de peine, même si ce dernier conserve des prérogatives importantes, voir même exceptionnelles en matière pénale. La montée en puissance des parties dans la détermination de la matière litigieuse comme dans la direction de l'instance illustre l'émergence de deux des principes directeurs propres au procès civil dans l'instance en aménagement de peine : le principe d'initiative et le principe dispositif. L'affirmation peut paraître douteuse *a priori* dans la mesure où l'on se trouve ici dans la phase de mise en œuvre concrète de la sanction pénale, au cœur même de la coercition. Pourtant, l'étude tend à mettre en exergue que le principe d'initiative et le principe dispositif émergent actuellement sous l'influence du mouvement de juridictionnalisation de l'exécution des peines. Reste que les récentes réformes législatives, en ce qu'elles emportent une déjudiciarisation du contentieux de l'exécution des peines, nous conduisent à relativiser notre propos dans la mesure où, à l'instar de ce qui peut être observé en amont de l'instance pénale, l'initiative des procédures d'aménagement de peine sont des procédures consensuelles dont l'initiative relève des autorités judiciaires, comme en témoigne l'étude des rôles processuels du juge et des parties au stade du déclenchement de l'instance en aménagement de peine (**section 1**) comme au stade de son déroulement (**section 2**).

SECTION 1. – LE RÔLE DES PARTIES PRIVÉES DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L’INSTANCE

534. – Le déclenchement de l’instance en aménagement de peine partagée entre les parties et le juge. – Parce qu’elle possède un objet procédural propre, la triangulation procédurale observée dans l’instance pénale ne se retrouve pas, pour l’heure, dans l’instance en aménagement de peine. Bien que l’article 707 du Code de procédure pénale - qui contient les principes directeurs de l’exécution des peines - affirme que « *l’exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l’insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* », force est d’admettre que tous ces intérêts ne sont pas représentés à égalité de droits dans l’instance en aménagement de peine, le statut de « partie » étant en effet octroyé au parquet et au condamné uniquement (§. 1). Il peut être néanmoins observé qu’au-delà de ces derniers, certains « intervenants » disposent également de la faculté d’initier l’instance en aménagement de peine¹⁵²⁵, ce qui est notamment le cas du Jap qui, à l’instar de certaines juridictions civiles, peut se saisir d’office, voir même saisir le tribunal d’application des peines (Tap), ou encore de la victime que le droit positif, très maladroitement, érige progressivement en « partie » à l’instance (§. 2).

§.1 – LA RÉPARTITION DES RÔLES PROCESSUELS DES PARTIES À L’INSTANCE

535. – Le rôle des parties dans le déclenchement de l’instance – L’instance en aménagement de peine n’échappe pas à la règle posée à l’article 1^{er} du Code de procédure civile selon lequel « *seules les parties introduisent l’instance, hors les cas où la loi en dispose autrement* ». Lorsque l’instance est introduite par les parties, elle ne peut l’être, en principe, que par ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d’une prétention, « *sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d’agir aux seules personnes qu’elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ». ¹⁵²⁶ Au stade de l’exécution des peines, il doit être observé que les articles 712-4 et 712-7 du Code de procédure pénale reconnaissent au parquet **(A)** et au condamné **(B)** le pouvoir d’impulser l’instance en aménagement de peine, à l’exclusion donc de la victime malgré le fait que ses droits et intérêts se trouvent intégrés à l’équation décisionnelle que les juridictions de l’application des peines ont à résoudre.

¹⁵²⁵ V° not. : E. BONIS-GARÇON, « Rôle du chef de l’établissement pénitentiaire dans la procédure d’octroi d’une réduction de peine », obs. ss Cass. crim. QPC, 9 janv. 2013 : *Dr. pén.* 2013, comm. 68.

¹⁵²⁶ Art. 31 C. proc. civ.

A - LE ROLE DU PARQUET DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE

536. – Le déploiement du rôle du parquet dans l'instance en aménagement de peine – Les pouvoirs du parquet au stade de l'exécution des peines se sont considérablement accrus ces dernières années du fait de la juridictionnalisation de l'exécution des peines opérée par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004 au stade du déclenchement de l'instance en aménagement de peine (1), mais également, du fait de la déjudiciarisation des procédures d'aménagement de peine dont la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 constitue assurément le symbole. Celle-ci a en effet délégué au parquet un véritable pouvoir décisionnel en lui permettant de contourner la procédure ordinaire par la mise en œuvre d'une procédure simplifiée d'aménagement de peine reposant sur le consentement du condamné (2).

1) *Les prérogatives du parquet dans les procédures ordinaires d'aménagement de peine*

537. – Le droit d'action du parquet au stade de l'exécution des peines – Il résulte des dispositions de l'article 712-4 du Code de procédure pénale que le procureur de la République dispose d'un droit d'action puisque ce texte lui permet de saisir les juridictions de l'application des peines par voie de réquisitions en vue d'obtenir, par voie d'ordonnance ou de jugement motivé, la modification, l'ajournement, le refus, le retrait ou la révocation d'une mesure - durable ou temporaire¹⁵²⁷ - d'aménagement de peine.¹⁵²⁸ Il est somme toute logique que la loi octroie au représentant de la société un droit d'action au sein de la phase d'exécution des peines dès lors que la mesure d'aménagement, en modifiant les conditions dans lesquelles la peine prononcée par la juridiction de jugement sera exécutée, peut être contraire aux intérêts de la société¹⁵²⁹ au nom de

¹⁵²⁷ V° en ce sens : E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 1257.

¹⁵²⁸ Si nous ne visons pas ici l'octroi d'un aménagement de peine, c'est tout simplement parce que l'hypothèse dans laquelle le parquet serait à l'origine d'une demande d'aménagement de peine nous apparaît comme un cas d'école, sauf dans l'hypothèse des procédures d'aménagement de peine simplifiée (V° infra, n° ...). En revanche, si les parquets rendaient souvent des réquisitions défavorables aux aménagement de peine antérieurement à la juridictionnalisation de l'application des peines, ceux-ci considérant, de manière classique, qu'une peine doit s'accomplir autant que faire se peut de la manière dont elle a été prononcée, il doit être observé que la situation a évolué, notamment parce que le ministre de la Justice a demandé en 2006 « *aux procureurs généraux et aux procureurs de la République de prendre [...] des réquisitions tendant [notamment] au prononcé de mesures d'aménagement de peine* ». V° sur ce point : Circ. CRIM. 26 avr. 2006 NOR. JUSD0630051C : BOMJ 2006 n° 102. Égal. : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 112.41 et n° 112.42.

¹⁵²⁹ Ceci explique notamment que la Cour européenne des droits de l'homme se refuse à reconnaître l'existence d'un droit à un aménagement de peine au profit des condamnés (V° récem. : CEDH, 3 avr. 2012, *B. c/ Luxembourg* : E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, « Un an de droit de la peine. – Janvier 2012-décembre 2012 », *Dr. pén.* 2013, chron. n°3, n° 40), contrairement à ce que propose une partie de la doctrine (en ce sens : R. GASSIN, « Les fondements de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC* 1996, 155 et 443). La solution se comprend aisément, et doit être approuvée nous semble-t-il dès lors qu'une telle solution ruinerait le fragile

laquelle elle a été prononcée. Il en sera nécessairement ainsi lorsque l'aménagement de peine intervient prématurément ou que la réinsertion sociale du condamné ne semble pas acquise. Si le droit d'action du parquet ne fait aucun doute au stade de l'exécution des peines, encore faut-il observer qu'en s'abstenant de nommer l'action par laquelle les magistrats du parquet en charge de l'exécution des sanctions pénales prononcées par les juridictions de jugement initient l'instance en aménagement de peine, le Code de procédure pénale instaure *de facto* une ambiguïté qu'il convient de lever dès à présent pour la clarté de nos développements à venir.

538. – L'identification de l'action en justice exercée par le parquet – L'on sait par l'article 1^{er} du Code de procédure pénale que c'est l'action publique qui permet aux magistrats du parquet exerçant le ministère public d'initier l'instance pénale en vue de faire réprimer un acte infractionnel dont ils ont eu connaissance par l'un des procédés énumérés à l'article 40 du même Code. Au stade de l'exécution des peines, il est naturellement exclu que l'action publique impulse l'instance en aménagement de peine, et pour deux raisons au moins. Tout d'abord, même si la définition que l'article 1^{er} du Code de procédure pénale retient de l'action publique est manifestement obsolète, elle a toutefois le mérite de circonscrire la finalité de cette dernière : la répression de l'auteur de l'infraction par le prononcé d'une peine. De fait, une telle action ne saurait soutenir une instance ayant pour objet l'aménagement des modalités d'exécution de cette dernière en vue de favoriser la réinsertion sociale du condamné. L'on se trouve là en présence de finalités totalement différentes, voir opposées même, ayant vocation à être poursuivie dans le cadre d'instances distinctes. Une même action ne pouvant soutenir deux instances distinctes l'une de l'autre par leur différence d'objet procédural, l'action publique ne peut être le support de l'instance en aménagement de peine. Ensuite, il doit être rappelé que l'article 6 du Code de procédure pénale prévoit que la chose jugée éteint l'action publique, ce qui induit nécessairement que celle-ci ne survit pas à l'instance pénale.¹⁵³⁰ Certains auteurs ont émis l'hypothèse que le droit d'action des magistrats du parquet dans l'exécution des peines serait fondée sur une action « *à fin*

équilibre qu'elle a instauré en rappelant la nécessité pour les États d'accorder des aménagements de peine - toute privation de liberté sans espoir de sortie étant contraire à l'article 3 de la convention, aux termes de sa jurisprudence en matière de peines perpétuelles (V^o not. : CEDH, 11 avr. 2006, *L. c/ France* : D. 2006, II, 800, note Céré ; *AJ pénal* 2006, 258, note Enderlin ; *RSC* 2007, 134, note Massias ; *ibid.*, 362, note Poncela. – CEDH, 12 févr. 2008, *K. c/ Chypre* : *Dr. pén.* 2009, chron. 4, n^o 12, obs. Dreyer ; *RSC* 2008, 700, obs. Roets. – CEDH, 17 janv. 2012, *0, V. et a. c/ Royaume-Uni* et CEDH, 17 janv. 2012, *H. et E. c/ Royaume-Uni* : E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, « Un an de droit de la peine. – Janvier 2012-décembre 2012 », *op. cit.*, n^o 41) - et, d'autre part, l'obligation qu'elle met à la charge des États de protéger la vie de leurs concitoyens, par des procédures adaptées, au moment de faire bénéficier un condamné d'une mesure d'aménagement (V^o not. : CEDH, 17 janv. 2012 : *C. et C. c/ Grèce* : n^o 46846/08. – CEDH, 24 oct. 2012, *M. c/ Italie* : n^o 37703/97).

¹⁵³⁰ En ce sens : M. DANTI-JUAN, « Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal : entre faux-semblants et vraies révolutions », *RPDP* 2006, 713.

publique » ou « à fin pénale ». ¹⁵³¹ Innommée dans le Code de procédure pénale, la théorie de l'action « à fin publique » ou « à fin pénale » développée par Mme le professeur Bonis-Garçon présente assurément l'intérêt de mettre en exergue le fait qu'en saisissant les juridictions de l'application des peines d'une demande de modification des modalités d'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement, les magistrats du parquet exercent assurément une action en justice au sens des articles 30 et suivants du Code de procédure civile. Toutefois, l'appellation « action à fin pénale » nous semble guère souhaitable dans la mesure où l'utilisation du terme « pénale » renvoie à l'idée de répression, de punition, ce qui cadre mal avec la finalité prééminente de la phase d'exécution des peines - la réinsertion sociale du condamné - comme avec le fait que l'action du parquet ne poursuit à aucun moment une quelconque finalité répressive, même lorsque celui-ci saisit le Jap d'une demande de retrait, d'ajournement ou de révocation d'une mesure d'aménagement de peine, ces mesures ne constituant pas des « peines », mais la simple sanction des manquements du condamné dans le respect des obligations de faire ou de ne pas faire qui conditionnent le maintien de la mesure d'aménagement de peine dont ce dernier bénéficie. Par ailleurs, il peut être observé que la notion d'action « à fin publique » est déjà utilisée par une partie de la doctrine relativement à la procédure de composition pénale. ¹⁵³² Peut-être que la solution résiderait dans le fait de réserver la notion d'« action à fin pénale » à l'action répressive menée par le parquet lors de la mise en œuvre d'une procédure de composition pénale, et de conserver celle d'« action à fin publique » à l'action en justice exercée par les magistrats du parquet en charge de l'exécution des peines devant les juridictions de l'application des peines ; la neutralité de l'intitulé quant à la finalité de l'action comme l'idée de défense de l'intérêt général qu'il induit nous semble illustrer de manière satisfaisante le sens de l'action menée par le parquet au stade de l'exécution des peines.

539. – Les conditions d'exercice du droit d'action du parquet – Bien qu'innommée par le Code de procédure pénale, « l'action à fin publique » n'est pas pour autant dépourvue d'un régime juridique d'ores et déjà défini par la loi. Dès lors que l'on admet que la défense de l'intérêt général dans le processus d'individualisation des modalités de l'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement fonde le droit d'action des magistrats du parquet au stade de l'exécution des peines, il faut en déduire que « l'action à fin publique » ne peut être mise en mouvement que pour les condamnations mises à exécution. De manière classique, l'on peut donc considérer que

¹⁵³¹ E. GARÇON, « Les incohérences dans la juridictionnalisation au stade de l'exécution des sanctions pénales », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio Doctorum*, ibid. – E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 894.

¹⁵³² Ph. CONTE, « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges offerts à Raymond Gassin*, ibid.

« l'action à fin publique » ne peut être exercée tant que la condamnation prononcée par la juridiction de jugement n'est pas devenue définitive, sauf dans l'hypothèse des sanctions pénales prononcées en application des articles 131-5 à 131-11 et 132-25 à 132-70 du Code pénal qui peuvent être exécutoires par provision¹⁵³³ ; lorsque la peine ne peut plus être mise à exécution du fait de l'écoulement d'un des délais de prescription des peines prévus par les articles 133-2 à 133-4 du Code pénal, ou que le condamné se trouve dispensé d'exécuter la peine parce qu'il bénéficie d'une grâce ou d'une amnistie ou qu'il est décédé. Il faut déduire enfin que « l'action à fin publique » ne peut être exercée, tant qu'un obstacle quelconque empêche la mise à exécution effective de la peine prononcée par la juridiction de jugement, ce qui est le cas par exemple lorsque le parquet émet un mandat européen en vue de se faire remettre un condamné réfugié à l'étranger ; si le mandat d'arrêt européen constitue un acte de mise à exécution, ce n'est qu'à compter de l'instant où le condamné sera remis à la France que la peine pourra être concrètement mise à exécution.

540. – La délimitation de la matière litigieuse par l'acte introductif d'instance – Le Code de procédure pénale est peu prolix lorsqu'il s'agit de définir les modalités par lesquelles les magistrats du parquet en charge de l'exécution des peines initient l'instance en aménagement de peine en saisissant le Jap ou le Tap de leur demande. En effet, les articles 712-4 et 712-7 du Code de procédure pénale se contentent d'affirmer que le Jap comme le Tap sont respectivement saisis « sur réquisitions du procureur de la République ». La largesse de l'expression a de quoi surprendre dans la mesure où l'acte introductif d'instance ne semble soumis à aucune condition de forme particulière. Alors que le Code de procédure pénale identifie l'acte introductif d'instance par lequel le procureur de la République saisit le juge d'instruction, et soumet sa validité au respect de certaines conditions de forme ; qu'il identifie de la même manière l'ensemble des actes introductifs d'instance par lesquels ce dernier saisit les juridictions de jugement, et soumet leur validité au respect de certaines conditions de formes ; au stade de l'exécution des peines, de simples « réquisitions » suffisent à introduire l'instance en aménagement de peine, sans autre précision. Il est regrettable que le législateur n'ait point, d'une part, identifié l'acte introductif d'instance par lequel le parquet exerce son droit d'action devant les juridictions de l'application des peines, d'autre part, inscrit dans le marbre de la loi les conditions de forme qu'un tel acte doit respecter pour saisir valablement les juridictions de l'application des peines. Le regret est d'autant plus grand que ces réquisitions, parce qu'elles constituent un véritable acte introductif d'instance, délimitent les éléments du litige dont le Jap ou le Tap se trouve saisi. En effet, en formulant une

¹⁵³³ Art. 471 C. proc. pén.

demande tendant à la modification, l'ajournement, le refus, le retrait ou la révocation d'une mesure d'aménagement de peine, le parquet délimite *ipso facto* les contours de la matière litigieuse et borne l'étendue de la saisine de la juridiction de l'application des peines. Le contenu des réquisitions du procureur de la République définit le cadre litigieux de l'instance en fournissant au juge les éléments du litige sur lesquels ce dernier va devoir se prononcer. De ce point de vue, il aurait été peut être utile d'introduire au sein du livre V quelques développements concernant les conditions de fond et de forme que l'acte introductif d'instance délivré par le parquet doit remplir pour saisir valablement les juridictions de l'application des peines, à l'instar de ce qui peut être observé dans l'instance pénale à propos du réquisitoire introductif ou des autres modes d'impulsion de l'instance.¹⁵³⁴

2) *Les prérogatives du parquet dans les procédures simplifiées d'aménagement de peine*

541. – La montée de l'Exécutif au stade de l'exécution des peines – La juridictionnalisation de l'exécution des peines ayant considérablement augmenté la charge de travail des Jap, le législateur a cherché les moyens d'accélérer le processus d'aménagement des courtes peines d'emprisonnement en s'inspirant notamment ce qui a été fait dans l'instance pénale en vue de ventiler le contentieux. Dans le cadre de l'instance en aménagement de peine, le législateur a donc progressivement élaboré des dispositifs permettant de rationaliser et simplifier les mécanismes d'aménagement des courtes peines d'emprisonnement en faisant de la durée de la peine d'emprisonnement prononcée, ou restant à subir, le critère d'utilisation d'une procédure simplifiée d'aménagement de peine dont la figure centrale n'est plus le juge, mais le parquet qui se voit attribuer un véritable pouvoir décisionnel.¹⁵³⁵ Si certaines de ces procédures témoignent de la prééminence de l'idéologie gestionnaire dans le domaine de l'exécution des peines - ce qui est de

¹⁵³⁴ V° supra, n°...

¹⁵³⁵ Il doit être observé d'ailleurs que la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a institué, aux côtés des procédures d'aménagement de peine simplifiée, un mécanisme quasi-automatique d'aménagement de peine édicté à l'article 723-28 du Code de procédure pénale dont le parquet est là aussi la figure centrale. En vertu de ce texte, « pour les peines d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, lorsqu'aucune mesure d'aménagement n'a été ordonnée six mois avant la date d'expiration de la peine, toute personne condamnée à laquelle il reste quatre mois d'emprisonnement à subir ou, pour les peines inférieures ou égales à six mois, à laquelle il reste les deux tiers de la peine à subir, exécute le reliquat de sa peine selon les modalités du placement sous surveillance électronique sauf en cas d'impossibilité matérielle, de refus de l'intéressé, d'incompatibilité entre sa personnalité et la nature de la mesure ou de risque de récidive ». Cette procédure ne relève nullement de la compétence du Jap, l'alinéa 2 de l'article 723-28 indiquant explicitement que « le placement est mis en œuvre par le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation sous l'autorité du procureur de la République qui peut fixer les mesures de contrôle et les obligations énumérées aux articles 132-44 et 132-45 du code pénal auxquelles la personne condamnée devra se soumettre ». De fait, le pouvoir du parquet se voit ici considérablement accru dès lors que le juge n'a vocation à intervenir que dans l'hypothèse où celui-ci serait saisi par le condamné lorsqu'aucune mesure de placement n'aurait été prise par le D-Spip sous l'autorité du magistrat du parquet en charge de l'exécution des peines.

toute façon incontournable au regard de l'inflation législative en matière pénale et de « *la nouvelle économie du système pénal français* »¹⁵³⁶ qui repose sur la systématique de la réponse pénale - elle illustre également la volonté du législateur de favoriser la réinsertion sociale du condamné en lui évitant les effets néfastes des courtes peines d'emprisonnement. Même si toutes ces dispositions ont pour effet de favoriser la réinsertion sociale des condamnés, que ce soit en évitant à ceux qui sont libres les effets néfastes de l'incarcération lorsque le *quantum* de la peine à exécuter ou restant à subir est égal ou inférieur à deux ans (un pour les récidivistes)¹⁵³⁷, soit en permettant à ceux qui sont déjà incarcérés de terminer l'exécution de leur peine hors les murs de la prison¹⁵³⁸, ou encore d'éviter les déconvenues d'une sortie sèche¹⁵³⁹, elles ont en commun de permettre une meilleure gestion des flux en milieu carcéral, d'une part, et d'illustrer la montée en puissance du parquet comme « autorité de gestion et de décision » au stade de l'exécution des peines, d'autre part ; rôle traditionnellement dévolu au juge. L'accroissement des prérogatives du parquet dans le règlement du contentieux de l'aménagement de peine traduit déjà, nous semble-t-il, l'idée d'une forme de « civilisation » de ce contentieux résultant de l'extension, au stade de l'exécution des peines, de la logique consensuelle qui anime aujourd'hui les procédures pénales accélérées en amont de l'instance pénale comme en son sein, renforçant ainsi le rôle central de la volonté du condamné au stade de l'aménagement des modalités d'exécution de la peine.

542. – Le rôle du parquet dans le déclenchement de l'instance en aménagement de peine simplifiée – L'impulsion des procédures simplifiées ne relève pas, dans tous les cas, d'une manifestation de volonté du parquet. En effet, dans l'hypothèse de la procédure simplifiée d'aménagement de peine *ab initio* prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale, le parquet doit, « *préalablement à la mise à exécution de la ou des condamnations* » informer le Jap de sa ou de ces décisions. Il ne s'agit pas ici d'une option ouverte au procureur de la République. En présence d'une personne, non incarcérée, condamnée à une peine inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, ou pour lesquelles, en cas de cumul de condamnations, le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à deux ans¹⁵⁴⁰, le parquet doit saisir le Jap en vue du prononcé d'un aménagement de peine *ab initio* qu'il reviendra à ce

¹⁵³⁶ J.-P. JEAN, « La juridictionnalisation vue par les parquetiers », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, J.-P. JEAN (dir.), travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2006, spéc. 125.

¹⁵³⁷ Art. 723-15 et suivants C. proc. pén.

¹⁵³⁸ Art 723-19 et suivants C. proc. pén.

¹⁵³⁹ Art. 723-28 et suivants C. proc. pén.

¹⁵⁴⁰ *Quantum* ramené à un an pour les récidivistes.

dernier de déterminer en optant pour l'une des mesures énumérées par l'article 723-15.¹⁵⁴¹ De fait, l'impulsion de l'instance s'impose au parquet.¹⁵⁴² La situation est complètement différente dans le cas de la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale. Réservée aux personnes « *détenues condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à deux ans ou condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à cinq ans et dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans* »¹⁵⁴³, le texte prévoit que le D-Spip examine en temps utile le dossier de chacun des condamnés se trouvant dans la situation prévue par l'article 723-19 en vue de déterminer, après avis du chef d'établissement pénitentiaire, la mesure d'aménagement de la peine la mieux adaptée à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale. Une fois élaboré un projet d'individualisation des modalités d'exécution de la peine, celui-ci transmet son projet, après avoir reçu l'accord du condamné, au parquet qui, après avoir joint son avis sur la proposition du D-Spip, l'adresse, à son tour, au Jap qui dispose alors d'un délai de trois semaines pour homologuer ou non ladite proposition, à défaut de quoi, elle se trouve ramenée à exécution sur instruction du procureur de la République. La procédure indiquée à l'article 723-20 du Code de procédure pénale nous semble comporter quelques ambiguïtés qui pourraient donner à penser que l'instance est initiée par le D. Spip, et non par le parquet. En effet, l'alinéa 2 de ce texte dispose que « *le directeur, après avoir obtenu l'accord du condamné à la mesure qui lui est proposée, adresse au procureur de la République, en vue de la saisine du juge de l'application des peines, une proposition d'aménagement* » de peine, ce qui semble indiquer, à première vue, que lorsque le parquet se trouve saisi d'une proposition du D-Spip, il doit à son tour en saisir le Jap. La saisine de ce dernier apparaît presque automatique à la lecture de ce texte, de sorte que l'on pourrait se demander l'utilité de subordonner le pouvoir d'impulsion du D-Spip au parquet ? La situation semble se confirmer à la lecture des alinéas 3 et 4 qui disposent

¹⁵⁴¹ Semi-liberté, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique, fractionnement ou suspension de peines, libération conditionnelle ou de conversion prévue à l'article 132-57 du Code pénal.

¹⁵⁴² Sauf dans une hypothèse : celle prévue à l'article D. 147-16-1 du Code de procédure pénale introduit par le décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 relatif aux procédures simplifiées d'aménagement des peines et à diverses dispositions concernant l'application des peines (JORF du 28 oct. 2010, 19360). Ce texte prévoit que le procureur de la République a la faculté, s'il décide et que la situation particulière du condamné le justifie, de recourir à la procédure d'aménagement de peine simplifiée prévue à l'article 723-15 du même Code, bien que la ou les peines d'emprisonnement résulte d'une décision d'une juridiction de l'application des peines, notamment en cas de décision révoquant un sursis avec mise à l'épreuve ou une libération conditionnelle.

¹⁵⁴³ Ces quantum sont ramenés à un an pour les condamnés récidivistes. Par ailleurs, il doit être observé que l'article D. 147-14 du Code de procédure pénale dispose que, d'une part, « *le procureur de la République peut faire application des dispositions de l'article 723-15 et de la présente sous-section pour des peines d'emprisonnement dont le reliquat restant à subir est supérieur à deux ans, ou un an si le condamné est en état de récidive légale, si, du fait de la détention provisoire exécutée par le condamné, et du total des crédits de réduction de peine et des réductions de peine supplémentaires susceptibles d'être octroyées conformément aux dispositions de l'article 723-18, il ne reste plus de reliquat de peine à exécuter* », d'autre part, qu'il peut « *également faire application des dispositions de l'article 723-15 et de la présente sous-section pour des peines d'emprisonnement dont le reliquat restant à subir est supérieur à deux ans, ou un an si le condamné est en état de récidive légale, si, du fait de la détention provisoire exécutée par le condamné, ce dernier est admissible à la libération conditionnelle* ».

respectivement que, « *s'il estime la proposition justifiée, le procureur de la République transmet celle-ci pour homologation au juge de l'application des peines. Celui-ci dispose alors d'un délai de trois semaines à compter de la réception de la requête le saisissant pour décider par ordonnance d'homologuer ou de refuser d'homologuer la proposition* », mais que « *s'il n'estime pas la proposition justifiée, le procureur de la République en informe le juge de l'application des peines en lui transmettant cette proposition [et] avise également le condamné de sa position* ». En d'autres termes, qu'il soit d'accord ou pas avec la proposition du D-Spip, le procureur de la République doit transmettre la proposition au Jap, de sorte que l'on serait tenté de déduire qu'il se voit contraint d'impulser l'instance en aménagement de peine dans tous les cas, ce qui confirmerait que c'est en réalité le D-Spip qui initie l'instance en aménagement de peine simplifiée prévue aux articles 723-19 et suivants du Code de procédure pénale. Pourtant, la suite de l'alinéa 4 de l'article 723-20 renverse l'interprétation que suggérait jusque là la lettre même du texte en prévoyant que « *le juge de l'application des peines peut alors ordonner un aménagement de peine, d'office ou à la demande du condamné, à la suite d'un débat contradictoire conformément à l'article 712-6* ». Si le Jap ordonne d'office ou à la demande du condamné un aménagement de peine, c'est que celui-ci n'est pas saisi par la proposition du D-Spip lorsque le parquet la lui transmet en affirmant son désaccord. La relecture des alinéas 2 et 3 de ce texte, à l'aune des dispositions contenues à l'alinéa 4, éclaire ces derniers d'une interprétation nouvelle. Le procureur de la République ne déclenche l'instance en aménagement de peine simplifiée qu'à compter de l'instant où il estime la proposition justifiée, car il n'y a que dans cette hypothèse que celui-ci saisit le Jap d'une demande d'homologation. Lorsque le parquetier estime que la proposition n'est pas justifiée, il ne déclenche pas l'instance puisque ce dernier n'a aucune demande à formuler au Jap quant au projet que lui soumet le D-Spip. Cette interprétation confirme donc bien c'est le parquet qui apprécie l'opportunité d'impulser l'instance en aménagement de peine simplifiée, et l'initie le cas échéant, en requérant du Jap l'homologation du projet du D-Spip.

543. – La délimitation de la matière litigieuse par le parquet – À compter de l'instant où le parquet saisit le Jap d'une demande d'aménagement de peine dans le cadre des procédures simplifiées prévues aux articles 723-15 et 723-19 du Code de procédure pénale, celui-ci initie l'instance en formulant une demande qui comporte les éléments du litige et borne *ipso facto* l'étendue de la saisine de la juridiction de l'application des peines. Tel est bien le cas dans l'hypothèse de la procédure d'aménagement de peine *ab initio* prévue à l'article 723-15 du Code de procédure qui dispose que le procureur de la République « *informe le juge de l'application des peines de [sa] ou de ces décisions* ». Tel est encore le cas dans l'hypothèse de l'article 723-20 du même Code qui dispose notamment que « *s'il estime la proposition justifiée, le procureur de la République transmet celle-ci pour homologation au juge de l'application des peines* ». Dans les deux hypothèses, le parquet, partie

publique à l'instance en aménagement de peine, introduit une demande devant le Jap afin que ce dernier prononce ou homologue la proposition d'aménagement de peine qu'il lui soumet. Toutefois peut-on réellement parler de « matière litigieuse » ici ? Dans l'instance en aménagement de peine, les éléments du litige se situent, nous semble-t-il, sur la divergence d'opinion que les parties et le juge peuvent avoir, au regard de la situation et de la personnalité du condamné, sur l'opportunité d'aménager la peine ; la nature de la mesure d'aménagement envisagée ; et l'étendue des obligations - quant à leur nombre comme à leur contenu - qui conditionnent le maintien de la mesure d'individualisation. Il ne peut y avoir « litige »¹⁵⁴⁴ qu'à compter de l'instant où l'une des parties exprime son désaccord quant au contenu de la demande formulée devant le juge. Les procédures simplifiées d'aménagement de peine visées aux articles 723-15 et 723-19 du Code de procédure pénale supposant l'accord du condamné, et l'initiative de l'action étant prise par le parquet, il ne saurait y avoir *a priori* de « litige » entre les parties. En effet la dialectique retenue par le législateur dans ces procédures simplifiées d'aménagement de peine est la suivante : le parquet propose, le condamné dispose, le juge décide. Si « litige » il y a, celui-ci n'apparaîtra que par la contestation en appel de la décision par l'une des parties. C'est donc en deuxième instance que l'existence d'un « litige » est susceptible d'apparaître, et dont les éléments seront classiquement contenus dans la décision du juge. Il ne peut donc y avoir de « matière litigieuse » dans les procédures simplifiées d'aménagement de peine qu'à compter de l'instant où l'exercice d'une voie de recours à l'encontre de la décision du juge fait apparaître un désaccord entre les parties.

544. – En conclusion – L'étude tend à démontrer que le parquet dispose d'un pouvoir d'initiative lui permettant de délimiter les éléments du litige dont il saisit les juridictions de l'application des peines. Son pouvoir d'initiative se manifeste par l'exercice d'une « *action à fin publique* » - innommée dans le Code de procédure pénale pour l'heure - par laquelle il introduit devant les juridictions de l'application des peines une demande tendant à la modification, à l'ajournement, au refus, au retrait ou à la révocation d'une mesure d'aménagement de peine. À l'instar de ce qui peut être observé au stade du déclenchement des poursuites, le procureur de la République s'impose comme un véritable gestionnaire de la peine au stade de son exécution, et se voit reconnaître, à ce titre, la faculté d'apprécier l'opportunité de l'aménager au regard de l'évolution de la situation comme de la personnalité du condamné. À ce titre, le procureur de la République dispose, au stade de l'impulsion de l'instance, de la faculté d'opter pour un circuit long (procédure ordinaire d'aménagement de peine) ou d'opter pour le circuit court (procédure

¹⁵⁴⁴ La notion de litige s'entend d'un différend, d'un désaccord, un conflit entre des intérêts divergents. V° G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, op. cit., 555, V° *litige*.

simplifiée d'aménagement de peine reposant sur l'accord préalable du condamné), lequel s'impose à lui en présence de personnes non détenues condamnées à une courtes peines d'emprisonnement. Que l'acte introductif d'instance délivré par le parquet réside dans des « *réquisitions* » (pour le circuit long) ou dans la transmission avec avis favorable du projet d'aménagement de peine du D-Spip pour homologation (dans le circuit court), le procureur de la République délimite assurément les éléments d'un litige éventuel se manifestant par la position du condamné au regard de la demande formulée par le parquet dans le circuit long ; par le recours formé à l'encontre de la décision d'aménagement de peine rendue par le juge dans le circuit court. Dans tous les cas, alors que le schéma classique en matière pénale veut que le parquet soit dessaisi de son action par le juge qui dispose en principe de la direction de l'instance, l'évolution contemporaine tend à démontrer que cette répartition traditionnelle des rôles processuels respectifs du juge et du procureur de la République est visiblement dépassée.

B – LE RÔLE DU CONDAMNÉ DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE

545. – La maîtrise de l'initiative de l'instance et de la matière litigieuse par le condamné – Contrairement à l'instance pénale dans laquelle le parquet est toujours en position de demandeur tandis que le mis en cause se trouve toujours en position de défendeur ; au stade de l'exécution des peines, le condamné peut être défendeur ou demandeur à l'instance en aménagement de peine. Cela tient au fait que ce dernier est tout autant intéressé - sinon plus que le parquet encore - par l'individualisation des modalités d'exécution de sa peine. Ceci explique donc que le législateur lui ait reconnu la faculté d'initier l'instance en saisissant le Jap ou le Tap d'une demande d'octroi ou de modification d'une mesure d'aménagement de peine. Si la faculté que lui reconnaît le Code de procédure pénale d'impulser l'instance en aménagement de peine en saisissant lui-même le Jap ou le Tap témoigne de l'orientation du contentieux de l'exécution des peines en direction des intérêts privés du condamné **(1)**, encore faut-il observer que le droit d'action de ce dernier peut être sérieusement limité **(2)**.

1) Le droit d'action du condamné dans l'instance en aménagement de peine

546. – La consécration d'un pouvoir d'initiative au profit du condamné – Le temps où certains auteurs se demandaient si ce n'était pas se moquer du condamné que d'aller lui parler de

ses droits et de ses libertés¹⁵⁴⁵ est manifestement révolu du fait des avancées de la juridictionnalisation de l'application des peines.¹⁵⁴⁶ Celle-ci tend en effet à accroître la participation du condamné au processus d'individualisation des modalités d'exécution de sa peine en lui accordant un certain nombre de droits processuels lui permettant, notamment lorsque l'instance est - ou devient - contentieuse, de participer à la conduite de l'instance comme à la maîtrise de la matière litigieuse. Dans cette perspective, le premier droit processuel qui est reconnu au condamné n'est pas un droit de la défense, mais un droit d'action lui permettant de saisir les juridictions de l'application des peines d'une « *demande* »¹⁵⁴⁷ - terminologie qui n'est pas sans rappeler celle utilisée en procédure civile – tendant à l'octroi ou à la modification d'une mesure d'aménagement de peine.¹⁵⁴⁸ Le droit d'initier l'instance en aménagement de peine se trouve consacré, en termes très généraux, aux articles 712-4 et 712-7 du Code de procédure pénale qui prévoient que le condamné peut, à l'instar du parquet, saisir le Jap ou le Tap d'une demande d'aménagement de peine. En lui reconnaissant un droit d'action au stade de l'exécution des peines, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 n'a pas seulement confirmé le rôle participatif du condamné dans la conduite de l'instance en aménagement de peine¹⁵⁴⁹, elle lui a reconnu la faculté d'en être l'initiateur, à égalité de droits avec le parquet, mais également avec le Jap qui dispose, comme nous le verrons, d'une part, d'un véritable pouvoir d'auto-saisine, d'autre part, de la faculté d'initier l'instance en aménagement de peine devant le Tap. En lui reconnaissant une telle prérogative dans la phase de mise en œuvre concrète de la sanction pénale, le législateur ne fait qu'adapter le cadre processuel de l'instance en aménagement de peine à une réalité : la place prégnante de la volonté privée des individus - en l'occurrence ceux du condamné¹⁵⁵⁰ - en droit pénal. Cette réalité, nous l'avons observée tout d'abord en droit substantiel où elle se manifeste par la prééminence des intérêts privés - individuels comme collectifs - dans l'ordre des priorités de la protection pénale de nombreux textes d'incrimination ; en procédure pénale ensuite, où l'on a pu constater que les particuliers - qu'ils soient suspects ou victimes constituées partie civile - exercent une influence croissante sur la maîtrise de la matière litigieuse, d'une part, et la direction de l'instance pénale, d'autre part, que ce soit au stade de l'instruction préparatoire ou au stade

¹⁵⁴⁵ P. COUV RAT, « Rapport de synthèse », in *La condition juridique du détenu*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1993, 293.

¹⁵⁴⁶ Ce qui ne signifie pas que des lacunes ne demeurent pas ici ou là. En ce sens : Y. JOSEPH-RATINEAU, « Les droits du condamné dans la phase d'exécution des peines », in *Les droits de la défense dans le processus pénal*, conférence du 8 décembre 2009, Aix-en-Provence, PASC 2011, 115.

¹⁵⁴⁷ Art. 712-4 ; art. 712-7 C. proc. pén.

¹⁵⁴⁸ Art. D. 49-11 C. proc. pén.

¹⁵⁴⁹ P. LETURMY, « La participation contentieuse », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, op. cit., 61.

¹⁵⁵⁰ V° not. : S. MENU, *La volonté du condamné dans l'exécution de sa peine*, thèse, Poitiers, 2004.

décisoire. Naturellement, la phase d'exécution des peines ne pouvait échapper à ce mouvement de « privatisation » des finalités des règles substantielles comme formelles du droit pénal. Sur ce point, il nous semble que la reconnaissance au condamné d'un droit d'action lui permettant de porter une demande d'aménagement de peine devant le Jap ou le Tap, parce que celle-ci intéresse au premier plan ses intérêts privés, témoigne pleinement de cette mutation. Cette « révolution »¹⁵⁵¹ témoigne, sous l'influence de nombreux facteurs, d'une égalisation progressive de l'intérêt général et des intérêts privés sur l'échelle des valeurs sociales. De ce point de vue, il ne peut plus être question de laisser au seul représentant de la société, voir au juge, la faculté d'apprécier l'opportunité d'initier une instance en aménagement de peine, mais d'étendre une telle faculté au premier intéressé : la personne condamnée. C'est cette évolution que le droit positif de l'exécution des peines consacre en admettant que, à l'instar du représentant de la société, le condamné dispose de la faculté d'exercer une action en justice lui permettant de demander aux juridictions de l'application des peines d'individualiser les modalités d'exécution de sa peine.

547. – Les modalités de l'introduction de l'instance par le condamné dans la procédure ordinaire d'aménagement de peine – Les articles 712-4 et 712-7 du Code de procédure pénale consacrent en termes très généraux le droit d'action du condamné au stade de l'exécution des peines, laissant au règlement le soin d'explicitier les conditions de forme que l'acte introductif d'instance doit remplir. Ce sont les articles D. 49-11 et suivants du Code de procédure pénale qui posent effectivement les conditions de fond et de forme que l'acte introductif d'instance délivré par le condamné doit remplir pour effectivement emporter saisine du Jap ou du Tap. Alors que le Code de procédure pénale demeure étrangement silencieux sur les modalités de l'introduction de l'instance en aménagement de peine par le parquet, il se montre nettement plus prolix concernant les conditions de forme que l'acte introductif d'instance délivré par le condamné doit respecter. Sur ce point, il doit être observé que l'article D. 49-11 dispose, en son premier alinéa, que « *les demandes du condamné tendant au prononcé ou à la modification d'une des mesures relevant des dispositions de l'article 712-4 font l'objet d'une requête écrite adressée au juge de l'application des peines, signée du condamné ou de son avocat* ». L'utilisation du terme « *requête* », qui est peu utilisé en procédure pénale, mais fort bien connu de la procédure civile¹⁵⁵², indique que le législateur n'a pas cru opportun d'exiger que le Jap ou le Tap soit saisi par un acte d'huissier en vue de préserver, semble-t-il, la souplesse du dispositif, et permettre ainsi une mise en œuvre rapide des procédures d'aménagement de peine. Ensermer la saisine des juridictions de l'application des peines dans le respect d'un formalisme trop contraignant ne ferait que ralentir le processus en alourdissant

¹⁵⁵¹ P. FAUCHER, « La juridictionnalisation des peines : une révolution tranquille », *RPDP* 2001, 215.

¹⁵⁵² V^o not. : Art 54 ; 57 et s. ; 145 ; 493 et s. ; 793 et s. ; 845 et s. ; 859 ; 860 ; 900 ; 926 et s. ; 1088 C. proc. civ.

inutilement la démarche des parties comme la charge de travail des greffes du Jap et du Tap. En outre, ce formalisme réduit se justifie assurément par la situation souvent particulière des condamnés, notamment ceux qui sont en détention. Reste que le droit de l'exécution des peines fait preuve d'une certaine originalité en ce qui concerne la « sanction arbitraire » du non-respect des conditions de forme posées par l'article D. 49-11. En effet, ce texte prévoit que le Jap et le Tap ne sont pas tenus de répondre aux demandes qui ne respectent pas les exigences de forme que la loi impose.¹⁵⁵³ Cette sanction nous semble franchement contestable au regard de l'arbitraire qu'elle instaure. Soit l'acte introductif d'instance est frappé de nullité, et le juge devrait alors en tirer toutes les conséquences, soit il ne l'est pas, et dans ce cas, il se prononce sur le bien-fondé de la demande puisqu'il s'en trouve valablement saisi. Il est peu souhaitable de laisser au juge le soin d'apprécier, au cas par cas, sans d'ailleurs qu'aucun critère objectif ne soit déterminé par la loi, si l'acte introductif d'instance le saisit ou non, et de ce point de vue, l'on ne peut que souhaiter une modification prochaine de ce texte afin que le non-respect des conditions de forme imposées par l'alinéa 1^{er} de l'article D. 49-11 du Code de procédure pénale entraîne *ipso facto* la nullité de l'acte introductif d'instance. Pour le reste, la procédure de saisine de la juridiction est extrêmement simple. L'alinéa 2 de l'article D. 49-11 du Code de procédure pénale prévoit que « *cette requête est remise au greffe du juge de l'application des peines contre récépissé ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si le condamné est détenu, elle peut faire l'objet d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire dans les conditions prévues aux deux derniers alinéas de l'article 148-7* », tandis que l'alinéa 3 de ce texte précise que « *lorsque la demande relève de la compétence du tribunal de l'application des peines, le greffier du juge de l'application des peines la transmet sans délai en copie au greffe de cette juridiction, lorsqu'il est distinct du greffe du juge de l'application des peines, sauf si cette demande est irrecevable en application des dispositions de l'article D. 49-12* ». ¹⁵⁵⁴ Si le condamné se trouve en détention, l'article 148-7 du Code de procédure applicable en cas de détention provisoire leur est alors également applicable. Dans ce cas, la requête prend alors la forme d'une déclaration auprès du chef d'établissement que celui-ci constatera, datera, signera et adressera sans délai au greffe du Jap, ou au greffe du Tap si ce dernier est seul compétent.

548. – L'objet du litige défini par l'acte introductif d'instance délivré par le condamné –

En permettant au condamné d'initier l'instance en aménagement de peine, le législateur lui permet assurément de délimiter, initialement au moins, la saisine du Jap comme du Tap. Il doit être observé toutefois qu'au stade de la saisine de la juridiction de l'application des peines, il est impossible de parler encore « d'objet du litige », de délimitation des « éléments du litige » ou

¹⁵⁵³ Art. D. 49-11, al. 3, C. proc. pén.

¹⁵⁵⁴ V° infra, n°...

encore de « détermination de la matière litigieuse », du moins lorsqu'il s'agit d'une demande d'octroi ou de modification initiée par le condamné, simplement parce qu'il n'y a pas encore de litige, et qu'il n'y en aura peut-être jamais. L'instance en aménagement de peine ne devient une procédure contentieuse qu'à compter de l'instant où le parquet s'oppose, par voie de réquisitions, à la demande du condamné, parce que ce n'est qu'à ce moment là que naît un litige.¹⁵⁵⁵ *A contrario*, si le parquet prend des réquisitions favorables à la demande du condamné, l'instance en aménagement de peine s'analyse davantage en une « *procédure gracieuse* ». ¹⁵⁵⁶ Sur ce point, il peut être observé que l'article 25 du Code de procédure civile dispose que « *le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ». Le critère relatif à l'absence de litige est rempli dès lors que dès lors que le parquet prend des réquisitions favorables à l'accueil de la demande du condamné par le Jap ou le Tap. La loi subordonnant le prononcé de la majorité des aménagement de peine à la décision du Jap ou du Tap, dès lors que la mesure envisagée entre dans leur champ de compétence, ces derniers ont bien pour rôle d'effectuer un contrôle de légalité et d'opportunité de la demande formulée par le condamné, à l'instar du juge civil statuant en matière gracieuse.¹⁵⁵⁷ De fait, si l'on reprend le contenu de l'article 25 du Code de procédure civile à l'aune de la procédure ordinaire d'aménagement de peine dans laquelle le parquet prend des réquisitions favorables à la demande formulée par le condamné, nous avons bien un « *juge* » statuant « *en l'absence de litige* » sur une « *demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ». De fait, dans sa demande, le condamné ne fait que borner l'étendue de la saisine de la juridiction de l'application des peines en délimitant les éléments sur lesquels il souhaite que celle-ci statue, et ce n'est qu'en cas d'une élévation du contentieux¹⁵⁵⁸ que ceux-ci vont alors apparaître comme ceux d'un litige.

2) *La limitation du droit reconnu au condamné d'initier l'instance*

549. – La limitation temporaire du droit de déclencher l'instance par la loi – Il existe certaines hypothèses dans lesquelles le condamné peut se voir interdire, de manière temporaire, la faculté de saisir le Jap d'une demande d'aménagement de peine avant l'écoulement d'un certain

¹⁵⁵⁵ Sur cette notion, V° supra, n°...

¹⁵⁵⁶ G. WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », in *La justice entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, 483. – J.-L. BERGEL, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, I, 153. – G. BOLARD, « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », *D.* 1976, I, 54.

¹⁵⁵⁷ En ce sens : S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 211.

¹⁵⁵⁸ P. CALLÉ, « L'élévation du contentieux », *Procédures* 2003, chron. 6. L'expression désigne la transformation de la procédure qui a lieu dans l'hypothèse où un contentieux émerge au cours d'une procédure gracieuse du seul fait que la demande, qui relève initialement de la matière gracieuse, devient contentieuse.

délai. L'article D. 49-12 du Code de procédure pénale dispose ainsi que « *le condamné n'est pas recevable à déposer de demande concernant une des mesures relevant des dispositions de l'article 712-4 tant qu'il n'a pas été statué par la juridiction de l'application des peines du premier degré compétente sur une précédente demande relative à une même mesure* ». De fait, le condamné se trouve privé de l'exercice de son droit d'action concernant l'octroi ou la modification des mesures d'aménagement de peine relevant de la compétence du Jap tant que celui-ci n'a pas statué sur une précédente demande relative à une même mesure. *A priori*, la solution doit être pleinement approuvée dès lors que le Jap se voit imposer un certain nombre de délais dans lesquels celui-ci doit faire connaître sa décision, il convient d'éviter que le condamné n'engorge le greffe comme le cabinet du Jap d'une multitude de demandes. Il en est ainsi de l'article D 49-32 qui impose au Jap, lorsque ce dernier est saisi d'une demande concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir, de statuer par ordonnance motivée au plus tard dans un délai de deux mois suivant le dépôt de la demande dans les conditions fixées à l'article D. 49-11 du Code de procédure pénale. Dans l'hypothèse des mesures prévues par l'article 712-6 du Code de procédure pénale, l'article D. 49-33 du même Code prévoit que le débat contradictoire devant le juge de l'application des peines doit avoir lieu au plus tard le quatrième mois suivant le dépôt de la demande dans les conditions prévues par l'article D. 49-11. De fait, lorsque l'acte introductif d'instance ne répond pas aux conditions de forme exigées par l'article D. 49-11, si le Jap n'entend pas répondre à la demande, le condamné perd un précieux délai de deux mois, dans l'hypothèse d'une demande portant sur l'une des mesures prévues à l'article 712-5 du Code de procédure pénale ou quatre mois dans l'hypothèse des mesures prévues à l'article 712-6. Cela ne fait que confirmer la nécessité de modifier le contenu de l'article D. 49-11 en imposant au Jap de notifier au condamné l'irrecevabilité de sa demande.

550. – La limitation temporaire du droit de déclencher l'instance par le juge – Il peut être observé en effet que l'article D. 49-12, alinéa 2, du Code de procédure pénale prévoit que, « *pendant le délai d'irrecevabilité fixé par la juridiction de l'application des peines* ». Tout d'abord, il doit être observé que la Chambre de l'application des peines (Chap) dispose d'une telle faculté sur le fondement du dernier alinéa de l'article 712-13 du Code de procédure pénale dans l'hypothèse où celle-ci confirme un jugement ayant refusé d'accorder une des mesures mentionnées aux articles 712-6 ou 712-7. Dans ce cas, la Chap peut fixer un délai pendant lequel toute nouvelle demande tendant à l'octroi de la même mesure sera irrecevable ; celui-ci ne pouvant excéder ni le tiers du temps de détention restant à subir, ni trois années. Le Jap dispose également d'une telle prérogative, tout d'abord lorsque celui-ci statue sur une demande ayant trait à l'une des mesures prévues à l'article 712-5, le dernier alinéa de l'article D. 49-32 prévoyant que, dans l'hypothèse où

il rejette, accepte ou ajourne une demande formée par le condamné, celui-ci « *peut dans son ordonnance fixer par décision motivée un délai durant lequel le condamné n'est pas recevable à déposer une demande similaire, sans que ce délai puisse excéder six mois* », ensuite, lorsque celui-ci statue sur une demande ayant trait à l'une des mesures prévues à l'article 712-6, le dernier alinéa de l'article D. 49-33 prévoyant que, dans l'hypothèse où il rejette, accepte ou ajourne une demande formée par le condamné, celui-ci « *peut dans son jugement fixer par décision motivée un délai durant lequel le condamné n'est pas recevable à déposer une demande similaire, sans que ce délai puisse excéder un an* ». Enfin, l'article D. 49-12 du Code de procédure pénale reconnaît également une telle prérogative au Tap, ce texte précisant, en son dernier alinéa, qu'« *en cas de rejet ou d'ajournement d'une demande formée par le condamné, le tribunal de l'application des peines peut dans son jugement fixer par décision motivée un délai durant lequel le condamné n'est pas recevable à déposer une demande similaire, sans que ce délai puisse excéder deux ans* ». De fait, le condamné peut être privé du droit de solliciter un aménagement de peine ou la modification d'une mesure d'aménagement de peine prononcée antérieurement, de manière momentanée, lorsque le juge lui impose un délai d'irrecevabilité. La notion de « *demande similaire* » semble actuellement entendue, comme l'avait suggéré une partie de la doctrine d'ailleurs¹⁵⁵⁹, de manière stricte par le juge qui paraît distinguer, dans les rares décisions relatives à l'application des ces textes, entre les diverses mesures d'aménagement de peine selon leur objet.¹⁵⁶⁰ De ce point de vue, le risque d'une interprétation extensive de ces dispositions est écarté. Toutefois, le mécanisme nous semble franchement contestable en ce qu'il introduit, ici aussi, une dose d'arbitraire dont il nous semble que la procédure pénale aurait pu se passer. En effet, le législateur a prévu que la juridiction de l'application des peines, si elle est saisie pendant le délai d'irrecevabilité imposé au condamné d'une demande identique ou similaire à la précédente, peut, si elle l'estime justifié ou opportun, ne pas constater l'irrecevabilité de la demande nouvelle et statuer sur celle-ci. Cette solution nous semble contestable, d'une part, parce qu'elle ôte à la décision ayant fixée le délai d'irrecevabilité toute son autorité, et d'autre part, parce que le texte, en ne précisant pas les motifs sur lesquels le Jap ou le Tap se fonde pour admettre la recevabilité de la demande nouvelle malgré le délai d'irrecevabilité, instaure une arbitraire judiciaire qui est toujours condamnable.

551. – Le sort du pouvoir d'initiative du condamné en cas de mise en œuvre d'une procédure simplifiée d'aménagement de peine – En présence d'une courte peine

¹⁵⁵⁹ En ce sens : E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 909.

¹⁵⁶⁰ Not. : CA Rouen, 27 juin 2006 : n° 150/2008. Sur le fondement de l'article 49-12 du Code de procédure pénale, la Cour d'appel de Rouen a considéré, « *fait à bon droit application de [ce texte] le JAP qui déclare irrecevable la requête aux fins de libération conditionnelle dès lors que la seule juridiction compétente pour accorder ou non la mesure de libération conditionnelle est le TPIY déjà saisi d'une précédente demande de cette nature sur laquelle il n'a pas encore statué* ».

d'emprisonnement devant être mise à exécution, ou restant à exécuter, le parquet peut mettre en œuvre une procédure simplifiée d'aménagement de peine qui n'emporte pas les mêmes effets sur le droit d'action du condamné selon que celui-ci est libre ou détenu. Le pouvoir de déclencher l'action se trouve nécessairement neutralisé lorsque c'est la procédure prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale qui est mise en œuvre¹⁵⁶¹, le condamné n'ayant pas la possibilité de saisir le juge d'une demande d'aménagement de peine *ab initio*.¹⁵⁶² *Quid* toutefois de l'hypothèse où c'est la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale qui est mise en œuvre ? La loi et le décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010¹⁵⁶³ organisent à l'évidence une concurrence entre la procédure simplifiée de l'article 723-19 et la procédure ordinaire d'aménagement de peine. En effet, les dispositions de l'article D. 147-30-2 du Code de procédure pénale issu du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 prévoient que « l'ordonnance d'homologation rend de plein droit caduque toute demande d'aménagement de peine que le condamné aurait pu précédemment former conformément aux dispositions de l'article D. 49-11 et sur laquelle le juge de l'application des peines n'est plus tenu de statuer », tandis que celles de l'article D. 147-30-7 disposent que « la proposition devient caduque si, avant l'expiration du délai de trois semaines prévu par les articles 723-20 et 723-24, le juge de l'application des peines, saisi conformément aux dispositions de l'article D. 49-11, ordonne une mesure d'aménagement ou une libération conditionnelle conformément aux dispositions de l'article 712-6 ». En rendant caduque toute demande d'aménagement de peine que le condamné aurait pu être formée précédemment à l'ordonnance d'homologation, l'article D. 147-30-2 du Code de procédure pénale semble autoriser le condamné à déclencher l'instance en mettant en œuvre une procédure ordinaire d'aménagement de peine tant qu'aucune ordonnance d'homologation entérinant l'accord conclu avec le D-Spip et le parquet n'est prise par le Jap. Cette disposition témoigne de la prééminence des intérêts privés du condamné au stade de l'exécution des peines puisque celui-ci se voit reconnaître la faculté de déclencher l'instance en initiant une procédure ordinaire d'aménagement de peine, alors même qu'il se trouve engagé dans un processus d'individualisation consensuel des modalités d'exécution de sa peine. Deux raisons nous semblent

¹⁵⁶¹ Cette procédure simplifiée d'aménagement de peine *ab initio* tend à devenir le mode ordinaire d'aménagement de peine. En ce sens : P. FAUCHER, « La procédure simplifiée d'aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l'artisanat judiciaire », *ibid.*

¹⁵⁶² Les aménagements de peine *ab initio* relèvent soit de l'article 474 du Code de procédure pénale qui impose à la juridiction de jugement de saisir le Jap en vue de déterminer les modalités d'exécution de la peine en cas d'une condamnation d'une personne non incarcérée à une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans ou pour laquelle la durée de détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, soit de l'article 723-15 que nous étudions ici. Dans les deux cas, le condamné est un sujet passif de la procédure dont l'initiative lui échappe. V° not. : M. HERZOG-EVANS, « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire », *AJ pénal* 2008, 274. V° égal. : J.-L. WASRMANN, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie*, Rapp. mission parlementaire auprès de Dominique Perben garde des Sceaux, ministre de la Justice, Doc. fr., 2003.

¹⁵⁶³ relatif aux procédures simplifiées d'aménagement des peines et à diverses dispositions concernant l'application des peines : *JORF* du 28 oct. 2010, 1936.

justifier un tel choix. La première tient à l'incertitude de la procédure simplifiée de l'article 723-19. Même s'il consent à la mesure d'aménagement de peine proposée, le condamné n'est pas certain que le parquet approuvera le projet du D-Spip et qu'il transmettra celui-ci pour homologation au Jap, ni que ce dernier prendra une décision d'homologation malgré l'avis favorable du parquet ; ou encore qu'il ne décidera pas de modifier substantiellement les obligations conditionnant le maintien de la mesure dans un sens défavorable à ses intérêts. Il est, de ce point de vue, logique de permettre au condamné de « tenter sa chance » dans le cadre de la procédure ordinaire d'aménagement de peine. La seconde tient à la prééminence des intérêts privés du condamné au stade de l'exécution des peines. La solution retenue par les textes démontre que le législateur entend permettre au condamné de ne pas se limiter à la proposition du D-Spip, qu'il peut accepter faute de mieux dans un premier temps, et de « tenter sa chance », s'il le souhaite, en formulant une demande d'aménagement de peine devant le Jap qui, si elle est acceptée avant que ce dernier ne se prononce sur le projet du D-Spip par voie d'ordonnance d'homologation, rend celui-ci caduque. Comme le fait observer le professeur Herzog-Evans, en organisant une concurrence entre la procédure simplifiée de l'article 723-19 et la procédure ordinaire d'aménagement de peine, le Code de procédure pénale instaure un principe procédural nouveau : le « *premier arrivé gagne* ». ¹⁵⁶⁴

552. – En conclusion – Les intérêts privés du condamné se situant au premier plan de « *l'équation décisionnelle* » que le juge doit résoudre au stade de l'aménagement de la peine prononcée par les juridictions de jugement, il est logique que ce dernier dispose d'un droit d'action lui permettant d'initier l'instance en aménagement de peine, y compris lorsqu'il se trouve déjà engagé dans un processus d'aménagement simplifié de peine sur le fondement de l'article 723-19 du Code de procédure pénale, ce qui lui permet de rechercher la solution qui sera la plus favorable à ses intérêts privés. Le droit d'action du condamné comme la faculté qui lui est reconnue d'initier l'instance en aménagement de peine malgré le fait qu'il soit déjà engagé dans un processus d'aménagement consensuel des modalités d'exécution de la peine démontre bien que les intérêts privés de ce dernier se trouvent hissés au même niveau de valeur que l'intérêt général, ou que l'intérêt général se trouve rabaissé au niveau des intérêts privés. Il est, de ce point de vue, logique que les titulaires des intérêts privés en question disposent de prérogatives procédurales équivalentes au représentant de la société. En effet, il n'y a plus aucune raison en pareille situation que le parquet se trouve en position dominante dans l'impulsion de l'instance comme dans la maîtrise de la matière litigieuse.

¹⁵⁶⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 812-205.

553. – Conclusion du paragraphe 1 – L’ascension des intérêts privés du condamné dans « *l’équation décisionnelle* » que les juridictions de l’application des peines ont à résoudre ne peut que logiquement conduire à lui octroyer le droit de saisir le juge d’une demande qui comporte nécessairement en son sein des éléments potentiellement litigieux. Mais, parce que l’aménagement de la peine au cours de son exécution est susceptible de porter atteinte à l’intérêt général, le représentant de la société se voit également reconnaître la faculté d’initier l’instance en vue d’obtenir du juge la modification, l’ajournement, le retrait ou la révocation de la mesure d’aménagement de peine si le condamné ne remplit plus les conditions qui ont conduit le juge à l’octroyer, ou ne respecte pas les obligations qui en conditionnent le maintien. Par la finalité même de son « action à fin publique », le procureur de la République délimite nécessairement les éléments du litige qui l’oppose au condamné, lesquels se situent au stade de l’exécution des peines, sur la divergence de point de vue que les parties ont, au regard de la situation et de la personnalité du condamné, sur à l’opportunité ou la nature de la modification des modalités d’exécution de la peine envisagée, ou encore sur l’étendue des obligations - à la fois quant à leur nombre mais également quant à leur contenu - conditionnant le maintien de la mesure d’individualisation. À l’instar de ce qui a pu être observé dans l’instance pénale, les parties disposent également de la possibilité de s’accorder sur une proposition commune qu’elles soumettent alors au juge pour homologation en initiant une procédure simplifiée d’aménagement de peine ; mais parce qu’elle relève de l’initiative de l’Exécutif et que son résultat est incertain, l’impulsion de la procédure simplifiée d’aménagement de peine prévue à l’article 723-19 du Code de procédure pénale n’interdit nullement au condamné d’introduire une demande en aménagement de peine devant les juridictions de l’application des peines en mettant en œuvre la procédure ordinaire prévue à l’article 712-4 en vue d’obtenir une décision plus favorable à ses intérêts. Cette mise en concurrence des parties à la recherche de la meilleure solution possible au regard de leurs intérêts respectifs illustre bien le fait, d’une part, que le parquet s’impose comme une véritable « partie » à l’instance en charge de la défense des intérêts de la société, et non plus comme une « institution publique fonctionnarisée », d’autre part, que les intérêts privés du condamné se trouvent placés à un même niveau de valeur que l’intérêt général, ce qui ne peut que conduire à rapprocher la configuration des rôles processuels des parties dans l’instance en aménagement de peine du canevas procédural civil. L’émergence du principe d’initiative comme du principe dispositif au stade de l’exécution des peines est ici patente dans la mesure où les parties disposent de la faculté de déclencher l’instance en aménagement de peine, d’une part, et de délimiter la matière litigieuse dont le juge se trouve saisi, soit en formulant leur demande, soit en répondant à la demande formulée par la partie à l’origine du déclenchement de l’instance.

§.2 - LA RÉPARTITION DES RÔLES PROCESSUELS DES ACTEURS N'AYANT PAS LE STATUT DE PARTIE A L'INSTANCE

554. – Détermination des « intervenants » disposant de la faculté d'initier l'instance en aménagement de peine – Plusieurs acteurs interviennent tout au long de la phase d'exécution des peines en exerçant une influence certaine sur les éventuelles modifications susceptibles d'affecter les modalités d'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Il en est ainsi notamment des personnels pénitentiaires qui participent à l'élaboration des décisions du Jap prises après avis de la commission de l'application des peines (Cap) dont ils sont membre de droit¹⁵⁶⁵ ou encore des personnels du service d'insertion et de probation dont les missions ne cessent de croître¹⁵⁶⁶, ainsi que les juridictions judiciaires. Parce qu'ils ne sont que des intervenants, aucun d'eux ne devraient disposer d'un droit d'action qui est, en principe, réservé aux parties. Or, l'analyse démontre que tel n'est pas le cas puisque le juge dispose de la faculté d'initier l'instance en aménagement de peine en se saisissant d'office ou en saisissant une autre juridiction **(A)**, mais également la victime, à laquelle le droit positif octroie des prérogatives toujours plus importantes **(B)**, ce qui nous semble inévitable au regard des exigences européennes.

A - LE RÔLE DU JUGE DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE

555. – De la faculté de se saisir d'office ou de saisir une autre juridiction – Même si le rôle des parties dans l'impulsion de l'instance se trouve consacré par le Code de procédure pénale, il doit être observé qu'à l'instar de certaines juridictions civiles - comme le juge des enfants dans le domaine de l'assistance éducative¹⁵⁶⁷, du juge des tutelles dans le domaine des mesures de protection susceptibles d'être appliquées aux incapables majeurs¹⁵⁶⁸, ou encore du juge-commissaire ou du tribunal de commerce dans le domaine des procédures collectives¹⁵⁶⁹ - le Jap dispose, au stade de l'exécution des peines, non seulement de la faculté de se saisir d'office **(1)**,

¹⁵⁶⁵ Art. 712-5 C. proc. pén. V° sur ce point : P. MBANZOULOU, *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000.

¹⁵⁶⁶ M. HERZOG-EVANS, « Europe des droits de l'homme : définir la « bonne » probation », *AJ pénal* 2012, 90. – Ibid., « Nouveaux enjeux dans l'application des peines. Les leçons du droit et de la criminologie », *ibid.* 2011, 177. – P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC* 2007, 883. – A. CHAUVENET, C. GORGEON, C. MOUHANA, F. ORLIC, « Entre social et judiciaire : quelle place pour le travail social en milieu ouvert ? », *APC* 2002, 73. – G. DU MESNIL DU BUISSON, « Service pénitentiaire d'insertion et de probation. Commentaire », *RAP* 1999, 8.

¹⁵⁶⁷ Art. 375-1° C. civ. – Art. 1256 C. proc. civ.

¹⁵⁶⁸ Art. 391 et 442 C. civ. – Art. 1212, 1244 et 1252 C. proc. civ.

¹⁵⁶⁹ Art. L. 621-12 ; L. 626-27 ; L. 631-3 ; L. 631-5 ; L. 631-9 ; L. 640-5 ; L. 643-9 et L. 643-13 C. com.

mais encore de saisir le Jap en se substituant donc aux parties dans l'impulsion de l'instance en aménagement de peine (2).

1) *L'impulsion de l'instance par le Jap usant de son pouvoir d'auto-saisine*

556. – La consécration du droit reconnu au Jap de se saisir d'office – La faculté reconnue au Jap d'initier l'instance en aménagement de peine en se saisissant d'office a été consacrée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.¹⁵⁷⁰ Cette prérogative, exceptionnelle en matière pénale, confirme l'autonomie de l'instance en aménagement de peine au sein de laquelle le principe de séparation des fonctions entre les autorités chargées de la poursuite et les autorités jugement, affirmé par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, n'a pas vocation à s'appliquer dans l'instance en aménagement de peine. La solution est logique dans la mesure où, si le Jap est bien une autorité de jugement, il n'y a pas d'autorités de poursuite au stade de l'exécution des peines, précisément parce qu'il n'y a pas, en principe, de « poursuites » dans l'instance en aménagement de peine, ni « *d'accusation en matière pénale* ». ¹⁵⁷¹ Le droit d'impulser l'instance en aménagement de peine est reconnu au Jap à l'article 712-4 du Code de procédure pénale qui dispose en son alinéa 1^{er} que « *les mesures relevant de la compétence du juge de l'application des peines sont accordées, modifiées, ajournées, refusées, retirées ou révoquées par ordonnance ou jugement motivé de ce magistrat agissant d'office [...]* ». La solution se justifie par le fait que le Jap, véritable pivot de la phase d'exécution des peines, est le mieux placé pour apprécier l'opportunité d'initier une instance en aménagement de peine, d'une part, parce qu'il assure le suivi des condamnés ¹⁵⁷², d'autre part, parce qu'il peut toujours s'informer directement auprès de l'établissement pénitentiaire ou du Spip de l'évolution de tel ou tel condamné en particulier. Il est également le mieux placé en ce qu'il est l'acteur du droit de l'exécution des peines qui maîtrise probablement le mieux les arcanes de la procédure. De ce point de vue, la saisine d'office est particulièrement utile pour pallier les carences du condamné comme du parquet, et ainsi gagner du temps. Il en est ainsi lorsqu'elle est utilisée par le Jap pour régulariser une demande du condamné irrecevable - à défaut de saisine d'office, celui-ci devrait attendre la décision d'irrecevabilité pour présenter une nouvelle demande - ; en cours de débat, pour se saisir d'une demande qui n'aurait pas été faite par le condamné ou le procureur de la République, ce qui évite de fait le rejet d'une demande qui pourrait être jugée inopportune ou

¹⁵⁷⁰ Cette faculté lui a été reconnue par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. V° not. : M. JANAS, « Le nouveau rôle du Jap », *AJ pénal* 2004, 394.

¹⁵⁷¹ V° en ce sens : Y. JOSEPH-RATINEAU, « Les droits du condamné dans la phase d'exécution des peines », in *Les droits de la défense dans le processus pénal*, ibid.

¹⁵⁷² L'article D. 49-27, alinéa 1, du Code de procédure pénale rappelle en effet que « le juge de l'application des peines fixe les principales modalités d'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de libertés en orientant et en contrôlant les conditions de leur exécution, conformément aux principes fixés par l'article 707 ».

devenue irréalisable et permet de gagner du temps en prenant directement une décision d'aménagement sans avoir à attendre le dépôt d'une nouvelle demande par le condamné qui, du fait des formes exigées par l'article D. 49-11 ne pourrait de toute façon se faire lors du débat ; ou enfin, pour remédier au fait que le condamné ne se trouve en mesure, physique ou psychique, de formuler une demande sans avoir à attendre la désignation d'un tuteur *ad hoc*. Si l'objectif de célérité et d'efficacité des procédures d'aménagement de peine peut expliquer que le législateur offre au Jap la faculté de se saisir d'office, le souci d'assistance aux parties - plus spécialement du condamné - semble également motiver ce choix, ce qui confirme la place prégnante des intérêts privés du condamné dans l'objet procédural de l'instance en aménagement de peine.

557. – La matière litigieuse délimitée par l'acte de saisine d'office du Jap – À l'instar de ce qui a pu être observé à propos du procureur de la République, la forme de la saisine d'office n'est nullement définie par le Code de procédure pénale, tant dans sa partie législative que réglementaire. Tout ce que l'on peut observer, c'est que les textes semblent permettre au Jap de se saisir d'office à tout moment de la procédure, y compris au cours du débat, l'essentiel étant que la saisine soit mentionnée dans les notes d'audience et dans le jugement, d'une part, et que les parties aient pu valablement débattre de son contenu, d'autre part. L'originalité de la saisine d'office réside dans le fait que ce n'est plus les parties qui « *fournissent au juge la matière du procès* »¹⁵⁷³, mais le juge qui fournit la matière du procès aux parties. Il n'y aura bien évidemment « procès » ou « litige » qu'à compter de l'instant où les parties n'adhèrent pas à la « proposition » du Jap. La procédure aura nécessairement un caractère contentieux lorsque le juge déclenche une instance en vue de sanctionner les manquements du condamné dans le respect de ces obligations par l'ajournement, le retrait ou la révocation de la mesure d'aménagement de peine, ou qu'il entend, sur le fondement de l'article 712-8 du Code de procédure pénale, modifier dans un sens défavorable au condamné les obligations conditionnant le maintien des mesures qu'il peut prononcer, ou que le Jap a prononcé en application de l'article 712-7 du même Code. Or, en pareille hypothèse, la saisine d'office nous semble poser problème. En effet, le condamné se trouve être défendeur à une instance qui n'est pas initiée son « adversaire » naturel et légitime - le parquet -, mais par le juge - organe neutre et impartial en principe - qui se comporte ici « comme » une partie en délimitant, au sein de sa saisine d'office, les éléments du litige ; situation peu compatible avec les exigences européennes de procès équitable.

¹⁵⁷³ Sur ces notions, V° : S. GUINCHARD, C. CHANAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 632.

558. – La conformité de la saisine d’office du Jap aux canons du procès équitable – Parmi les principes fondamentaux du procès équitable figure le droit reconnu à tout justiciable de pouvoir accéder à un tribunal impartial.¹⁵⁷⁴ Au sens de la Cour européenne des droits de l’homme, mais également de la jurisprudence des juridictions internes, le justiciable n’est protégé qu’en présence d’une « *impartialité apparente* » du juge, c’est à dire une impartialité qui peut être constatée par tous.¹⁵⁷⁵ Or, bien qu’elle se justifie par le souci de célérité, d’efficacité, et dans une certaine mesure d’assistance aux parties, la saisine d’office du Jap soulève tout de même un certain malaise au regard du droit fondamental reconnu à tout justiciable de pouvoir faire trancher son litige par un « tribunal impartial ». La question du respect de ce principe se pose tant à l’égard du représentant de la société, lorsque le Jap initie une instance en vue d’octroyer ou de modifier une mesure d’aménagement de peine dans un sens plus favorable au condamné - qu’à l’égard du condamné, lorsque celui-ci se saisit d’office en vue de le sanctionner en modifiant la mesure d’aménagement de peine dont ce dernier bénéficiait jusqu’alors, voir en prononçant son ajournement, son retrait ou sa révocation. En effet, dans un cas comme dans l’autre, la saisine d’office du Jap ne traduit-elle pas le fait que ce dernier a déjà pris sa décision ? Si l’on peut aisément comprendre que le souci de célérité et d’efficacité conduit le législateur à faire preuve d’une certaine souplesse dans l’élaboration du cadre processuel dans lequel l’individualisation des modalités d’exécution de la peine s’inscrit, en vue notamment de favoriser la réactivité des acteurs de l’exécution des peines, il n’est toutefois pas souhaitable que cela se fasse au prix d’une violation des principes fondamentaux identifiés par l’article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l’homme.¹⁵⁷⁶ La question se pose avec d’autant plus de pertinence que, dans d’autres domaines, le Conseil Constitutionnel a eu l’occasion d’affirmer que la saisine d’office pouvait

¹⁵⁷⁴ V° not. : A.-M. FRISON-ROCHE, « Le droit à un tribunal impartial », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, A.-M. FRISON ROCHE, T. REVET (dir.), 18^e éd., coll. CRFPA Grand oral, Dalloz, 2012, 557. – R. DE GOUTTES, « L’impartialité du juge. – Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *RSC* 2003, 63. – N.-D. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l’impartialité du magistrat », *D.* 1998, I, 262. – J. PRADEL, « La notion de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990, 692. – R. KOERING-JOULIN, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant au sens de l’article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l’homme », *RSC* 1990, 765. Plus largement : S. JOSSERAND, *L’impartialité du magistrat en procédure pénale*, bibl. sc. crim., t. 33, LGDJ, 1998.

¹⁵⁷⁵ CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/France* : n° 34130-96. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a décidé qu’un juge qui a déjà traité des questions analogues à celles qu’examinera ensuite la formation de jugement ne peut y participer sans entacher le tribunal d’un soupçon légitime de partialité. V° not. : C. GOYET, « Remarque sur l’impartialité du tribunal », *D.* 2001, I, 328.

¹⁵⁷⁶ Si la Cour de cassation a eu l’occasion d’affirmer que l’article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme ne s’applique pas au stade de l’exécution des peines, sa position paraît de moins en moins claire, celle-ci s’étant abstenu d’affirmer, dans ces décisions les plus récentes, que les règles issues de l’article 6 §.1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme sont inapplicables dans les procédures d’exécution des peines (V° en ce sens : Cass. crim., 2 mars 2011 : *AJ pénal* 2011, 533, obs. Herzog-Evans). Il doit être observé d’ailleurs que la position de la Cour de cassation va à l’encontre de celle de la Cour européenne des droits de l’homme qui applique bien évidemment l’article 6 §1 de la Convention au domaine de l’exécution des peines (V° not. : CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* : n° 39665. – 26 janv. 1996, *Singh c/ Royaume-Uni* : n° 56/1994/503/585. – 15 juill. 2001, *Ezbeh et Connors c/ Royaume-Uni* : n° 40086/98).

compromettre la garantie d'impartialité de la juridiction.¹⁵⁷⁷ La chambre criminelle a eu l'occasion de se positionner sur ce point dans le cadre d'une procédure de QPC dans laquelle le demandeur faisait valoir que la saisine d'office du Jap dans le cadre d'une procédure de révocation d'une mesure de semi-liberté portait atteinte au principe d'impartialité garanti par la Constitution. De manière tout à fait regrettable, la chambre criminelle n'a pas souhaité transmettre la QPC au Conseil Constitutionnel au motif que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les dispositions légales critiquées ont pour effet de permettre au juge de l'application des peines qui constate que les conditions qui ont permis le placement du condamné sous le régime de la semi-liberté ne sont plus remplies, ou que l'intéressé ne satisfait pas aux obligations qui lui ont été imposées, ou qu'il fait preuve de mauvaise conduite, de procéder, après avoir recueilli l'avis du représentant de l'administration pénitentiaire, à un débat contradictoire en application de l'article 712-6 du code de procédure pénale, au cours duquel il entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné et, le cas échéant, celles de son avocat ; que la décision de procéder à ce débat ne préjuge pas de la révocation de la semi-liberté et n'affecte donc pas l'impartialité du juge* ». ¹⁵⁷⁸ N'y a-t-il pas dans cette décision un contre-sens évident dans le fait d'affirmer que le Jap est autorisé à se saisir d'office parce qu'il « *constate que les conditions qui ont permis le placement du condamné ne sont plus remplies* », mais que cela « *ne préjuge pas de la révocation de la semi-liberté et n'affecte donc pas l'impartialité du juge* » ? Dès lors que le Jap « *constate* » que les conditions de maintien d'une mesure d'aménagement de peine ne sont plus réunies, et qu'il initie une instance en vue de révoquer ladite mesure, il est évident que celui-ci ne présente plus la garantie d'impartialité que le condamné est en droit d'exiger sur le fondement de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais également sur celui de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En se saisissant d'office, le Jap entame à l'évidence un processus judiciaire en vue de parvenir à un résultat défini dès l'introduction de l'instance. L'impulsion de l'instance par le juge témoigne justement de l'absence de neutralité et d'impartialité de ce dernier, et les parties n'ont que peu de chance de le faire changer d'avis en cours d'instance, sauf à rapporter un fait ou un élément dont le Jap n'avait pas connaissance lorsqu'il a initié l'instance, et qui soit suffisamment important pour modifier les éléments de la matière litigieuse. Le problème que pose la saisine d'office du Jap est exactement le même que celui que le Conseil Constitutionnel a identifié dans la faculté reconnue au tribunal de commerce d'introduire l'instance en redressement judiciaire : le défendeur ne perçoit plus le juge comme un organe décisionnel impartial, mais plutôt comme une partie, dont il ne peut qu'avoir l'apparence en

¹⁵⁷⁷ En ce sens : Cons. Const. n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012 : D. 2013, II, 338, note Vallens.

¹⁵⁷⁸ Cass. crim. QPC, 1^{er} sept. 2011 : E. GARÇON, V. PELTIER, « Un de droit de la peine. – Janv. 2011 - déc. 2011 », *Dr. pén.* 2012, chron. 2, n° 30.

prenant l'initiative d'ouvrir une instance.¹⁵⁷⁹ Si dans sa décision du 7 décembre 2012, le Conseil Constitutionnel affirme le « *principe de non-cumul du comportement de partie et du comportement de juge* »¹⁵⁸⁰ ce dernier nuance toutefois la portée du principe qu'il consacre en retenant, au sein de son considérant n°4 que « *la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* ». Plusieurs éléments semblent confirmer que la saisine d'office du Jap ne répond pas aux canons du procès équitable en ce qu'elle contrevient au principe d'impartialité énoncé à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il doit être observé sur le premier critère que, même si les mesures défavorables au condamné susceptibles d'être prises par le Jap se saisissant d'office ne constituent pas des « *sanctions ayant le caractère d'une punition* »¹⁵⁸¹, ce qui tendrait à affirmer la conformité de la saisine d'office du Jap, elles en ont au moins les effets, de sorte que l'on pourrait souhaiter que ce dernier offre au condamné la garantie de son impartialité. Sur ce second critère tiré du « *motif d'intérêt général* », l'on peut dire que ce motif existe ici puisque l'adaptation des modalités entourant l'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement tout au long de son exécution tend à favoriser la réinsertion sociale des condamnés. Or, cette dernière intéresse tout autant le condamné lui-même que la société qu'il sera ramené, tôt ou tard, à réintégrer. Or, qui est le mieux placé pour initier une instance en aménagement des modalités d'exécution de la peine que le Jap dont la mission est précisément de suivre l'évolution des condamnés ? De ce point de vue aussi, la conformité de la saisine d'office du Jap semble confirmée. Sur le troisième critère tiré de ce que « *des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité [doivent être] instituées par la loi* », le Conseil Constitutionnel n'a fourni aucune explication sur ce que peuvent être ces garanties. Celles-ci ne pouvant résider dans la seule absence de parti pris apparent dans l'acte de saisine, elles ne peuvent résider que dans la séparation fonctionnelle entre le magistrat qui ouvre l'instance et celui qui se prononce sur les éléments dont il se trouve saisi.¹⁵⁸² Le Jap réunissant les deux pouvoirs sur sa tête, il ne respecte pas le principe d'impartialité prévu à l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ni les dispositions de la Constitution ou l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 visé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n°

¹⁵⁷⁹ En ce sens : M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et auto-saisine de celui qui juge », note ss Cons. Const. n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012 : *D.* 2013, II, 455.

¹⁵⁸⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et auto-saisine de celui qui juge », *ibid.*

¹⁵⁸¹ A. PONSEILLE, « L'inexécution des peines prononcées » in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., 339, spéc. 346. – M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 711-22.

¹⁵⁸² *Rappr.* : Cons. Const. n° 2011-147 QPC du 8 juill. 2011 : *JORF* du 9 juill. 2011, 11979. – Ph. BONFILS, « L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2010, II, 1324.

2012-286 QPC du 7 décembre 2013. Cela reviendrait à étendre à la phase d'application des peines le principe de séparation des autorités de poursuites - même si en l'occurrence il n'y a pas de poursuite au sens de ce texte - et de jugement. Le plus simple serait peut-être de supprimer le droit d'auto-saisine reconnu au Jap pour le laisser uniquement là où il devrait se situer : entre les mains des parties.

2) L'impulsion de l'instance par la saisine du Tap par le Jap

559. – La faculté reconnue au Jap de saisir le Tap – Telle est l'hypothèse prévue par l'article 712-7 du Code de procédure pénale qui prévoit que « *les mesures concernant le relèvement de la période de sûreté, la libération conditionnelle ou la suspension de peine qui ne relèvent pas de la compétence du juge de l'application des peines sont accordées, ajournées, refusées, retirées ou révoquées par jugement motivé du tribunal de l'application des peines saisi sur la demande du condamné, sur réquisitions du procureur de la République ou à l'initiative du juge de l'application des peines dont relève le condamné en application des dispositions de l'article 712-10* ». De fait, lorsqu'à l'occasion du suivi des condamnés, le Jap estime que l'un d'entre eux remplit les conditions nécessaires pour pouvoir bénéficier de l'une des mesures énumérées à l'article 712-7, ou qu'il ne les remplit plus, celui-ci dispose de la faculté d'impulser l'instance en saisissant le Tap d'une demande en ce sens. De fait, la possibilité reconnue au Jap d'initier l'instance en aménagement de peine devant le Tap le place en concurrence directe avec les parties à l'instance. Cette situation s'explique assurément par la volonté du législateur de garantir l'objectif de célérité dans la mise en œuvre des procédures d'aménagement de peine en offrant aux acteurs principaux de l'individualisation des modalités d'exécution de la peine des droits identiques dans l'initiative de l'instance en aménagement de peine. Toutefois, elle est susceptible de générer en pratique des situations dans lesquelles l'impartialité du Tap pourrait ne plus être garantie, ce qui sera nécessairement le cas lorsque le Jap qui a initié l'instance sera membre du Tap. Cette situation n'est pas un cas d'école, et se rencontre assez fréquemment en pratique. Or, la difficulté qui se pose ici est identique à celle rencontrée précédemment. En initiant l'instance en aménagement de peine, le Jap formule nécessairement une « *demande* » de modification des modalités d'exécution de la peine, dans un sens favorable au condamné ou non. Or, toute la difficulté ici est que le Jap, en initiant l'instance, apparaît comme une « *partie* », et non comme un organe de décision impartial. De fait, parce qu'il s'est déjà forgé une opinion, une conviction, ou à tout le moins, une idée, de ce qu'il souhaite obtenir au terme de cette instance dont il est l'initiateur, sa présence au sein du Tap n'est pas admissible au regard de l'impartialité apparente que doit offrir cette juridiction à l'ensemble des parties. Or, il est récurrent en pratique de

constater que le Jap qui suit habituellement le condamné siège au sein du Tap. La garantie d'impartialité de cette juridiction composée de la sorte ne nous semble pas assurée. La remarque s'impose avec encore plus d'acuité lorsque le Jap saisit le Tap sur le fondement de l'article 712-6 du Code de procédure pénale. Ce texte permet en effet au Jap, d'office ou à la demande des parties, de renvoyer, à chaque fois qu'il l'estime nécessaire, le jugement de l'affaire au Tap. Si cette disposition doit être saluée en ce qu'elle tend à préserver les intérêts des parties en permettant au juge de ne pas être seul à se prononcer sur un dossier sensible ou complexe, où pour lequel le risque représenté par le condamné doit être plus sérieusement soupesé, encore eut-il fallu que le législateur se soit abstenu de préciser que « *le juge ayant ordonné ce renvoi est membre du tribunal qui statue conformément à l'article 712-7* » lorsque la demande de renvoi est formulée par le parquet ou le condamné.

560. – La délimitation de la matière litigieuse par le Jap – Le pouvoir d'initiative qui est reconnu au Jap est pour le moins curieux lorsque l'on pense que ce dernier, en introduisant une instance en aménagement de peine, délimite les éléments d'un litige auquel il n'est pas « partie », et dont il saisit une juridiction au sein de laquelle il risque de siéger. Sur ce point, il peut d'ores et déjà être observé que les formes dans lesquelles le Jap peut introduire l'instance en aménagement de peine devant le Tap ne sont définies ni par la loi, ni par le règlement.¹⁵⁸³ Tout ce que l'on peut observer, c'est que les textes semblent permettre au Jap de saisir le Tap dès l'instant où il considère que le condamné remplit - ou ne remplit plus - les conditions d'octroi ou de maintien d'une mesure d'aménagement de peine. Comme pour la saisine d'office, ce ne sont pas les parties qui fournissent au juge la matière du procès, mais le juge qui fournit la matière du procès aux parties et au Tap dont il borne l'étendue de la saisine au lieu et place des parties. Ici aussi, si aucune des parties ne s'oppose à l'aménagement proposé par le Jap, le Tap sera amené à statuer comme en matière gracieuse - ce qui ne soulève pas de difficultés particulières - mais si l'une d'elle s'oppose à la proposition du Jap dont le Tap se trouve saisi, l'élévation du contentieux soulève une difficulté certaine puisque le parquet comme le condamné se trouvent dans une instance que ni l'un ni l'autre n'a initié, et dont la matière litigieuse a été définie par un « demandeur » qui, dans le meilleur des cas, sera absent pour soutenir sa demande le jour de l'audience ; dans le pire des cas, membre du tribunal chargé de se prononcer sur la proposition d'aménagement de peine qu'il a formulé, avec tout ce que cela emporte comme conséquence au regard du strict respect du principe d'impartialité. Si le Jap saisit le Tap d'une demande de retrait

¹⁵⁸³ M. TINEL, « Réflexions sur les apports d'une codification du droit de l'exécution des peines », *Dr. pén.* 2011, étude 23.

ou de révocation d'une mesure d'aménagement de peine, ce dernier se substitue nécessairement au parquet puisqu'il agit ici nécessairement dans l'intérêt général ; une telle mesure est demandée dans l'intérêt de la société au nom de laquelle la peine a été prononcée par la juridiction de jugement pour sanctionner les manquements du condamné dans le respect des obligations conditionnant le maintien de la mesure d'aménagement de peine dont il a bénéficié. Si le Jap saisit le Tap d'une demande d'octroi d'aménagement de peine, il se substitue nécessairement au condamné dans la défense de ses propres intérêts. Dans les deux cas donc, le Jap se substitue aux parties dans la défense de leurs intérêts, et saisit le Tap d'une demande qui aura *de facto* pour finalité, soit de protéger l'intérêt général en sanctionnant le condamné inconséquent dans l'exécution des obligations entourant la mesure d'aménagement de peine dont il bénéficie, soit de faire valoir les droits du condamné à l'adoption d'une mesure tendant à favoriser sa réinsertion sociale. En délimitant la matière litigieuse dont le Tap se trouve saisi, le Jap manifeste un parti pris en faveur de l'une ou l'autre des parties à laquelle il se substitue dans l'initiative de l'instance.

561. – Le Jap : juge et partie ? – Telle est la légitime question que l'on peut se poser ici. À l'instar de ce que nous avons déjà noté à propos de la saisine d'office, en impulsant l'instance en aménagement de peine, en l'occurrence devant le Tap, le Jap manifeste un parti pris qui s'exprime avec d'autant plus d'acuité ici que ce dernier se substitue littéralement aux parties dans la défense de leurs intérêts en agissant à leur place. Si la volonté du législateur, dès l'avènement du Code de procédure pénale de 1958, a toujours été de faire du Jap le pivot de la phase d'exécution des peines en lui donnant toute sorte d'attributions - allant du suivi des condamnés au contrôle de l'institution pénitentiaire - il a peut être fini par « oublier » que le Jap demeure avant tout un juge. À ce titre, la recherche constante de célérité et d'efficacité dans le domaine de l'exécution des peines ne doit pas pour autant conduire le législateur à donner au Jap des prérogatives lui faisant endosser un rôle qui n'est plus celui d'un « *tribunal impartial* » au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Tel nous semble être déjà le cas dans l'hypothèse de la saisine d'office, mais plus encore dans celle de la saisine du Tap, puisque dans ce cas, le Jap agit dans l'intérêt de l'une des parties : soit le parquet, soit le condamné. Dans les deux cas, son action n'a rien de neutre, ni d'impartiale, et cette situation n'est pas sans rappeler celle de l'éphémère Judevi auquel la majorité des auteurs reprochaient justement un défaut de partialité, ce dernier agissant dans l'intérêt des victimes.¹⁵⁸⁴ N'est-ce pas également, et dans un autre registre, la critique que l'on pourrait adresser au Jap quand il se substitue aux parties dans la défense de leurs intérêts en initiant l'instance en aménagement de peine devant le Tap ? Toutes

¹⁵⁸⁴ V° infra, n°...

les fois que le Jap initie l'instance en aménagement de peine, il saisit nécessairement le Tap d'une demande qui sera, tantôt favorable à l'intérêt général, tantôt favorable aux intérêts privés du condamné. Dans un cas, comme dans l'autre, il n'est plus, à proprement parler, « impartial ». En saisissant le Tap, le Jap agit « comme » une partie, et toutes les fois où, le Jap qui a initié l'instance siège comme membre du Tap, il compromet *de facto* l'impartialité de ce tribunal. La faculté reconnue au Jap de saisir le Tap laisse une impression de malaise au regard du respect du principe d'impartialité apparente du tribunal issu de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En lui permettant d'agir « comme » une partie, le Code de procédure pénale place le Jap dans une position inconfortable qui explique qu'en pratique, nombreux sont ceux qui se refusent à user de leur faculté d'auto-saisine, comme de saisine du Tap, préférant laisser le soin aux parties d'initier l'instance au moment qui leur paraît opportun.¹⁵⁸⁵

562. – En conclusion – Si la saisine d'office est habituellement salutaire en ce qu'elle permet au juge de prendre une initiative au nom de l'intérêt général pour pallier l'inaction ou l'impossibilité d'agir de personnes se trouvant dans une situation de grande vulnérabilité, tel n'est certainement pas le fondement du pouvoir reconnu au Jap d'initier l'instance en aménagement de peine en se saisissant d'office ou en saisissant le Tap. Cette faculté, exceptionnelle en procédure pénale, semble mettre à mal notre démonstration en ce qu'elle témoigne plutôt de la prééminence du modèle inquisitoire. Pourtant, tel n'est pas le cas, et pour trois raisons au moins. La première réside dans le fait que la saisine d'office est un mécanisme utilisé également en procédure civile dans certaines hypothèses, et à notre connaissance, cela ne remet pas en cause le principe d'initiative du procès civil par les parties. La deuxième raison réside dans le fait que les Jap usent peu de la faculté que la loi leur reconnaît en pratique, ces derniers étant relativement mal à l'aise de se substituer aux parties dans l'initiative d'une instance qui doit leur permettre de faire valoir leurs droits, de défendre leurs intérêts, devant une juridiction qui est en principe soumise au respect du principe d'impartialité tiré de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au plan européen ; de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au plan interne. Ceci nous amène en droite ligne à la troisième raison. La question de la conformité de la saisine d'office du Jap à la Constitution se pose sérieusement au regard de la solution que le Conseil Constitutionnel a retenu pour censurer la saisine d'office du tribunal de commerce dans l'initiative de la procédure de redressement judiciaire la décision dans sa décision du 7 décembre 2012 dernier. Parce qu'elle porte atteinte au

¹⁵⁸⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 811.42.

principe d'impartialité apparente que toute juridiction doit offrir à l'ensemble des parties à l'instance, la suppression de la saisine d'office du Jap, comme de la faculté qui lui est reconnue de saisir le Tap en se substituant aux parties dans la défense de leurs intérêts, s'impose comme une évidence, le cumul de comportement de partie et de comportement de juge étant constitutif du fait d'être juge et partie. À court ou moyen terme, les éléments de droit positif nous invite donc à considérer que la faculté d'initier l'instance en aménagement de peine ne devrait être reconnue qu'aux seules parties légitimes à saisir les juridictions de l'application des peines d'une demande tendant à faire valoir leurs droits ou défendre leurs intérêts : le parquet, le condamné, et la victime.

B – LE RÔLE DE LA VICTIME DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE

563. – Vers la reconnaissance du droit d'action de la victime – Si la reconnaissance de la victime comme acteur de la répression dans le « procès pénal » a été consacrée par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui en ont fait une « véritable partie » à l'instance pénale, encore faut-il observer que cette évolution n'a pas encore affecté la phase d'exécution des peines. En effet, l'analyse du droit positif démontre que la victime n'est pas, pour l'heure, une « partie » à l'instance en aménagement de peine, mais une simple intervenante disposant de prérogatives procédurales limitées ne lui permettant pas d'initier cette dernière en saisissant directement les juridictions de l'application des peines, même si des tentatives maladroites en ce sens peuvent être observées **(1)**. Les résistances doctrinales à la reconnaissance du statut de partie à l'instance en aménagement de peine à la victime, et notamment l'attribution d'un droit d'action lui permettant d'initier l'instance en aménagement de peine en formulant des demandes directement devant les juridictions de l'application des peines, vient, nous semble-t-il, du fait que celle-ci envisage son intervention dans la phase d'exécution des peines comme la poursuite de son « *action pénale privée* ». Or, ce raisonnement ne nous semble pas tenable au regard l'autonomie de l'instance en aménagement de peine, de sorte que l'attribution d'un droit d'action à la victime doit être envisagée sous l'angle de la défense des droits que la loi lui octroie au stade de l'exécution des peines, et que l'article 707 du Code de procédure pénale introduit dans « *l'équation décisionnelle* ». La reconnaissance du statut de partie, et d'un droit d'action dans l'instance en aménagement de peine, s'impose au regard du respect de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme **(2)**.

1) *Les tentatives de reconnaissance d'un droit d'action à la victime*

564. – La nécessaire reconnaissance du droit d'action de la victime – Sous l'effet des lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, il doit être observé que la victime comme la partie civile¹⁵⁸⁶ se sont vus reconnaître des droits au stade de l'exécution des peines. Il doit être ainsi rappelé que la victime qui ne s'est nullement constituée partie civile dans l'instance pénale dispose de certains droits que les juridictions de l'application des peines doivent prendre en considération. Le premier d'entre eux tient dans l'obligation faite aux juridictions de l'application de peines d'informer cette dernière, préalablement à toute mesure d'aménagement de peine¹⁵⁸⁷, ou postérieurement au prononcé d'une telle mesure, dès lors qu'elle est assortie d'une interdiction pour le condamné d'entrer en contact avec elle¹⁵⁸⁸ ou de paraître à proximité de son domicile ou de son lieu de travail.¹⁵⁸⁹ Dans les deux cas, l'obligation d'informer la victime ne s'impose pas de façon absolue aux juridictions de l'application des peines qui peuvent y déroger.¹⁵⁹⁰ Au-delà du droit à être informée, la victime dispose surtout d'un véritable droit à l'oubli, et à la sécurité, qui se manifeste, à l'article 712-16-2 du Code de procédure pénale ; à l'article 721-2 ; ou encore, et de manière plus large, à l'article 712-16-1 en vertu duquel, « *préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine, les juridictions de l'application des peines prennent en considération les intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de cette décision* ». Parce que le paramètre victime intègre désormais « *le paradigme punitif* »¹⁵⁹¹, l'indemnisation de la victime conditionne aujourd'hui l'octroi de la quasi-totalité des aménagements de peine ou leur maintien dès lors que la manifestation des efforts sérieux de réadaptation sociale est évaluée par les juridictions de l'application des peines à l'aune de l'indemnisation du préjudice.¹⁵⁹² Sans entrer davantage dans le détail, l'attribution de droits à la victime et/ou à la partie civile au stade de l'exécution des peines, que les juridictions de l'application des peines doivent intégrer à « *l'équation décisionnelle* » impose nécessairement de reconnaître à cette dernière le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial que l'article 6

¹⁵⁸⁶ Il doit être observé que certains articles visent indifféremment la victime ou la partie civile (par ex. art. 720 C. proc. pén.) là où d'autres ne visent que la victime ou la partie civile (par ex. art. 712-7 et 712-13 C. proc. pén.).

¹⁵⁸⁷ Art. 712-16-1, al. 3, C. proc. pén.

¹⁵⁸⁸ Art. 132-45-13 C. pén. – Art. D. 536 C. proc. pén.

¹⁵⁸⁹ Art. 132-45, al. 19, C. pén.

¹⁵⁹⁰ Sur ce point, voir notamment la proposition de suppression du pouvoir d'appréciation du juge dans l'article 720, alinéa 3, du Code de procédure pénale aux fins de renforcer le droit à l'information de la victime : M. GIACOPELLI, « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., spéc. 328.

¹⁵⁹¹ A. d'HAUTEVILLE, « Les droits de la victime », *RSC* 2001, 107.

¹⁵⁹² Not. : art. 729 et 721-1 C. proc. pén.

§.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacre au profit de toute personne qui entend défendre ses droits et obligations de caractère civil en justice. À partir de l'instant où la loi reconnaît à la victime, et/ou à la partie civile, des droits - droit à l'information, droit à être protégée, droit à l'oubli, droit à une indemnisation effective - celle-ci doit se voir octroyer la faculté de pouvoir initier l'instance en aménagement de peine toutes les fois qu'une situation porte atteinte à ses derniers en vue d'assurer leur défense. C'est d'ailleurs en ce sens, nous semble-t-il, que le droit positif évolue, maladroitement il est vrai, ces dernières années en ouvrant progressivement les portes du « *procès post-sententiam* » aux victimes.¹⁵⁹³

565. – L'intervention de la victime dans l'instance en aménagement de peine – Depuis que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a introduit en tête du livre V du Code de procédure pénale un article 707 contenant les principes directeurs applicables à la phase d'exécution des peines¹⁵⁹⁴ qui impose, notamment, aux juridictions de l'application des peines de prendre en considération les droits des victimes, ce qui a conduit « *le législateur a faire entrer le paramètre « victime » dans l'équation juridictionnelle à la fois organique et décisionnelle* ». ¹⁵⁹⁵ La prise en considération des droits de la victime dans l'équation organique s'est manifestée par l'introduction de représentants d'associations d'aide aux victimes dans la composition de la Chap¹⁵⁹⁶, tandis que la prise en considération des droits de la victime dans l'équation décisionnelle, la seule qui nous intéresse ici, s'est traduit par l'obligation faite aux juridictions de l'application des peines de prendre en compte les conséquences que peut avoir la décision qu'elle entend prendre sur la situation personnelle comme patrimoniale de la victime. Plus récemment, le législateur a étendu le « *paramètre victime* » à la prise en considération, au-delà de leurs droits, de « *leurs intérêts* », comme en témoigne la rédaction de l'article 712-16-1 du Code de procédure pénale, en vertu duquel, « *préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine, les juridictions de l'application des peines prennent en considération les intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de cette décision* ». ¹⁵⁹⁷ La solution est logique et nous semble devoir être approuvée dans la mesure où la phase d'individualisation des modalités d'exécution de la peine ne fait que poursuivre la balance des intérêts en présence au stade de son prononcé, l'article 132-24 du Code pénal faisant

¹⁵⁹³ G. ROYER, « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès *post-sententiam* », *ibid.*

¹⁵⁹⁴ Lesquels doivent être complétés et interprétés à l'aune de ceux contenus dans l'article préliminaire.

¹⁵⁹⁵ M. GIACOPELLI, « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., spéc. 330.

¹⁵⁹⁶ Dans le souci de veiller à l'équilibre des parties, il doit être noté que le législateur impose également qu'un représentant des associations de réinsertion des condamnés compose la Chap.

¹⁵⁹⁷ L. n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale : *JORF* du 11 mars 2010, 4808.

également référence aux « *intérêts des victimes* ». C'est tout d'abord, et naturellement la victime qui a pu se constituer partie civile dans l'instance pénale qui se trouve dotée de prérogatives particulières lui permettant de jouer un rôle plus actif dans l'instance en exécution des peines, sans pour autant acquérir le statut de partie.¹⁵⁹⁸ La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 a offert la faculté à l'avocat de la partie civile de pouvoir, s'il en fait la demande, assister au débat contradictoire organisé devant le Tap ou la Chap élargie statuant sur appel des jugements du Tap par le condamné ou le procureur de la République, aux fins d'y faire valoir des observations. Par l'effet conjugué des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 et du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010, l'avocat de la partie civile voit ses prérogatives s'étendre et se restreindre simultanément puisque celui-ci peut désormais intervenir devant le Jap dans le contentieux relatif à la libération conditionnelle, mais ne peut plus intervenir devant le Tap ou la Chap qu'en ce qui concerne une demande de relèvement de la période de sûreté ou de suspension de peine pour raison médicale qui ne relève pas de la compétence du Jap. Allant plus loin encore, le législateur a reconnu au profit de toutes les victimes à l'occasion à l'occasion du décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007¹⁵⁹⁹, la faculté de saisir indirectement le Jap en passant par l'interface du Judevi¹⁶⁰⁰ ; solution qui a été supprimée par le Conseil d'Etat le 28 décembre 2009, non sur le principe, mais en raison de l'excès de pouvoir manifeste de l'autorité auquel le Judevi devait sa naissance.¹⁶⁰¹ La suppression du Judevi doit être approuvée, et à plus d'un titre nous semble-t-il. Tout d'abord, l'Exécutif a commis une véritable faute en s'autorisant à instaurer un nouveau juge se trouvant doté de véritables prérogatives juridictionnelles¹⁶⁰² alors même qu'une telle initiative relève assurément du domaine de la loi. Ensuite, le magistrat occupant les fonctions de « *juge délégué aux victimes* » étant dans le même temps, président de la CIVI et magistrat du tribunal correctionnel statuant sur intérêts civils, les dispositions du décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 ne pouvaient que contrevenir au principe d'impartialité posé à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁶⁰³ Enfin, il doit être observé que le Judevi étendait de manière fort contestable l'office du Jap à l'exécution de sanctions juridiques qui ne constituent pas des peines à proprement parler puisqu'appliquées dans le cadre de procédures

¹⁵⁹⁸ Cass. crim., 15 mars 2006 : *Bull. crim.*, n° 81 ; *AJ pénal* 2006, 267, obs. Herzog-Evans.

¹⁵⁹⁹ Instituant le juge délégué aux victimes : *JORF* du 15 nov. 2007, 18712.

¹⁶⁰⁰ C. LIENHARD, « Le juge délégué aux victimes », *D.* 2007, I, 3120. – S. BOUZIGUE : Le juge délégué aux victimes : Outil de communication ou amélioration du soutien des victimes ? », *ibid.* – C. JAMIN, « Avocats et juge délégué aux victimes : les méfaits de l'État paternel », *ibid.*

¹⁶⁰¹ CE, 28 déc. 2009 : *AJDA* 2010, IR, 862.

¹⁶⁰² Le Judevi était en effet président de la CIVI et magistrat du tribunal correctionnel statuant sur intérêts civils.

¹⁶⁰³ A. GIUDICELLI, « À propos de l'impartialité du Judevi », *RSC* 2008, 633.

alternatives aux poursuites¹⁶⁰⁴, d'une part ; à instaurer un mécanisme fort contestable faisant de lui « *l'agent trieur* »¹⁶⁰⁵ des demandes émises par les victimes alors qu'il aurait dû, pour certains auteurs, se limiter à un rôle de courroie de transmission.¹⁶⁰⁶ Nous irons plus loin encore en dénonçant l'introduction du Judevi comme une mascarade législative. Dès lors que la victime se voit octroyer des droits au stade de l'exécution des peines, et que la loi intègre par ailleurs ses intérêts dans l'équation décisionnelle de l'ensemble des juridictions de l'application des peines, alors il convient d'être cohérent et logique, et d'admettre que cette dernière, conformément à l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, doit disposer du droit de saisir le juge, en l'occurrence celui intervenant au stade de l'exécution de la peine, afin de défendre ses droits comme ses intérêts, en faisant entendre sa cause. Au nom de quel principe la victime devrait-elle être contrainte de passer par un « juge », qui se voit au passage reconnaître la faculté de jauger de l'opportunité ou de la pertinence de la demande de la victime, pour accéder à un juge indépendant et impartial, ce que sont en principe les juridictions de l'application des peines ? Le droit d'action de la victime est légitime, et la suppression du Judevi doit être approuvée en ce qu'elle va contraindre, à court ou moyen terme, le législateur à se pencher sur cette question. La reconnaissance d'un droit d'action à la victime n'a rien de choquant en soit nous semble-t-il, et s'inscrit dans la logique de mise en conformité de notre procédure pénale avec les canons du droit européen. Sur ce point, il doit être rappelé que, si la Cour européenne des droits de l'homme admet que le droit d'accès à un tribunal puisse être limité¹⁶⁰⁷, « *les limitations appliquées ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». ¹⁶⁰⁸ Que dire, à l'aune de ces solutions, de la position de la victime dans l'exécution des peines.

566. – Les incohérences et insuffisances du dispositif actuel – Tout d'abord, il nous semble que la distinction victime simple/victime partie civile est inopportune au stade de l'exécution des peines dès lors que sa présence dans l'instance en aménagement de peine ne repose que sur des droits et intérêts spécifiques à cette étape du processus de répression. De ce point de vue, à

¹⁶⁰⁴ L'article D. 47-6-4 du Code de procédure pénale disposait en effet que « le juge délégué aux victimes peut être saisi par toute personne ayant été victime d'une infraction pour laquelle l'action publique a été traitée dans le cadre d'une mesure alternative aux poursuites ou a abouti à un jugement, et demeurant dans le ressort du tribunal de grande instance où il exerce ses fonctions ».

¹⁶⁰⁵ M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines », op. cit., spéc. 360.

¹⁶⁰⁶ En ce sens : M. GIACOPELLI, « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., spéc., 337.

¹⁶⁰⁷ CEDH, 31 juill. 2001, *García Manibardo c/ Espagne* : n° 38695/97. – 31 juill. 2001, *Mortier c/ France* : n° 42195/98.

¹⁶⁰⁸ CEDH, 15 janv. 2009, *Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c/ France* : nos 36497/05 et 37172/05.

L'exception du droit à l'information qui découle de l'intervention de la victime en amont de la phase d'exécution de la peine, le droit à l'oubli, à la protection ou à une indemnisation effective des préjudices causés par l'infraction sont des droits propres à la phase d'exécution des peines, et appartiennent de ce fait à l'ensemble des victimes, peu important le rôle que celle-ci a tenu antérieurement dans le processus de répression pénale. Elle est également inopportune d'un point de vue strictement procédural dès lors qu'il ne saurait y avoir de « *partie civile* » au stade de l'exécution des peines, l'action civile étant l'accessoire d'une action publique qui se trouve éteinte dès le stade de la mise à exécution de la condamnation pénale. Ensuite, il doit être remarqué que le dispositif actuel n'est certainement pas satisfaisant en ce qu'il ne permet pas aux victimes simples de faire valoir leur droit à une indemnisation effective, alors même que la victime n'est pas tenue de demander la réparation de son dommage au juge pénal, et que ce choix ne saurait la priver en aucune façon de venir par la suite devant les juridictions de l'application des peines pour obtenir le recouvrement effectif des sommes dues par le condamné. La multiplication des dispositifs tendant à assurer l'indemnisation effective des victimes d'infractions pénales fait que le choix du recours au Jap ou au Tap pour voir garantir l'effectivité de son indemnisation relève pratiquement du cas d'école ; néanmoins, une telle hypothèse n'est pas nécessairement à exclure, la victime pouvant souhaiter s'assurer que ce soit bien le condamné qui assume l'indemnisation effective de ses préjudices, et non un tiers-payeur. De fait, l'ensemble des victimes devraient pouvoir saisir les juridictions de l'application des peines en cas de difficultés relatives au recouvrement de leur indemnisation dès lors que celle-ci conditionne l'octroi ou le maintien de la quasi-intégralité des mesures d'aménagement de peine. Enfin, qu'est-ce donc que ce dispositif qui autorise la victime « *partie civile* » à faire valoir ses observations devant le Tap - et pourquoi pas le Jap ? - ou devant la Chap, alors même qu'elle ne dispose pas de la faculté d'interjeter appel des jugements du Tap - pourquoi pas également ceux du Jap d'ailleurs ? - dont la Chap se trouve saisie ? De fait, le droit positif témoigne de ce que « *l'idéologie et le déni conduisent à des demi-mesures complexes dont l'objet est de donner à voir que les choses avancent, mais point trop. C'est que, d'un côté, il n'est plus possible d'ignorer la demande des victimes d'être réellement indemnisées et de voir leur sécurité ainsi que leur tranquillité assurée, ce qui suppose de leur accorder le « respect processuel » qui se doit. Mais d'un autre côté, la crainte ancienne de les voir influencer les magistrats dans un sens systématiquement défavorable aux aménagements de peine contribue à freiner cette reconnaissance. A croire que le juge de l'application des peines serait, au contraire de l'ensemble de ses autres collègues, incapable de trancher dans des situations où la contradiction, les intérêts distincts, voire opposés, existent* ». ¹⁶⁰⁹

¹⁶⁰⁹ M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines : en finir avec le déni et l'idéologie », *ibid.*

2) *La reconnaissance d'un droit d'action à la victime de lege feranda*

567. – Un droit d'action limité – Il est parfaitement visible et compréhensible que le droit positif tend à accorder à la victime une place toujours plus importante dans la phase d'exécution des peines. Reste que l'idéologie dominante étant plutôt hostile à la présence de la victime sur la scène pénale, et plus encore au stade de l'exécution de la peine, ce sont pour l'heure des solutions consensuelles qui ont été proposées par le législateur. Tout le problème de cette logique consensualiste qui innerve aujourd'hui les débats dans nos sociétés contemporaines, c'est qu'à vouloir satisfaire tout le monde, l'on finit par ne satisfaire personne, et c'est ainsi que l'on se retrouve à adopter des mécanismes ou des dispositifs qui sont sensés répondre à des situations auxquelles ils ne répondent pas vraiment, tout en plaçant notre procédure pénale dans la ligne de mire de la Cour européenne des droits de l'homme. Il nous semble que la raison devrait, en principe, prédominer sur l'idéologie dans un débat de cette importance. Or, que l'analyse révèle-t-elle ? Que la victime dispose de droits au stade de l'exécution des peines. Est-il admissible, au regard des canons du procès équitable, que celle-ci ne puisse les faire valoir devant un juge indépendant et impartial chargé de se prononcer sur le bien-fondé de sa demande ? La réponse est clairement non. Dans ce cas, quelle autre solution avons-nous que d'aménager un droit d'action à la victime devant les juridictions de l'application des peines en vue de lui permettre de formuler des demandes tendant à la préservation de ses droits ? À notre avis, aucune qui soit en mesure de répondre aux exigences européennes comme constitutionnelles. De fait, que l'on soit favorable ou non à la présence de la victime dans le « procès en application des peines », il faut bien de rendre à l'évidence, et admettre qu'au regard des principes fondamentaux édictés par l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, comme de notre Constitution, la victime doit disposer du droit de saisir les juridictions de l'application des peines de demandes tendant à la protection de ses droits. Nous insistons ici sur le fait qu'il est hors de question de permettre à la victime d'initier une instance en aménagement de peine pour la défense de ses intérêts, et nous appelons de nos vœux la suppression de ce terme des textes relatifs à la phase d'exécution des peines. S'il a pleinement sa raison d'être au stade du prononcé de la peine, il n'en a aucune au stade exécutoire, sauf à défendre l'idée que la victime devrait pouvoir intervenir devant les juridictions de l'application des peines pour intervenir dans le débat sur l'opportunité d'aménager la peine à laquelle leur auteur a été condamné, ce qui n'est certainement pas notre position. La faculté d'initier l'instance en aménagement de peine doit être limitée à la seule défense des droits que la loi lui octroie. Partant, deux actions distinctes par leur objet se dessinent.

568. – L'action aux fins de sanction de la violation des obligations particulières protégeant la victime. – Cette action devrait permettre à la victime de saisir le Jap d'une demande de retrait ou de révocation de la mesure d'aménagement de peine octroyée au condamné en cas de non-respect de ses obligations particulières envers cette dernière. Une telle action doit être ouverte à toute victime identifiée au sein de la décision du Jap ou du Tap, qu'elle ait été présente ou non lors du prononcé de la mesure en tant que partie à l'instance en aménagement de peine, dès lors qu'une telle décision a vocation à protéger ses droits particuliers. Naturellement, et là aussi dans une perspective de strict encadrement de l'action de la victime devant les juridictions de l'application des peines, celle-ci ne pourra bien évidemment exercer son action aux fins de sanction que dans l'hypothèse où le condamné a manqué à ses obligations envers la victime, il est donc exclu de permettre à la victime de solliciter du Jap ou du Tap le retrait ou la révocation d'une mesure d'aménagement de peine pour manquement à ses obligations, si celles-ci ne concernent pas directement et exclusivement les droits de la victime. Au regard du droit positif, telle action s'analyse-t-elle en une action répressive ou pénale ? La réponse est nécessairement négative dans la mesure où celui-ci considère que les sanctions juridiques appliquées au condamné qui ne remplit les conditions de maintien d'une mesure d'aménagement de peine ne constitue pas des « *sanctions ayant le caractère d'une punition* », même si cela nous semble discutable.¹⁶¹⁰ Toutefois, il doit être observé que la victime disposera de la faculté de participer à la personnalisation de la peine en fonction de la nature de l'action initiée. Soit celle-ci considère que le manquement du condamné revêt une gravité telle, qu'elle est en droit de demander à la juridiction de l'application des peines le retrait ou la révocation de la mesure d'aménagement de peine dont ce dernier bénéficie ; soit elle considère que le manquement ne revêt qu'une faible ou moyenne gravité, et dans ce cas, elle pourra simplement exercer une action aux fins de préservation de ses droits en demandant au juge la modification ou l'ajout d'obligations particulières à la mesure d'aménagement de peine existant. C'est ici, nous semble-t-il, que les avocats auront un rôle de conseil primordial à jouer en vue d'éviter des demandes excessives qui ne pourront être que rejetées par les juridictions de l'application des peines.

569. – L'action aux fins de recouvrement des sommes allouées à titre de la réparation du dommage – L'indemnisation effective des préjudices conditionnant l'octroi comme le maintien de la quasi-intégralité des aménagements de peine, il est somme toute logique de réserver à l'ensemble des victimes ayant obtenu de la juridiction répressive ou civile l'allocation d'une

¹⁶¹⁰ Comme en témoigne d'ailleurs les flottements concernant la nature juridique du retrait de crédit de réduction de peine : V° supra, n°...

indemnité compensatoire une action tendant à son recouvrement effectif par le condamné devant les juridictions de l'application des peines. Concrètement, cette action devrait permettre aux victimes de saisir le Jap ou le Tap de toute difficulté rencontrée avec le condamné quant au recouvrement des sommes allouées à titre de dommages-intérêts. En pratique, une telle action devrait être rarissime pour la bonne raison que de nombreux dispositifs tendent à faciliter le recouvrement des sommes allouées à titre de réparation du dommage – CIVI ; BEX ; BAV ; recours à l'assureur en cas d'infraction non-intentionnelle ; *etc.* – et seront, à n'en point douter, bien plus efficaces que les juridictions de l'application des peines à garantir l'effectivité de l'indemnisation des préjudices de la victime. Par ailleurs, la « victime pénale » pourra très bien intégrer le « paramètre réparation » dans son action aux fins de préservation de ses droits, de sorte que l'action en recouvrement des sommes allouées à titre de dommages-intérêts ne présentera pour elle qu'un intérêt subsidiaire. Néanmoins, une telle action doit être introduite nous semble-t-il dans la mesure où elle ne peut qu'inciter les condamnés à indemniser plus promptement leurs victimes si ces derniers savent qu'elles peuvent, en cas de difficulté, saisir le Jap ou le Tap d'une demande de modification, d'ajournement, de retrait ou de révocation d'une mesure d'aménagement de peine.

570. – L'impulsion de l'instance en aménagement par la victime : une réalité de demain ?

– Au regard des initiatives législatives observées précédemment, il nous semble que c'est le chemin sur lequel le droit positif s'est engagé, de sorte qu'il nous semble que le constat que nous faisons ici, comme les propositions qui l'accompagnent, n'ont rien d'utopiques ou de fantaisistes. L'entrée de la victime dans le droit de l'exécution des peines est un fait. En lui octroyant des droits, le législateur s'est condamné *ipso facto* à faire de la victime une « partie » à l'instance en aménagement de peine. La victime doit être partie à l'instance en aménagement de peine parce que le législateur lui confère un certain nombre de droits que cette dernière doit pouvoir faire valoir ou défendre en saisissant l'ensemble des juridictions de l'application des peines de toute demande ayant trait à leur mise en œuvre ; demande qu'il reviendra au juge de dire si elle est bien ou mal fondée. L'octroi à la victime du droit d'impulser l'instance en aménagement de peine constituera bien évidemment la confirmation de notre thèse sur la privatisation de la répression pénale. Toutefois, il nous semble que l'étude des droits des victimes témoigne déjà d'un mouvement en ce sens puisque ceux-ci se trouvent intégrés à « l'équation décisionnelle » que les juridictions de l'application des peines ont à résoudre, de sorte que les droits et intérêts des victimes apparaissent comme une composante de l'objet procédural du « *procès post-sententiam* ».

571. – En conclusion – L'étude démontre une tendance très nette du droit positif à faire progressivement de la victime une véritable « partie » à l'instance en aménagement de peine en vue de lui permettre de faire valoir ses droits et intérêts devant les juridictions de l'application des peines. C'est en ce sens que le législateur a reconnu à la victime partie civile un droit d'intervention indirect devant le Tap et la Chap à l'occasion de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ; que la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a étendu ce droit au cas du Jap statuant en matière de libération conditionnelle ; et que le décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 a reconnu au profit des victimes un droit de saisine indirecte du Jap en passant par l'interface du Judevi. Même si les initiatives législatives ou réglementaires sont discutables quant à la démarche retenue - comme en témoigne la suppression du Judevi par l'annulation des dispositions du décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 par le Conseil d'État pour excès de pouvoir - comme par le fait que les dispositifs actuels comportent de nombreuses incohérences et ne respectent pas les exigences européennes du procès équitable, toutes illustrent l'ascension des intérêts privés de la victime dans le contentieux de l'exécution des peines. Parce que tout justiciable auquel la loi reconnaît des droits doit pouvoir les faire valoir devant un tribunal indépendant et impartial, l'octroi d'un réel droit d'initiative à la victime au stade de l'exécution des peines s'impose, notamment au regard du droit d'accès à un tribunal que la procédure pénale française viole ici de manière frontale. Ceci nous amène donc à souhaiter, le plus rapidement possible, la reconnaissance d'un droit d'action au profit de la victime dans l'exécution des peines ; droit d'action limité à la défense de ses seuls droits légaux, ce qui induit la suppression de la référence aux « *intérêts* » de cette dernière dans les textes relatifs à l'exécution des peines contenus au sein du titre V du Code de procédure pénale pour lui interdire d'initier une instance en vue de contester l'opportunité de l'aménagement de peine sollicitée par le condamné ou le parquet.

572. – Conclusion du paragraphe 2 – Au-delà des parties à l'instance en aménagement de peine identifiables à partir des dispositions des articles 712-4 et suivants du Code de procédure pénale, le droit positif reconnaît, ou tant à reconnaître, un droit d'action à certains intervenants. Il en est ainsi du Jap qui se voit offrir la faculté de concurrencer directement les parties dans l'impulsion de l'instance en aménagement de peine, soit en se saisissant d'office, soit en saisissant le Tap, là où la victime se voit simplement reconnaître un droit d'intervention indirect au sein de l'instance en aménagement de peine. *A priori*, cette situation semble aller à l'encontre de notre démonstration. Pourtant, tel n'est pas le cas dès lors que les évolutions les plus récentes du droit positif tendent à remettre en cause cette répartition des rôles processuels respectifs du juge et de la victime dans l'initiative de l'instance en aménagement de peine. D'une part, il doit être observé

que la faculté reconnue au Jap d'introduire l'instance en se saisissant d'office, ou en saisissant le Tap, viole frontalement le principe d'impartialité apparente dès lors que, pour la Cour européenne des droits de l'homme comme le Conseil Constitutionnel, le cumul de comportement de partie et de comportement de juge est constitutif du fait d'être juge et partie. D'autre part, la suppression du Judevi par le Conseil d'État met en exergue l'impérieuse nécessité de consacrer au profit des victimes un droit d'action leur permettant de défendre les droits que la loi leur octroie au stade de l'exécution des peines, conformément au droit fondamental d'accès à un tribunal issu de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La suppression de la faculté reconnue au Jap de se saisir d'office - ou de saisir le Tap - en se substituant aux parties, et la consécration au profit de la victime d'un droit d'initiative, témoignent de ce que les évolutions prochaines du droit positif - déjà amorcées - vont dans le sens d'une véritable consécration du principe d'initiative et du principe dispositif dans l'instance en aménagement de peine.

573. – Conclusion de la section 1 – L'émergence d'un principe d'initiative propre au procès civil apparaît nettement au stade de l'exécution des peines. Tout d'abord, le parquet, sur le fondement d'une « action à fin publique » encore inconnue par le Code de procédure pénale, et le condamné, par voie de requête, peuvent initier l'instance en aménagement de peine en saisissant le Jap ou le Tap d'une demande tendant à l'individualisation des modalités d'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Ces derniers disposent également de la faculté de contourner la procédure ordinaire d'aménagement de peine en s'accordant sur une proposition commune qu'ils soumettent au Jap pour homologation en initiant une instance en aménagement de peine simplifiée, lorsqu'une telle procédure est possible bien évidemment. Le pouvoir de déclencher l'instance en aménagement de peine ne se situe pas uniquement entre les mains des parties, ce qui pourrait contrevenir à la pertinence de notre démonstration. Mais, outre le fait que la procédure civile connaît également des cas de saisine d'office sans que cela ne remette en cause l'existence du principe d'initiative, la faculté reconnue aujourd'hui au Jap de s'auto-saisir ou de saisir le Tap, parce qu'elle viole frontalement le principe d'impartialité apparente que toute juridiction doit offrir à l'ensemble des parties, sa suppression, notamment au regard de la récente décision du Conseil Constitutionnel en date du 7 décembre 2012, nous semble inévitable. Par ailleurs, le droit positif tend progressivement à ouvrir toujours plus largement les portes du « procès en application des peines » à la victime, de sorte que la reconnaissance d'un pouvoir d'initiative à son profit n'est plus qu'une question de temps au regard de la violation manifeste du droit d'accès au juge garanti par l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme par le dispositif actuel. Ainsi, non seulement l'émergence d'un principe d'initiative peut

être constaté au stade de l'exécution des peines, mais encore peut-il être observé que les évolutions les plus récentes du droit positif tendent à mettre en exergue qu'à terme, c'est à une véritable consécration du principe d'initiative de l'instance par les seules parties auquel l'on devrait assister. C'est ainsi qu'à égalité de droits, le parquet, le condamné et la victime, chacun dans la défense de ses droits et intérêts, pourront saisir l'ensemble des juridictions de l'application des peines dans le cadre de l'instance en aménagement de peine, tandis que le juge, dépossédé de son droit d'action, retrouvera son cœur de métier. L'émergence d'un principe dispositif apparaît également de manière patente dans l'exécution des peines. C'est une conséquence logique du pouvoir de déclencher l'instance en aménagement de peine reconnu actuellement au parquet, au condamné et au Jap. L'acte introductif d'instance que ces derniers peuvent délivrer comporte nécessairement les éléments du litige qui bornent *de facto* la saisine de la juridiction de l'application des peines. Bien évidemment, la faculté reconnue au Jap de pouvoir initier l'instance en aménagement en se saisissant d'office ou en saisissant le Tap semble heurter le principe dispositif. Mais, outre le fait que nous ne faisons référence ici qu'à « l'émergence » de ce principe en procédure pénale, les évolutions les plus récentes du droit positif tendent à conforter notre analyse puisque, d'une part, le pouvoir d'auto-saisine comme de saisine reconnu au Jap étant appelé à disparaître au regard de sa non-conformité aux exigences européennes, d'autre part, la victime est appelée à devenir une véritable « partie » à l'instance en aménagement de peine.

SECTION 2. – LE RÔLE DES PARTIES PRIVÉES DANS LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

574. – La reconfiguration des rôles processuels du juge et des parties dans le déroulement de l'instance en aménagement en peine – Conséquence évidente de la juridictionnalisation de l'application des peines opérée par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, sous l'influence prégnante du droit européen¹⁶¹¹, les parties se voient reconnaître un rôle accru dans la conduite de l'instance en aménagement de peine. Si ces lois ont eu pour effet de renforcer les pouvoirs du juge au stade de l'exécution des peines, elles ont également étendus les droits processuels dont les parties disposent dans l'instance pénale au sein du contentieux relatif à l'individualisation des modalités d'exécution de la peine. Ce mouvement, qui traduit la volonté du législateur d'appliquer le droit commun aux procédures judiciaires d'exécution des peines, tend naturellement à restreindre l'office du juge au profit d'une plus grande latitude des parties dans la direction de l'instance comme dans la maîtrise de la matière litigieuse (§.1). Toutefois, la comparaison avec l'instance pénale s'arrête là, car le droit de l'exécution recèle de nombreuses

¹⁶¹¹ J.-P.CÉRÉ, « L'influence du droit européen sur le droit de l'exécution des peines », *ibid.*

particularités qui tiennent à ce que, d'une part, le juge, en s'imposant comme un véritable gestionnaire de la peine au stade de son exécution, conserve naturellement des prérogatives importantes dans la conduite de l'instance qui interdit, notamment au stade de l'instruction préparatoire du dossier, de l'envisager comme un organe passif se contentant de veiller au bon déroulement de la procédure ; d'autre part, la victime, bien que n'ayant pas le statut de partie à l'instance en aménagement de peine, se voit autorisée à intervenir dans le déroulement de l'instance (§.2).

§.1 – LA RÉPARTITION DES RÔLES PROCESSUELS DES PARTIES À L'INSTANCE

575. – Maîtrise de la direction de l'instance et maîtrise de la matière litigieuse – Alors que traditionnellement, la figure centrale de l'exécution des peines, est le Jap, il doit être remarqué que les parties ont vu les droits processuels dont elles disposent au stade de l'instance pénale être étendus au stade de l'exécution des peines, leur permettant ainsi de participer plus activement à la conduite de l'instance en aménagement de peine, que ce soit au stade préparatoire ou au stade décisoire. Cette évolution nous semble logique dès lors que ce sont les parties qui ont l'initiative de l'instance, et que ce sont elles qui délimitent, par l'objet et la cause de leur demande, la matière litigieuse dont le juge se trouve saisi. C'est ainsi que l'on peut observer que sous l'effet des lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, mais également des réformes plus récentes, comme celle opérée par la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, la maîtrise de la direction de l'instance comme de la matière litigieuse par le parquet **(A)** comme le condamné **(B)** n'a eu de cesse de renforcer.

A - LE RÔLE DU PARQUET AU STADE DU DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

576. – Le déploiement des prérogatives du parquet – Les pouvoirs du parquet au stade de l'exécution des peines se sont considérablement accrus ces dernières années du fait de la juridictionnalisation de l'exécution des peines opérée par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, notamment au stade de son impulsion d'une part **(1)**, mais également, du fait que la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 lui a délégué un véritable pouvoir décisionnel dans l'instance se manifestant dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale et de déjudiciarisation des procédures **(2)**.

1) *Le rôle du parquet dans la procédure ordinaire d'aménagement de peine*

577. – Les droits procéduraux du parquet dans la phase préparatoire des aménagements de peine prononcés par voie de jugement – Comme au sein de l'instance pénale, la prise de décision relative à un aménagement durable de la peine prononcée par la juridiction de jugement suppose nécessairement une instruction préparatoire en vue d'éclairer les juridictions de l'application des peines sur tous les aspects du litige qui leur est soumis par les parties, ou dont elles peuvent se saisir d'office. Il résulte de la liste des actes énumérés à l'article 712-16 du Code de procédure pénale que le Jap comme le Tap sont tenus de mener une véritable instruction préparatoire, à l'instar du juge d'instruction dans l'instance pénale. S'ils sont *a priori*, l'un comme l'autre, maître de leur instruction préparatoire¹⁶¹², encore faut-il observer que, sous l'effet conjugué de la privatisation de l'objet procédural de l'instance en aménagement de peine et de l'influence des droits fondamentaux qui innervent l'ensemble du droit de l'exécution des peines, des droits processuels importants ont été octroyés aux parties en vue de leur permettre d'intervenir de manière significative dans la conduite de celle-ci. Partie à l'instance en aménagement de peine, les magistrats du parquet bénéficient de prérogatives étendues leur permettant de participer activement au déroulement de l'instance, notamment au stade préparatoire. Au titre des procédures ordinaires d'aménagement durable de la peine, les pouvoirs du parquet dans l'instruction menée devant les juridictions de l'application des peines sont similaires à ceux dont il dispose dans l'information judiciaire menée par les juridictions d'instruction dans l'instance pénale. Ainsi, il doit être rappelé que le premier des droits du parquet réside la faculté qui lui est reconnue de consulter directement le dossier individuel du condamné, et même d'en demander une communication, sous réserve, comme dans l'information judiciaire, du bon fonctionnement du cabinet du Jap. Cette faculté lui permet de réserver ses réquisitions en vue de pallier utilement les lacunes de l'instruction préparatoire menée par les juridictions de l'application des peines au fur et à mesure de son déroulement. Sur ce point, il peut être observé que le parquet peut prendre des réquisitions tendant à demander au Jap, ou au Tap¹⁶¹³, qu'il ordonne des mesures d'instruction tendant, par exemple, à vérifier la situation personnelle, familiale ou sociale du condamné ; le sérieux de l'entreprise proposant de fournir un emploi ou de la personne qui s'engage à héberger le condamné ; la compatibilité des horaires de travail avec

¹⁶¹² L'article 712-16 précise en effet « *dans l'exercice de leurs attributions, les juridictions de l'application des peines peuvent procéder ou faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, y compris celles prévues par l'article 132-22 du code pénal ou toute autre mesure, permettant de rendre une décision d'individualisation de la peine ou de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision* ».

¹⁶¹³ En pratique, l'un des Jap composant le tribunal se voit affecter la tâche de procéder à la mise en état des affaires devant être jugées par le Tap. C'est à ce dernier naturellement que le parquet, mais également le condamné, va s'adresser lorsqu'il souhaite qu'un ou plusieurs actes d'investigation soient réalisés.

ceux du centre de semi-liberté ; la proximité probable de la future résidence du condamné avec celles des victimes ou des complices de l'infraction.¹⁶¹⁴ Par ailleurs, si certaines expertises psychiatriques ou médicales sont obligatoires¹⁶¹⁵, d'autres ne le sont pas, et en pareille hypothèse, le procureur de la République pourra requérir du Jap ou du Tap qu'il ordonne la réalisation de telles expertises. Le rapprochement avec l'information judiciaire menée devant les juridictions d'instruction dans l'instance pénale se prolonge par le fait que, en l'absence de disposition légale, la Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 24 janvier 2007¹⁶¹⁶, affirmé l'obligation pour les juridictions de l'application des peines de répondre aux demandes émanant des parties, en l'occurrence d'une demande d'expertise. Si cet arrêt ne concernait que la mesure de placement sous surveillance électronique, la solution qu'il pose nous semble devoir s'appliquer à toutes les procédures où l'expertise, avant le prononcé de la mesure n'est pas imposé par la loi, de sorte qu'elle conduit à transposer les règles issues des articles 156 et 167 du Code de procédure pénale au sein de la phase d'exécution des peines. Mais, l'apport le plus intéressant réside, selon nous, dans la soumission partielle des juridictions de l'application de peines au droit commun de la procédure en leur imposant, à l'instar de ce qui est prévu pour le juge d'instruction, de répondre aux demandes formulées par les parties, sans toutefois aller jusqu'à l'exigence d'une décision motivée comme cela est le cas pour ce dernier. Les prérogatives étendues dont le parquet dispose au stade préparatoire de la procédure ordinaire d'aménagement durable de la peine ne sont pas sans rappeler celles qui lui sont octroyées dans l'information judiciaire. Est-ce à dire que les droits processuels qui lui sont octroyés au stade de l'exécution des peines ne seraient que l'extension ou la transposition de ceux que la loi lui reconnaît au stade de l'instruction préparatoire ? Une réponse positive nous semble s'imposer en toute logique puisque la finalité poursuivie par la juridictionnalisation de l'exécution des peines est précisément de transposer, autant que faire se peut, le cadre processuel existant dans l'instance pénale au stade exécutoire.¹⁶¹⁷

578. – Les droits procéduraux du parquet dans la phase préparatoire des aménagements de peine prononcés par voie d'ordonnance. – C'est à propos de la procédure suivie pour le prononcé des mesures prévues à l'article 712-5 du Code de procédure pénale que le

¹⁶¹⁴ En fait, la liste est infinie dans la mesure où l'article 712-16 du Code de procédure pénale précise que les juridictions de l'application des peines peuvent procéder, outre la liste des actes énumérés par ce texte, à « toute autre mesure » permettant de rendre une décision d'aménagement de peine.

¹⁶¹⁵ Sur ces questions : J.-H. ROBERT, « Le plancher et le thérapeute », *Dr. pén.* 2007, étude 20. – M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ pénal* 2007, 357. – E. GARÇON, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal », *JCP G.* 2007, I, 196. Plus larg. : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 811.171 et suivants.

¹⁶¹⁶ Cass. crim., 24 janv. 2007 : *AJ pénal* 2007, 190, obs. Herzog-Evans.

¹⁶¹⁷ Il convient toutefois de nuancer le propos en ce que la loi pénitentiaire n° 2009-1439 du 24 novembre 2009 a créé une rupture. V° infra, n°...

rapprochement entre l'information judiciaire de l'instance pénale et l'instruction préparatoire au stade de l'exécution des peines trouve ses limites dès lors que l'instruction de la demande d'aménagement de peine par l'une des mesures prévues aux articles 712-5, 721 et 721-1 du Code de procédure pénale fait intervenir un organe particulier, qualifié parfois de « *quasi-jurisdiction* »¹⁶¹⁸, la Cap. Celle-ci est souvent présentée comme un véritable lieu d'échange permettant aux acteurs principaux de l'exécution des peines de partager des informations sur le condamné, et d'apprécier ensemble l'opportunité de prononcer l'octroi et le retrait des permissions de sortir, les autorisations de sortir sous escorte, l'octroi des réductions supplémentaires de peine et le retrait des crédits de réduction de peine, ou encore les réductions du temps d'épreuve pour les condamnés à une peine de réclusion criminelle à perpétuité souhaitant prétendre à une mesure de libération conditionnelle. La Cap ne nous semble pas seulement s'imposer comme un organe consultatif, mais davantage comme un véritable organe d'instruction au sein duquel le procureur de la République occupe une position privilégiée, celui-ci est non seulement membre de droit de cette dernière¹⁶¹⁹, mais en plus il la co-préside avec le Jap et le chef d'établissement pénitentiaire. Si la Cap a longtemps été accusée de faire prévaloir des données pénitentiaires dans le débat, la juridictionnalisation de l'application des peines a, semble-t-il, recentré ce dernier vers des considérations d'application des peines, comme en témoigne d'ailleurs les décisions prises par les juridictions supérieures de l'application des peines censurant les ordonnances prises par le Jap après avis de la Cap fondé sur des motifs trop « pénitentiaires ».¹⁶²⁰ Si cette évolution constitue indéniablement un progrès, le fait que le parquet se trouve en position de participer activement à l'élaboration de la décision prise par le Jap - ce dernier pouvant émettre son avis concernant l'opportunité comme la pertinence de la mesure d'individualisation des modalités d'exécution de la peine proposée directement durant la séance en Cap - soulève néanmoins quelques interrogations. *A priori*, une telle situation n'est pas si différente de celle dans laquelle le procureur de la République exprime, par voie de réquisitions, sa position devant le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction dans l'instance pénale, à ceci près toutefois que devant la Cap, d'une part, le condamné est rarement présent, d'autre part, que le parquet n'est pas un simple acteur de l'exécution des peines, il est le représentant de la société, et à ce titre, partie à l'instance en aménagement de peine. Pour preuve, ce dernier se voit reconnaître le droit d'interjeter appel des ordonnances prises par le Jap, après avis de la Cap, sur le fondement de l'article 712-5 du Code de procédure pénale, ce qui n'est pas le cas de l'administration pénitentiaire. Cette situation

¹⁶¹⁸ M. HERZOG-EVANS, « Le juge de l'application des peines, juridiction de premier degré », *RSC* 1999, 289.

¹⁶¹⁹ Sur la distinction entre membre de droit, membre obligatoire et membre facultatif, v° M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 141.31 et suivants.

¹⁶²⁰ CHAP Rennes, 21 avr. 2006 : *AJ pénal* 2006, 417, obs. Herzog-Evans.

démontre bien que, même s'il n'est pas demandé au parquet de « requérir » au nom de la société lors de la séance en Cap, il n'en demeure pas moins que les avis que ce dernier émet sont naturellement guidés par le souci de l'intérêt général. Parce qu'il a la possibilité, dans un cadre informel, sans public, d'émettre un avis par lequel il prend position sur la demande formulée par la partie adverse, hors la présence de cette dernière, le parquet influe nécessairement sur la décision que le Jap va prendre, et de ce point de vue, il nous semble que l'avis du parquet émis en Cap doit s'analyser en de véritables « réquisitions ». De fait, loin d'être un simple organe consultatif, la Cap tend à s'imposer comme une « quasi-juridiction d'instruction » au stade de l'exécution des peines au sein de laquelle il ne nous semble pas très sain que le parquet - partie à l'instance – siège, aux côtés du juge et de l'administration pénitentiaire, hors la présence de la défense. Il serait donc souhaitable, en vue de préserver l'équilibre des droits des parties, comme la conformité de notre procédure pénale aux canons du procès équitable, que la Cap soit supprimée au profit d'un véritable débat contradictoire devant le Jap qui permettra au parquet et au condamné d'exposer leurs arguments respectifs, et d'influer ainsi, à armes égales, sur la décision du juge.¹⁶²¹

579. – Les droits procéduraux du parquet dans la phase décisive – C'est l'un des apports majeurs de la juridictionnalisation de la phase d'exécution des peines que de permettre la tenue d'un débat contradictoire devant les juridictions de l'application des peines, même si le législateur a depuis multiplié les exceptions¹⁶²², que ce soit à l'occasion de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ou du décret n° 2007-1627 du 16 novembre 2007¹⁶²³ qui permet notamment au Jap de statuer hors la présence du parquet lorsque celui-ci a exprimé des réquisitions favorables à la demande d'aménagement de peine formulée par le condamné.¹⁶²⁴ Malgré la multiplication des exceptions, les jugements pris par le Jap ou le Tap le sont, en principe, au terme d'un débat contradictoire au cours duquel le parquet est amené à prendre des réquisitions favorables ou défavorables à la modification des modalités d'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Il doit être observé que, le débat contradictoire se déroulant hors la présence du public, le Code de procédure pénale ne réglemente pas le déroulement des débats comme dans le cadre de l'instance pénale, de sorte qu'en pratique, celui-ci s'opère, du moins devant le Jap, dans un cadre relativement informel (souvent dans le bureau de ce dernier, et le Jap est rarement revêtu de sa

¹⁶²¹ C'est en ce sens que le droit positif semble se diriger en réduisant progressivement le domaine de compétence de la Cap. V° en ce sens : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 142.

¹⁶²² M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 842-191 et suivants.

¹⁶²³ D. n°2007-1627 du 16 nov. 2007 modifiant le code de procédure pénale et renforçant le recours aux aménagements de peines et la lutte contre la récidive, *JORF* du 18 nov. 2007, 18903.

¹⁶²⁴ Art. D. 49-17 C. proc. pén.

robe). Devant le Jap, le cadre est plus formel, le débat contradictoire se tenant souvent dans une salle d'audience du tribunal de grande instance, sauf lorsqu'il est délocalisé au sein de l'établissement pénitentiaire.¹⁶²⁵ Dans tous les cas, le parquet est présent au débat et y prend ses réquisitions. Celles-ci consistent le plus souvent en une brève argumentation au sein de laquelle le procureur de la République expose les motifs pour lesquels il est défavorable à la mesure d'aménagement sollicitée par le condamné, voir subordonne son avis favorable au prononcé d'un certain nombre d'obligations dont il souhaite que la mesure d'aménagement de peine soit assortie le cas échéant, ou encore explique les raisons qui le conduisent à demander l'ajournement, le retrait, ou la révocation d'une mesure d'aménagement de peine, ou le renforcement des obligations entourant celle-ci.¹⁶²⁶ Par ses réquisitions, le parquet manifeste sa maîtrise de la matière litigieuse puisque ce dernier peut venir modifier le contenu de la saisine initiale de la juridiction de l'application des peines en subordonnant son accord à la mesure sollicitée par le prononcé de certaines obligations particulières. Quand le Jap statue par voie d'ordonnance sur les demandes du parquet ou du condamné, aucun débat contradictoire n'est en principe tenu, conformément à l'article 712-5 du Code de procédure pénale. L'absence de débat contradictoire ne porte en rien atteinte à l'intérêt de la société dans la mesure où « *le parquet est entendu devant la Cap dans des conditions très similaires à celles où il prononce ses réquisitions dans le cadre de l'article 712-6 du Code de procédure pénale* ». ¹⁶²⁷ Reste qu'en certaines hypothèses, le parquet, à l'instar du condamné, peut être privé lui aussi de la possibilité de formuler des observations ou d'émettre un avis en Cap. Il en est ainsi lorsque le Jap statue sans avoir à consulter la Cap, ce qui est le cas lorsque l'urgence justifie une telle exception. Au-delà de l'hypothèse de l'urgence visée par l'article 712-5, il doit être rappelé que la loi écarte également la consultation de la Cap concernant l'examen par le Jap des réductions de peine après détention provisoire dans le cadre de l'article 723-15 du Code de procédure pénale, mais également en cas de modification, suppression, ou ajout d'obligations particulières concernant les mesures visées à l'article 712-6, soit en matière de suivi des peines restrictives de liberté ou d'aménagement de peine prononcé par voie de jugement. Dans ce dernier cas, l'absence d'intervention de la Cap est compensée par la faculté reconnue au parquet de demander au Jap la tenue d'un débat contradictoire, sur le fondement de l'article 712-8 du Code de procédure pénale, ce qui modifie nécessairement la nature juridique de la décision rendue par le Jap, celle-ci devenant alors un jugement. En pareille hypothèse le parquet recouvre

¹⁶²⁵ Dans ce derniers cas, il doit être observé que le débat tend à devenir virtuel depuis quelques années du fait de l'utilisation croissante de la visioconférence par les magistrats. Sur ce point, V° :

¹⁶²⁶ En effet, dans l'hypothèse où le parquet est favorable à la demande d'aménagement de peine sollicitée par le condamné, le Jap peut très bien, sur le fondement de l'article 712-6, alinéa 2, du Code de procédure pénale octroyer la mesure sans procéder au débat contradictoire.

¹⁶²⁷ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 841-15.

alors la possibilité de prendre ses réquisitoires au cours du débat contradictoire tenu devant le Jap en chambre du conseil.

580. – L'exercice de l'appel et du pourvoi en cassation – Partie à l'instance en aménagement de peine, le parquet dispose naturellement de la faculté de contester les décisions rendues par le Jap ou le Tap devant la Chap. Le procureur de la République et le procureur général peuvent interjeter appel des décisions visées aux articles 712-6 et 712-7 du Code de procédure pénale, mais également par renvoi à ce texte, celles de l'article 712-11, alinéa 2, ou de l'article 712-8, lorsque le Jap, sur demande du parquet, se prononce par voie de jugement et non d'ordonnance. En principe, le parquet est soumis au délai de droit commun de dix jours courant à partir de la notification de la décision¹⁶²⁸, mais à l'instar de ce que l'on a pu observer dans l'instance pénale, de nombreuses dispositions lui accordent en réalité des délais dérogatoires. Il en est ainsi dans le cadre de l'appel incident où le parquet bénéficie d'un délai supplémentaire de cinq jours au délai de droit commun¹⁶²⁹, ou dans l'hypothèse de l'appel extraordinaire prévu à l'article 712-14 du Code de procédure pénale, pour lequel il dispose, en principe, d'un délai de vingt-quatre heures, mais qui peut s'étendre, selon l'article D. 49-39 jusqu'à quinze jours après l'envoi de la lettre recommandée si la notification est réalisée par cette voie, ce qui contrevient tant à l'esprit de la loi qu'à la lettre du texte.¹⁶³⁰ Si la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, en maintenant la qualification de mesure d'administration judiciaire avait réservé l'appel relatif aux décisions concernant les permissions de sortir, les autorisations de sortir sous escorte et les réductions de peine aux seuls magistrats du parquet, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, en donnant à ces mesures la qualification d'ordonnance, a ouvert une voie de recours commune au parquet et au condamné. Reste que, l'ancienne distinction entre les jugements et les mesures d'administration judiciaire semble perdurer dans les faits puisqu'il peut être observé que, lorsque la décision dont il est interjeté appel est un jugement du Jap ou du Tap, le parquet peut demander à ce que le dossier individuel du condamné lui soit communiqué, et il peut présenter ses réquisitions lors d'un débat contradictoire en chambre du conseil, alors que lorsque l'appel porte une décision prise par voie d'ordonnance, la procédure permet au président de la Chap de se prononcer hors la présence des parties, au seul vu des pièces qui lui ont été transmises par ces dernières.¹⁶³¹ Si la procédure

¹⁶²⁸ Ce délai est toutefois de vingt-quatre heures lorsque le Jap statue par voie d'ordonnance, sur le fondement des articles 712-5 et 712-8 du Code de procédure pénale.

¹⁶²⁹ Délai qui passe à vingt-quatre heures supplémentaire lorsque la décision est une ordonnance.

¹⁶³⁰ L'appel extraordinaire permet au parquet de suspendre la mise à exécution des décisions de justice rendues par le Jap ou le Tap, bien que ces dernières soient assorties de l'exécution provisoire.

¹⁶³¹ La conformité de la procédure d'appel suivie devant le président de la Chap à l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a été validée par la chambre criminelle. V° : Cass. crim., 31 oct. 2006 : *AJ pénal* 2007, 38, obs. Herzog-Evans. – 9 déc. 2009 : *AJ pénal* 2010, 1383, obs. Herzog-Evans.

d'appel permet au parquet de manifester ici encore sa maîtrise de la matière litigieuse, une question se pose toutefois concernant l'éventuelle faculté qui lui serait reconnue de déposer, devant la Chap, une requête en nullité. Comme l'illustre l'arrêt rendu le 26 décembre 2001 par la juridiction nationale de libération conditionnelle (JNLC)¹⁶³², des nullités de procédure peuvent être soulevées au stade de l'application des peines. Toute la difficulté réside ici dans le fait que, si les législateurs de 2000 et 2004 aspirent effectivement à voir le droit commun de la procédure pénale appliqué et respecté en droit de l'application des peines, ce qui induit en principe que des nullités d'ordre public et des nullités substantielles soient appelées à être révélées en jurisprudence¹⁶³³, il convient toutefois d'observer qu'actuellement le régime juridique des nullités dans le droit de l'exécution des peines reste en grande partie à construire. S'il ne fait nul doute que le parquet puisse soulever les nullités d'ordre public devant la Chap, à l'exclusion des nullités substantielles qui ne porte atteinte qu'aux intérêts privés du condamné, le législateur n'a, pour l'heure, prévu aucun système qui limite le moment où le recours en nullité pourrait être exercé dans la phase préparatoire des aménagements de peine, ce qui induit qu'à défaut d'un système de purge des nullités relative à cette phase spécifique de la procédure, la requête en nullité pourrait être introduite pour la première fois en cause d'appel. La solution serait d'autant plus logique que dans l'exécution des peines les fonctions de « juge d'instruction » et de « juridiction de jugement » sont cumulées par le même juge. C'est en effet le Jap qui procède à la mise en état de ses propres dossiers, ou de ceux du Tap au sein duquel il siège ; situation qui n'est pas d'ailleurs sans soulever, ici aussi, quelques interrogations au regard du droit européen. Il résulte enfin des dispositions de l'article 712-15 du Code de procédure pénale que le parquet peut se pourvoir en cassation à l'encontre des ordonnances prises par le président de la Chap, ainsi que des arrêts rendus par cette dernière, dans un délai de cinq jours à compter de leur notification. La solution est logique dans la mesure où ce dernier est « partie » à l'instance en aménagement de peine, et dans la mesure où le législateur lui reconnaît la faculté de frapper d'appel l'ensemble des ordonnances prises par le Jap ainsi que les jugements prononcés par ce dernier comme le Tap.

581. – La maîtrise de la matière litigieuse par le parquet. – Qu'il soit demandeur ou défendeur à l'instance en aménagement de peine, le parquet manifeste sa maîtrise de la matière litigieuse tout au long de la procédure par l'exercice de droits processuels lui permettant d'influer de manière significative sur la conduite de l'instance. Tel est le cas naturellement au stade

¹⁶³² JNLC, 26 déc. 2001 : *Bull. crim.* n° 276 ; *D.* 2002, II, 1788, note Herzog-Evans.

¹⁶³³ C'est du moins ce que laisse clairement entendre une circulaire en date du 18 décembre 2003, non abrogée par la réforme de 2004, et qui indique que, « d'une manière générale, l'inobservation des règles de procédure résultant des nouvelles dispositions peut justifier l'annulation d'une décision par la juridiction d'appel ». *Circ. CRIM*, 18 déc. 2003, NOR : JUSD 0030216C.

préparatoire où le parquet se voit reconnaître la faculté de demander aux juridictions de l'application des peines qu'elles ordonnent toutes mesures d'instruction permettant de vérifier si le condamné remplit les conditions d'octroi ou de modification d'une mesure d'aménagement de peine, y compris certaines expertises psychiatriques ou médicales qui ne sont pas obligatoires, et pour lesquelles la Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 24 janvier 2007¹⁶³⁴, affirmé l'obligation pour les juridictions de l'application des peines de répondre aux demandes émanant des parties. Nous avons pu observer que l'apport le plus intéressant de cet arrêt réside assurément dans la soumission partielle des juridictions de l'application de peines au droit commun de la procédure pénale en leur imposant, à l'instar de ce qui est prévu pour le juge d'instruction, de répondre aux demandes formulées par les parties. L'ensemble de ces prérogatives ont pour effet de permettre au parquet d'alléguer les faits ayant motivé la demande qu'il a formulé devant la juridiction de l'application des peines, d'une part, mais également d'alléguer des faits motivant sa position quant à la demande formulée par le condamné ou le juge lui-même, d'autre part. De fait, l'émergence des principes d'initiative et dispositif du procès civil semble se confirmer au regard de la finalité des droits processuels dévolus au parquet : participer activement à la conduite de l'instance en vue de maîtriser la matière litigieuse définie par lui, lorsqu'il est demandeur ; par le condamné lorsqu'il est défendeur, voir le juge lorsque ce dernier se saisit d'office.

2) Le rôle du parquet dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine

582. – La consécration du pouvoir décisionnel du parquet – Sauf peut-être dans le domaine de la mise à exécution des condamnations pénales¹⁶³⁵, le parquet ne disposait jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 d'un pouvoir décisionnel extrêmement réduit en matière d'aménagement de peine limité à certains cas particuliers.¹⁶³⁶ Tel n'est plus le cas aujourd'hui, le législateur poursuivant, au sein de la phase exécution des peines, une politique qui tend à conférer au juge une mission d'homologation des accords conclu entre le parquet et l'auteur de l'infraction, comme cela est déjà le cas en amont comme au sein de l'instance pénale. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 avait instauré des

¹⁶³⁴ Cass. crim., 24 janv. 2007 : *ibid.*

¹⁶³⁵ M.-C. DESDEVISES, « Le pouvoir d'appréciation du parquet dans la mise à exécution de la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, op. cit., 429.

¹⁶³⁶ Par exemple, en matière de suspension et de fractionnement de la peine, l'article 708 du Code de procédure pénale permet que l'exécution d'une peine de police ou d'une peine correctionnelle non privative de liberté soit suspendue ou fractionnée pour motifs graves d'ordre médical, familial, professionnel ou social, sur décision prise du procureur de la République, lorsque ladite suspension ou ledit fractionnement n'excède pas trois mois.

nouvelles procédures d'aménagements de peine (NPAP) qui permettaient au D-Spip de faire directement des propositions d'aménagement de peine au Jap, lequel était alors libre de les accepter en les homologuant ou de les refuser. Malgré l'échec relatif des NPAP en pratique¹⁶³⁷, la politique de renforcement du pouvoir de l'exécutif au stade de l'exécution des peines s'est poursuivie, et s'est accentuée à l'occasion de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 qui instaure ce que les praticiens appellent déjà des « NPAP au carré ». Le renforcement du pouvoir de l'exécutif au détriment du juge fait cette fois la part belle au parquet puisque, toutes les fois que des personnes se trouvent condamnées à de courtes peines d'emprisonnement, qu'elles soient libres ou incarcérées, celles-ci peuvent bénéficier de procédures simplifiées d'aménagement de peine dans les conditions, et suivant les modalités, prévues aux articles 723-15 à 723-27 du Code de procédure pénale.¹⁶³⁸ Le principe de ces procédures réside avant tout dans le fait que le parquet propose au Jap une solution d'aménagement de peine, avec l'accord du condamné bien évidemment, que ce dernier est libre d'homologuer ou non dans un délai qui ne doit pas dépasser quatre mois pour les personnes non incarcérées, et trois semaines pour les personnes condamnées détenues, auquel cas le procureur de la République peut faire mettre à exécution sa décision. Si le parquet dispose donc d'un véritable pouvoir décisionnel, encore faut-il observer que ce pouvoir se trouve conditionné par l'accord du condamné, ce qui fait de ces procédures simplifiées d'aménagement de peine apparaissent comme des procédures « consensuelles ».

583. – Le pouvoir d'enquête reconnu au parquet – La durée de la peine à exécuter, ou restant à subir, n'est bien évidemment pas le seul critère qui permet au parquet de recourir à une procédure d'aménagement simplifiée. Que ce soit pour les personnes non incarcérées¹⁶³⁹ ou condamnées détenues¹⁶⁴⁰, la mise en œuvre des procédures simplifiées est conditionnée par deux critères supplémentaires : il faut, d'une part, que la mesure soit possible, d'autre part, que la personnalité et la situation du condamné la permettent. Si le premier critère renvoie aux moyens humains et matériels nécessaires à la mise en œuvre effective de la mesure d'aménagement de peine envisagée ; ce dernier ne nous intéresse pas ici. Le deuxième critère est celui tiré de l'appréciation de la situation et de la personnalité du condamné en rapport à la mesure d'individualisation des modalités d'exécution de la peine envisagée par le parquet. Naturellement, l'appréciation de la situation comme de la personnalité du condamné suppose que des mesures d'investigations soient menées. Concernant la procédure simplifiée prévue à l'article 723-19, il

¹⁶³⁷ E. DUBOURG, *Aménager la fin de peine*, L'Harmattan, 2008, 88.

¹⁶³⁸ V° supra, n°...

¹⁶³⁹ Art. 723-15, al. 1, C. proc. pén.

¹⁶⁴⁰ Art. 723-19, al. 1, C. proc. pén.

peut être observé que l'article D. 147-20 du Code de procédure pénale dispose que, « *avant de proposer une mesure au procureur de la République, le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation peut procéder ou faire procéder à une enquête sur la situation familiale, matérielle et sociale du condamné, sans préjudice de sa possibilité de demander au procureur de la République d'ordonner une telle enquête* ». Par ailleurs, le texte prévoit également que ce dernier peut solliciter du parquet près la juridiction dans le ressort de laquelle se situe l'établissement pénitentiaire, toute information utile sur la situation judiciaire de l'intéressé. En pratique, la grande majorité des actes d'enquête sont réalisés par le procureur de la République, notamment parce que la réalisation de certains d'entre eux ne peut être ordonnée que par le parquet, notamment en matière d'expertise¹⁶⁴¹, ce d'autant que pour certains condamnés, l'expertise psychiatrique est obligatoire, en application des dispositions de l'article 712-21 ou 763-4 du Code de procédure pénale. Lorsque le D-Spip, ou le procureur de la République lorsqu'il est saisi par ce dernier, vérifie si cette expertise figure dans le dossier individuel du condamné. En son absence le D-Spip en demande une copie au procureur de la République qui, s'il constate que l'expertise obligatoire ne se trouve pas dans le dossier, ordonne qu'il en soit réalisé une. La référence à « *l'enquête* » ou à l'expression « *toute information utile* » induit que le parquet - ou le D-Spip - dispose de prérogatives aussi étendues que celles des juridictions de l'application des peines dans l'instruction des dossiers des condamnés susceptibles de bénéficier de la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale. Dans la mise en œuvre de la procédure simplifiée prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut requérir du Jap la réalisation de l'expertise psychiatrique prévue à l'article 712-21 du même Code¹⁶⁴², mais encore dispose-t-il ici de pouvoirs d'enquête étendus. En effet, l'alinéa 2 de l'article 723-15 en prévoyant que « *préalablement à la mise à exécution de la ou des condamnations, le ministère public informe le juge de l'application des peines de cette ou de ces décisions en lui adressant toutes les pièces utiles, parmi lesquelles une copie de la ou des décisions et le bulletin n° 1 du casier judiciaire de l'intéressé* », ce dont il faut déduire que, puisque pour prendre sa ou ses décisions, le procureur de la République s'appuie sur un certain nombre de pièces qu'il doit par la suite transmettre au Jap, celui-ci procède ou de fait procéder à tout acte d'enquête qu'il juge utile à la vérification de l'adéquation nécessaire entre la mesure d'aménagement de peine envisagée par ce dernier et la situation et la personnalité du condamné. Parce que la faculté reconnue au procureur de la République de proposer au Jap, pour homologation, des aménagements de peine, qui seront ramenés à exécution en l'absence de réponse de ce dernier dans les délais qui lui sont impartis, fait de lui un organe décisionnel dans la

¹⁶⁴¹ Art. D. 147-20, al. 3, C. proc. pén.

¹⁶⁴² Art. D. 147-15 C. proc. pén.

phase d'exécution des peines, il doit bien évidemment bénéficier des mêmes pouvoirs d'enquête que les juridictions de l'application des peines pour proposer la décision qui lui semble la mieux adaptée à la situation et la personnalité du condamné, comme le ferait le juge.

584. – Les droits procéduraux du parquet au stade décisoire – Bien que les procédures simplifiées d'individualisation des modalités d'exécution de la peine repose sur le nécessairement consentement du condamné à la mesure que le parquet entend proposer au Jap, le consentement de ce dernier ne scelle pas pour autant l'accord, de sorte que, jusqu'à ce que l'homologation soit prononcée par le Jap, le parquet dispose de la faculté de modifier le projet d'aménagement de peine. La faculté reconnue au parquet de modifier le projet est consacrée à l'article D. 147-25 du Code de procédure pénale qui permet au procureur de la République de modifier, non pas le contenu même de la mesure proposée par le D-Spip, auquel cas le parquet ne prendrait jamais d'avis défavorables, mais les modalités d'exécution de la mesure. Ainsi, le parquet peut-il souhaiter éloigner le condamné d'une ville lui paraissant peu à même de favoriser la réinsertion sociale du condamné ; allonger ou réduire la liste des obligations particulières conditionnant le maintien de la mesure d'aménagement de peine envisagée ; voir modifier le contenu de celles-ci. Le décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 est venu renforcer les prérogatives du parquet au stade décisoire des procédures simplifiées d'aménagement de peine en lui permettant d'infirmier l'avis favorable qu'il a pu émettre dans un premier temps si un fait nouveau venait à surgir entre la saisine du Jap pour homologation et la décision de ce dernier. L'avis défavorable emporte un désistement d'instance qui interdit alors au Jap d'homologuer le projet du D-Spip. Si ce dernier souhaitait toutefois aménager la peine, il devra alors se saisir d'office et initier une instance ordinaire en aménagement de peine.¹⁶⁴³ Pour le reste, la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale étant une procédure consensuelle, elle ne suppose aucun débat contradictoire, quant à la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-15, celle-ci se solde par un débat contradictoire dès lors que l'intéressé donne son accord à la mesure proposée par le parquet.

585. – L'appel et le pourvoi en cassation du parquet – Bien que le procureur de la République s'impose comme le pivot des procédures d'aménagement de peine simplifiées, ce dernier dispose de la faculté d'interjeter appel des décisions par lesquelles le Jap refuse d'homologuer une mesure d'aménagement de peine proposée par le D-Spip, et pour laquelle celui-ci avait émis un avis favorable¹⁶⁴⁴, comme des ordonnances motivées prises par le Jap, saisi en application des

¹⁶⁴³ Art. D. 147-27 C. proc. pén.

¹⁶⁴⁴ Art. 723-22 C. proc. pén.

dispositions de l'article 723-20 ou de l'article 723-22, par lesquelles il substitue à la mesure d'aménagement proposée une des autres mesures prévues par l'article 723-19 ou modifie ou complète les obligations et interdictions énumérées à l'article 132-45 du code pénal et accompagnant la mesure.¹⁶⁴⁵ Si cela sera parfois le cas, nul doute que le procureur de la République souhaitera s'opposer à certaines décisions d'homologation qui, en dénaturant les termes du projet initial, valident des mesures d'aménagement de peine où l'intérêt général n'est pas suffisamment protégé. Il nous semble que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le parquet devrait pouvoir s'opposer aux décisions d'homologation dans lesquelles le Jap modifie de manière significative le projet initial pour lequel il a émis un avis favorable en modifiant ce dernier au point que l'avis du parquet eut été possiblement différent s'il lui avait initialement présenté en ces termes. Naturellement, le procureur de la République peut interjeter appel des décisions prises par le Jap dans le cadre de la procédure ordinaire d'aménagement de peine suite à l'échec d'une procédure simplifiée du fait de l'avis défavorable du parquet. Dans tous les cas, la procédure suivie en appel est celle qui est prévue à l'article 712-11 du Code de procédure pénale relativement aux aménagement de peine prononcés par voie d'ordonnance, sauf lorsque le parquet demande la tenue d'un débat contradictoire, puisque dans ce cas, la décision du Jap devient un jugement. À l'instar de ce qui a pu être observé à propos des aménagements de peine par voie de jugement, il semble possible de déduire de ce que l'article 712-11 du Code de procédure pénale autorise le parquet à interjeter appel de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions de l'application des peines, que celui-ci peut, sur le fondement de l'article 712-15 du même Code, également se pourvoir en cassation à l'encontre de toutes les décisions prises en appel par le président de la Chap, dès lors que les conditions de droit commun du pourvoi en cassation sont remplies. Dans le cas particulier des procédures simplifiées d'aménagement de peine, la faculté de se pourvoir en cassation reconnue au parquet est nécessairement limitée aux seuls cas, en théorie du moins, dans lesquels celui-ci est susceptible de pouvoir interjeter appel d'une décision du Jap. Ce n'est que parce que le procureur de la République a pu frapper d'appel une décision du Jap qu'il pourra former un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt rendu par le président de la Chap. Dans le cas des procédures simplifiées d'aménagement de peine, le parquet ne peut donc se pourvoir en cassation, au regard du droit positif, qu'à l'encontre des décisions prises le président de la Chap confirmant l'ordonnance du Jap par laquelle ce dernier a refusé d'homologuer une mesure d'aménagement de peine proposée par le D-Spip, et pour laquelle le parquet avait émis un avis favorable. Naturellement, il peut se pourvoir en cassation à l'encontre des arrêts rendus par la Chap confirmant le jugement entrepris par le Jap sur le

¹⁶⁴⁵ Art. 723-25, al. 2, C. proc. pén.

fondement de l'article 712-6 du Code de procédure pénale, après que ce dernier se soit saisi d'office ou ait été saisi par le condamné consécutivement à l'échec d'une procédure d'aménagement simplifiée.

586. – En conclusion – Les droits processuels importants octroyés au parquet dans la conduite de l'instance en aménagement de peine nous semble proportionnel à l'extension de ses missions et de sa fonction. Véritable gestionnaire de la peine au stade de son exécution, l'analyse du droit positif démontre que le parquet dispose de droits processuels lui permettant de participer à la direction de l'instance, que ce soit au stade préparatoire comme décisive de la procédure ordinaire d'aménagement de peine, ou plus encore dans le cadre des procédures simplifiées prévues aux articles 723-15 et 723-19 du Code de procédure pénale, ainsi qu'à la maîtrise de la matière litigieuse dans l'instance en aménagement de peine. C'est en ce sens nous semble-t-il qu'il faut appréhender l'accroissement des prérogatives du parquet au stade de l'exécution des peines, celles-ci ne tendant en effet qu'à lui permettre d'alléguer les faits ayant motivé sa demande ou d'alléguer des faits fondant sa position quant à la demande formulée par le condamné ou le juge lui-même. C'est bien en ce sens que, dans l'hypothèse des procédures simplifiées d'aménagement de peine, l'on a pu constater que les pouvoirs d'enquête attribués jusqu'alors aux magistrats du siège se trouvent étendus à leurs homologues du parquet, illustrant le mouvement de « *déjudiciarisation* » dénoncé par certains auteurs.¹⁶⁴⁶ De ce point de vue, l'émergence du principe d'initiative et du principe dispositif propre au procès civil semble se confirmer au regard de la finalité des droits processuels dévolus au parquet : participer activement à la conduite de l'instance en vue de maîtriser la matière litigieuse définie par lui, lorsqu'il est demandeur ; par le condamné lorsqu'il est défendeur, voir le juge lorsque ce dernier se saisit d'office. Le rapprochement du cadre procédural de l'instance en aménagement de peine du canevas procédural civil est ici patent dans la mesure où l'on voit bien que le rôle central occupé jusqu'à présent par le juge dans la direction de l'instance se trouve aujourd'hui concurrencé, dans une forte proportion, par le procureur de la République, mais également par le condamné.

¹⁶⁴⁶ J.-P. CÉRÉ, « Virage ou mirage pénitentiaire ? - A propos de la loi du 24 novembre 2009 », JCP G. 2009, 552. – P. PONCELA, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », RSC 2010,190. – M. DANTI-JUAN, « Analyse critique du contenu de la loi dite "pénitentiaire" », RPDP 2010, 79. – M. JANAS, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire. - Entre aménagements de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peines », Dr. pén. 2010, étude 1. – P. PONCELA, « le déploiement des aménagements de peines », in Enjeux et perspectives de la loi pénitentiaire, Actes du colloque du 27 sept. 2008 à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III), RPDP 2009, 96.

B – LE RÔLE DU CONDAMNÉ AU STADE DU DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

587. – L’alignement des droits processuels du condamné au stade de l’exécution des peines sur ceux du mis en cause dans l’instance pénale – Les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, en procédant à la juridictionnalisation de l’exécution des peines, ont aligné, en grande partie du moins, les droits processuels du condamné dans les procédures judiciaires d’exécution des peines sur ceux dont le mis en cause dispose dans l’instance pénale. L’égalisation – partielle - des droits processuels et procéduraux du condamné avec ceux du mis en cause résulte, comme pour le parquet, de la volonté du législateur d’appliquer le droit commun de la procédure pénale aux procédures judiciaires d’exécution des peines. À l’instar de ce qui a pu être observé à propos du parquet, si l’extension des droits processuels et procéduraux dont le condamné a pu bénéficier dans l’instance pénale au stade de l’exécution des peines peut être effectivement observé pour les procédures ordinaires d’aménagement de peine **(1)**, tel n’est pas le cas pour les procédures simplifiées introduites par la récente loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, lesquelles tendent pourtant à devenir l’activité normale du Jap **(2)**.¹⁶⁴⁷

1) Le rôle du condamné dans la procédure ordinaire d’aménagement de peine

588. – Les droits du condamné demandeur dans la phase préparatoire de la procédure ordinaire d’aménagement de peine – Les juridictions de l’application des peines, mais également le parquet, disposent de très larges pouvoirs d’investigation leur permettant d’ordonner, pour les premières ; de demander pour le second, des mesures d’instruction en amont de toute décision d’aménagement de peine afin de rendre la décision d’individualisation la mieux adaptée à la personnalité du condamné ainsi qu’au regard des conséquences que celle-ci entraîne pour la victime, dans les procédures d’aménagement de peine prononcées par voie de jugement. Par ailleurs, il doit être rappelé que les juridictions de l’application des peines - le parquet également en théorie - tiennent de l’article 712-16 du Code de procédure pénale la faculté d’ordonner des mesures d’instruction en aval de la décision d’individualisation afin de s’assurer que le condamné respecte bien les obligations qui lui incombent. Toute la question qui nous intéresse ici porte sur le rôle que le condamné peut être amené à jouer dans le déroulement de l’instruction au stade de l’exécution des peines. Tout d’abord, et c’est tout l’intérêt pour lui d’être

¹⁶⁴⁷ P. FAUCHER, « La procédure simplifiée d’aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l’artisanat judiciaire », *ibid.*

assisté d'un avocat, il va bien évidemment faire le choix de la mesure d'aménagement de peine qu'il sollicite. En ce qui concerne les mesures d'instruction obligatoires, notamment la réalisation des expertises médicales ou psychiatriques, si le rôle du condamné est nécessairement celui d'un sujet passif au départ, la loi ne prévoyant pas qu'il puisse avoir l'initiative de leur réalisation, il devient nécessairement celui d'un sujet actif dès lors que l'article 167 du Code de procédure pénale lui permet de demander la réalisation d'une contre-expertise.¹⁶⁴⁸ Mais en dehors de ces mesures particulières, le condamné peut jouer un rôle actif dans la constitution de son dossier individuel, et cela est même dans son intérêt, ce d'autant qu'à l'instar du mis en cause, il dispose de prérogatives relativement larges lui permettant de soumettre de sa propre initiative tous les éléments ou pièces qu'il juge utile ou nécessaire à l'appréciation de sa situation personnelle par les juridictions de l'application des peines et le parquet, en d'autres termes, tous les éléments ou pièces susceptibles de lui permettre de soutenir sa demande. Partant, il a tout intérêt à concourir activement à l'instruction préparatoire en fournissant au juge toutes les pièces permettant d'attester du sérieux du projet de sortie envisagé, lesquelles pourront consister en des certificats d'hébergement, d'embauche, d'inscription à un stage, des témoignages écrits, les diplômes qu'il a obtenus depuis son incarcération, *etc.* Dans les procédures d'aménagement de peine prononcées par voie d'ordonnance, il doit être observé que les droits du condamné au stade préparatoire sont extrêmement limités, pour ne pas dire malmenés par le droit positif. L'on ne pourra d'ailleurs que regretter le fait que le législateur, à l'occasion de la récente réforme opérée par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, n'ait point profité de l'opportunité qui lui était donnée de supprimer les derniers vestiges d'une époque révolue où toutes les décisions prises par le Jap n'avaient pas une nature juridictionnelle.¹⁶⁴⁹ Il résulte des dispositions de l'article 712-5 du Code de procédure pénale que les mesures énumérées par ce texte sont prises par le Jap par voie d'ordonnance, sauf urgence, après avis de la Cap. Or, comme nous avons pu le constater, la procédure d'instruction suivie devant la Cap viole frontalement les règles du procès équitable, de par sa composition d'abord, mais surtout, et pour ce qui nous intéresse ici, par l'absence du condamné et/ou de son représentant lors de la séance. En effet, il résulte de l'article D. 49-28, alinéa 3, du Code de procédure pénale que le Jap peut ordonner la comparution du condamné devant la Cap afin qu'il soit entendu par cette dernière dans les domaines qui relèvent de sa compétence. Ce texte n'offre qu'une faculté au Jap, et ne fait certainement pas obligation à ce dernier de convoquer et d'entendre le condamné, et la pratique tend à démontrer que les condamnés ne sont

¹⁶⁴⁸ En effet, en l'absence de dispositions spécifiques à l'application des peines, l'article 167 du Code de procédure pénale relatif à la contre-expertise a vocation à s'appliquer. V° en ce sens : Cass. crim., 17 mars 1977 : *Bull. crim.* 1977, n° 102. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a posé la règle selon laquelle, dans le silence des textes propres à l'application des peines, il convient de se reporter au droit commun pénal.

¹⁶⁴⁹ Antérieurement à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

généralement pas convoqués devant la Cap. La procédure d'instruction des demandes d'aménagement de peine formulées par le condamné suivie devant la Cap viole encore les règles du procès équitable en ce qu'aucun débat sur les éléments de preuve contenus dans le dossier élaboré unilatéralement par l'Administration pénitentiaire n'est organisé, alors même que le chef d'établissement pénitentiaire est membre de droit de la Cap, tout comme le procureur de la République d'ailleurs. Or, il ne nous semble pas admissible que ces intervenants dans la chaîne pénale au stade de l'exécution des peines, dont certains sont « parties » à l'instance, puissent participer à l'instruction de la demande du condamné en exposant leurs avis et leurs arguments, hors la présence de ce dernier, hors tout débat contradictoire qui pourrait lui permettre de défendre ses droits et intérêts. Comme nous pouvons le constater, l'ancienne dichotomie entre mesures juridictionnelles et mesures d'administration judiciaire n'a pas entièrement disparue, la procédure suivie n'offrant pas au justiciable toutes les garanties attachées traditionnellement à l'acte juridictionnel, ce qui explique probablement que certains auteurs qualifient les ordonnances rendues par le Jap de « *mesures quasi-juridictionnelles* ». ¹⁶⁵⁰ Si l'expression est juridiquement discutable, elle a au moins le mérite d'illustrer clairement une réalité du droit de l'exécution des peines : le condamné ne bénéficie pas de toutes les garanties attachées aux actes juridictionnels en procédure pénale dans l'instance en aménagement de peine. Si la situation est déjà gênante lorsque le condamné est demandeur, que dire lorsque celui-ci est défendeur.

589. – L'exercice des droits de la défense par le condamné dans la phase préparatoire de la procédure ordinaire d'aménagement de peine – Il doit être observé, à titre liminaire, que les droits de la défense octroyés au condamné débutent en amont de l'instance en aménagement de peine initiée par le parquet ou le Jap, dès lors que les services de police ou les unités de gendarmerie peuvent retenir la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a manqué aux obligations qui lui incombent et spécialement à son interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître en un lieu, une catégorie de lieux ou une zone spécialement désignés, pendant une durée de vingt-quatre heures au plus, et que les juridictions de l'application des peines peuvent délivrer des mandats d'amener ou d'arrêt en vue d'appréhender la personne condamnée pour qu'elle soit présentée au juge. Dans ces hypothèses, le condamné dispose naturellement des droits de la défense reconnus au prévenu. ¹⁶⁵¹ Le condamné peut encore fait l'objet de mesures coercitives dans l'hypothèse où le

¹⁶⁵⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., Titre 41, 333.

¹⁶⁵¹ Dans les deux cas en effet, le législateur a étendu les droits processuels du mis en cause au condamné ; en transposant d'une part le régime de la garde à vue à la retenue prévue aux articles 716-3 du Code de procédure pénale, et en appliquant un régime juridique aux mandats d'amener ou d'arrêt du Jap identique à celui des mandats

Jap, après avis du procureur de la République, suspend une mesure de semi-liberté, un placement à l'extérieur, ou un placement sous surveillance électronique, parce que ce dernier n'aurait pas respecté les obligations qui conditionnaient le maintien de la mesure. En pareil cas, la mesure étant suspendue, le condamné est nécessairement réincarcéré, pour une durée de quinze jours maximum au terme de laquelle le débat contradictoire prévu à l'article 712-6 doit être organisé. Enfin, le condamné peut être provisoirement incarcéré, en cas d'inobservation des obligations conditionnant le sursis avec mise à l'épreuve, le sursis assorti d'une obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, un suivi socio-judiciaire, une surveillance judiciaire, une suspension ou un fractionnement de peine, voire une mesure de libération conditionnelle, lorsque le Jap, après avis du procureur de la République, suspend une telle mesure, pour une durée maximale ici aussi de quinze jours au terme de laquelle un débat contradictoire devra être organisée devant le Jap ou le Tap. Au stade préparatoire proprement dit, les droits processuels du condamné se calquent en grande partie sur ceux du mis en cause dans l'instruction préparatoire de l'instance pénale.¹⁶⁵² Comme pour le mis en examen, l'organisation des visites des avocats au sein de l'établissement pénitentiaire, comme le respect de la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client, qu'elles soient écrites¹⁶⁵³ ou téléphoniques¹⁶⁵⁴, est en principe garanti.¹⁶⁵⁵ Comme pour le mis en examen dans l'information judiciaire, l'avocat du condamné a le droit de consulter le dossier individuel de son client, et celui-ci peut même lui être communiqué en tout ou partie sous forme de copies, sous réserve toutefois du bon fonctionnement du cabinet du Jap.¹⁶⁵⁶ Toutefois, aucune disposition légale ne permet au condamné de consulter directement son dossier, ce qui est très contestable lorsqu'il se défend seul.¹⁶⁵⁷ Une intervention du législateur serait ici bienvenue, ce d'autant que l'accès au dossier d'application des peines par le condamné ne présente pas de difficultés particulières dans la mesure où le principe du secret de l'instruction ne s'y applique pas, et que la grande majorité des pièces le constituant sont actuellement notifiées au condamné. De fait, à l'exception de la cote « victime » qui devrait rester non-communicable, il nous semble que

d'amener ou d'arrêt délivrés par le juge d'instruction. V° not. : M. HERZOG-EVANS, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *D.* 2010, I, 1428.

¹⁶⁵² D. n° 2000-1213 du 13 décembre 2000 portant modification du code de procédure pénale et relatif à l'application des peines : *JORF* du 14 déc. 2000, 19878. – D. n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'application des peines : *JORF* du 15 déc. 2004, 21247. V° égal. : L. MORISSET, « L'avocat et l'application des peines », *RSC* 2007, 145.

¹⁶⁵³ Art. D. 49-14 ; D. 69 ; D. 419 C. proc. pén.

¹⁶⁵⁴ D. n° 2003-259 du 20 mars 2003 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires : *JORF* du 22 mars 2003, 5131.

¹⁶⁵⁵ Art. 727-1 C. proc. pén.

¹⁶⁵⁶ Art. D. 49-29, al. 7, C. proc. pén.

¹⁶⁵⁷ Sur ce point, V° : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 842-523.

le condamné devrait avoir accès à l'intégralité de son dossier, surtout lorsqu'il n'est pas assisté d'un avocat, ce qui est principalement le cas devant le Cap. Naturellement, les droits de la défense s'exercent avec plus de densité dans les procédures ordinaires d'aménagement de peine prononcé par voie de jugement que dans celles où ils sont prononcés par voie d'ordonnance. Dans les premières, le condamné va pouvoir concourir activement à sa défense en vue d'échapper au retrait ou à la révocation de la mesure d'aménagement de peine dont il bénéficie, et qui ne peut que ruiner, temporairement du moins, toute perspective de réinsertion sociale en demandant à la juridiction de l'application la réalisation de tous les actes d'investigations qu'il juge utile à sa défense.¹⁶⁵⁸ Dans les secondes, l'exercice des droits de la défense devient plus compliqué pour le condamné au regard des lacunes de la procédure suivie devant la Cap, mais surtout, à l'absence de débat contradictoire devant le Jap qui, pour cause d'urgence, déciderait de se passer de l'avis de la Cap. Dans les deux cas, le condamné étant exclu de la procédure au stade de l'instruction de son dossier par le Jap, il paraît difficile pour participer activement à sa défense. Toutefois, ce n'est pas parce que le condamné ne participe pas physiquement à l'instruction de son dossier que ce dernier, ou son avocat, ne peut soumettre directement au Jap tout élément ou pièce qu'il juge utile à sa défense afin qu'il soit discuté en Cap, notamment. En effet, la pertinence des éléments ou pièces portés à la connaissance du Jap pourra inciter ce dernier à ordonner la comparution du condamné devant la Cap afin qu'il y soit entendu. C'est naturellement au sein des procédures d'aménagement de peine où le juge se prononce par voie de jugement que les droits processuels du condamné sont susceptibles, par leur étendue, de lui permettre d'influer sur le déroulement de l'instance au stade préparatoire, et ainsi participer à la maîtrise de la matière litigieuse.

590. – Les droits du condamné dans la phase décisive – Au stade décisive, la procédure suivie ne permet pas au condamné d'agir avec la même vigueur sur le déroulement de l'instance. Ici aussi, la distinction entre les mesures d'aménagement de la peine prises par voie de jugement, et les mesures d'aménagement de la peine, prises par voie d'ordonnance, influe sur l'importance du rôle processuel que le condamné va pouvoir jouer dans la conduite de l'instance. Tout d'abord, il convient de rappeler ici que la phase décisive de l'instance en aménagement de peines déroge à celle de l'instance pénale en ce qu'elle échappe au principe de publicité, pourtant consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme un principe fondamental du procès

¹⁶⁵⁸ V° supra, n°...

équitable¹⁶⁵⁹ en ce que constituant « un moyen d'atteindre ce but qu'est l'équité grâce à la transparence que la publicité donne à l'administration de la justice ». ¹⁶⁶⁰ Toutefois, absence de publicité ne signifie pas nécessairement absence de débat contradictoire, du moins dans le cas des procédures tendant au prononcé d'une mesure d'aménagement durable de la peine. Sur ce point, il doit être rappelé les articles 712-6 et 712-7 du Code de procédure pénale prévoient que le Jap et le Tap prononcent leurs jugements au terme d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil qui ne s'assimile pas nécessairement à une audience, au sens classique du terme¹⁶⁶¹, dans la mesure, d'une part, où ce ne sont pas nécessairement les parties qui se rendent au tribunal, mais que ce peut être le tribunal qui vient aux parties - dès lors que le condamné est incarcéré, le Jap ou le Tap peuvent « délocaliser » le débat contradictoire au sein de l'établissement pénitentiaire, voire au sein du lieu d'hospitalisation du condamné -, d'autre part, que le législateur consacre la possibilité de tenir des « audiences virtuelles », ou en l'occurrence, des « débats virtuels », grâce à l'utilisation de moyens de télécommunications garantissant la confidentialité de la transmission.¹⁶⁶² Au cours de ce débat contradictoire, « réel » ou « virtuel », qui prend, sur la forme au moins, les traits caractéristiques d'une audience, la présence du condamné est obligatoire, et ce dernier est libre de se faire assister par un avocat ou non¹⁶⁶³, et il est, dans tous les cas, entendu oralement en ses observations par le juge. S'il est assisté d'un avocat, la juridiction de l'application des peines devra également entendre les observations de ce dernier. Naturellement, il nous semble que le développement des « audiences virtuelles » apparaît comme la pire des solutions pour la tenue d'un débat contradictoire digne de ce nom, tout simplement parce que le recours à ses procédés déshumanisent complètement l'échange humain qui doit avoir lieu entre le justiciable et son juge, et n'offrent pas, quoi que l'on en dise, les garanties suffisantes en termes de confidentialité des échanges le condamné et son avocat notamment. Le condamné est souvent intimidé, mal à l'aise, voir angoissé, à l'idée d'être filmé. Il en résulte que, selon les tempéraments, ceux-ci font alors preuve d'une maladresse ou d'une « sécheresse » dans le discours qui ne peut que les desservir.

¹⁶⁵⁹ CEDH, 20 mai 1998, *Gautrin et a. c/ France* : Rec. CEDH, III. Déjà en ce sens : CEDH, 26 sept. 1995, *Diennet c/ France* : Gaz. Pal. 1996, 529, obs. Flécheux. – 8 déc. 1983 : *Pretto et a. c/ Italie* : RSC 1984, 1410, obs. Pettiti. – 8 déc. 1983, *Axen c/ Allemagne* : RSC 1984, 139, obs. Pettiti.

¹⁶⁶⁰ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., 948.

¹⁶⁶¹ H. CROZE, « Qu'est-ce qu'une audience ? », *Procédures* 2012, repère 5.

¹⁶⁶² J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », *RJC* 2012, 801. – S. LAVRIC, « La visioconférence : le procès de demain ? », *AJ pénal* 2007, 464. Égal. : S. SONTAG, « L'accès de l'avocat aux procédures dématérialisées », *AJ pénal* 2011, 455. – F. DESPREZ, « Réforme de la carte judiciaire et visioconférence : d'une proximité physique à une proximité virtuelle », *Procédures* 2008, alerte 6. Plus spéc. : B. AUBERT, M. POUPART, « Nouvelles technologies et droit pénal : réflexions sur la recherche de la preuve et l'exécution de la sanction », in *Les techniques ou technologies nouvelles et les droits ou principes fondamentaux*, journées d'études « Justice », Faculté de droit de Poitiers, jeudi 22 avril 2010.

¹⁶⁶³ Sur les modalités de l'assistance de l'avocat devant les juridictions de l'application des peines, V° : E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., 954-956.

Mais, ce qui nous semble plus grave encore, c'est que le recours à la visioconférence emporte une déshumanisation de l'audience en application de peine. Contrairement au reste des justiciables, le prétoire ne leur est plus accessible, et ils doivent se contenter d'un « débat virtuel ». Le travail de réinsertion sociale commence par le fait de traiter le condamné comme n'importe quel autre justiciable, comme un être ayant sa place dans la société à laquelle il appartient, et non comme un être se situant en périphérie de celle-ci. La visioconférence traduit à l'évidence la dérive matérialiste actuelle de notre société où tout est pesé, mesuré, jaugé, non à l'aune du facteur « humain », mais à l'aune du facteur « économie ». Qu'il soit « réel » ou « virtuel », le débat contradictoire permet dans tous les cas au condamné de faire entendre sa voix, de défendre ses droits et intérêts, devant la juridiction de l'application des peines, et ainsi d'influer sur le déroulement de l'instance, ce d'autant que le Code de procédure pénale ne réglemente pas, comme dans l'instance pénale, la « police de l'audience ». Cette absence de réglementation offre à l'évidence une certaine souplesse dans les échanges, et permet même parfois que s'instaure un échange que l'on pourrait qualifier d'informel entre le juge et le condamné. Cette souplesse que permet l'échange direct, et non « virtuel », est en général recherchée par les juridictions de l'application des peines afin de jauger au mieux la personnalité du condamné. Ce dernier dispose donc ici de la faculté d'influer de manière significative sur la décision du juge en emportant sa conviction sur des points à propos desquels il pouvait encore douter. De ce point de vue, l'absence de débat contradictoire dans les procédures d'aménagement de peine pris par voie d'ordonnance est particulièrement préjudiciable pour le condamné, surtout lorsque l'on voit que ce dernier n'a pu faire entendre sa voix ou ses arguments au stade préparatoire. L'absence de débat contradictoire est particulièrement choquante au regard du caractère partial et secret de la procédure d'instruction suivie devant la Cap parce qu'elle n'offre aucune possibilité pour le condamné de faire entendre ses observations, ses arguments, pas plus qu'il ne peut, dans l'hypothèse où il serait assisté d'un avocat, se faire représenter, ce qui est particulièrement gênant si le condamné n'a fait l'objet d'aucune convocation devant la Cap, comme cela est généralement le cas en pratique. La « *schizophrénie procédurale* »¹⁶⁶⁴ à laquelle l'on assiste au stade décisoire, et déjà perceptible au stade préparatoire, peut s'expliquer par le fait que les procédures donnant lieu à un jugement relèvent de considérations d'application de peine en ce qu'elles sont centrées sur l'individualisation et la resocialisation, les procédures donnant lieu à une ordonnance relèvent principalement de considérations pénitentiaires. Il nous semble pourtant que l'argument n'est pas recevable car le respect des canons du droit européen du procès équitable, comme le fait que les intérêts privés du condamné se trouvent au cœur de l'équation décisionnelle que le Jap doit

¹⁶⁶⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 842.162.

résoudre commande que ce dernier soit placé en situation de défendre ses intérêts à égalité de droits avec le parquet et l'administration pénitentiaire dont l'omniprésence, si elle ne fait pas d'elle une partie à l'instance, en fait à tout le moins un intervenant qui, par son avis et ses arguments, influe de manière significative sur le déroulement de l'instance en aménagement temporaire de peine. De ce point de vue, il nous semble que le condamné doit disposer au moins de la faculté d'intervenir devant la Cap si cette institution doit être conservée, ou devant le Jap lors d'un débat contradictoire si la Cap doit être supprimée à terme, en vue de permettre à ce dernier d'intervenir à un moment donné dans la procédure pour défendre ses intérêts.

591. – Le droit d'appel du condamné – Toutes les décisions prises par le Jap ou le Tap sont susceptibles d'appel. Toutefois l'appel des jugements rendus par le Jap ou le Tap n'obéit pas au même régime que celui des ordonnances prises par le seul Jap. Concernant l'appel des jugements, le condamné, comme le parquet, dispose d'un délai d'appel de dix jours, lequel court à compter de la notification du jugement. L'appel des jugements du Jap comme du Tap est naturellement porté devant la Chap siégeant en formation collégiale. A l'instar de ce qui peut être observé devant le Jap ou le Tap, la Chap statue au terme d'un débat contradictoire au cours duquel sont entendues les réquisitions du parquet et les observations de l'avocat du condamné, lequel n'est pas toujours entendu, sauf si la Chap le décide, ou lorsque son audition est de droit, ce qui sera le cas lorsque le Jap ou le Tap ont procédé au retrait ou à la révocation d'une mesure d'aménagement de peine rendue en son absence, et qu'il est établi qu'il a eu connaissance de la notification de la décision. Lorsque le condamné doit être entendu, et que celui-ci est détenu, deux options s'offrent à la Chap : soit l'un de ses membres se déplace dans l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu, soit elle entend ce dernier *via* la mise en place d'un système de télécommunication entre l'établissement pénitentiaire et la Chap. Le condamné doit bien réfléchir avant d'interjeter appel d'un jugement refusant une mesure d'aménagement de peine, car le législateur, en vue d'éviter les demandes abusives, autorise la Chap, lorsqu'elle rend un arrêt confirmatif, à interdire à ce dernier, pendant un délai ne pouvant excéder ni le tiers du temps de détention restant à subir, ni trois années, de présenter toute nouvelle demande tendant à l'octroi de la même mesure que celle refusée par le Jap ou le Tap, confirmé en ce sens par la Chap.¹⁶⁶⁵ Concernant l'appel des ordonnances prises par le Jap, le condamné, à l'instar du parquet, dispose d'un délai de vingt-quatre heures à compter de la notification de la décision pour interjeter son appel. Mais, contrairement à l'appel du procureur de la République, qui a pour effet de suspendre l'exécution de l'ordonnance du Jap, celui du condamné n'emporte point d'effet

¹⁶⁶⁵ V° supra, n°...

suspensif. En outre, l'appel des ordonnances du Jap ne saisit pas la Chap, mais le seul président de cette dernière. Outre la déclaration d'appel, ce dernier reçoit une copie du dossier individuel du condamné, et dispose alors d'un délai d'un mois au terme duquel il pourra statuer. Ce délai d'un mois permet au condamné ou à son avocat d'adresser des observations écrites au président de la Chap, ce qui induit naturellement que ce dernier ne peut s'en affranchir en statuant avant l'expiration dudit délai.¹⁶⁶⁶ De ce point de vue, ce délai d'un mois apparaît comme une sorte de « phase préparatoire » - de mise en état du dossier - au terme duquel le président de la Chap peut enfin prendre sa décision. Là aussi, la phase décisive de la procédure suivie devant le président de la Chap est marquée par un respect *a minima* du principe contradictoire, celui-ci statuant seulement au vu d'écrits, en l'absence de tout débat¹⁶⁶⁷, ce qui n'est pas sans soulever quelques difficultés, notamment au regard de la lettre de l'article 721 du Code de procédure pénale qui permet au président de la Chap, sur appel incident du parquet ou sur réquisitions du procureur général près la cour d'appel, d'ordonner un retrait de crédit de réduction de peine plus important que celui fixé par le Jap. Nous remarquerons d'ailleurs, à l'instar d'autres auteurs, que le Code de procédure pénale ne définit nullement les pouvoirs du président de la Chap lorsqu'il se trouve saisi du seul appel du condamné.¹⁶⁶⁸ Dès lors, une question se pose, ce dernier peut-il aggraver le sort du condamné ? Au regard des solutions retenues par la chambre criminelle de la Cour de cassation, une réponse positive semble devoir s'imposer compte tenu des larges prérogatives qu'elles reconnaissent au président de la Chap, dans le silence des textes.¹⁶⁶⁹ La « *schizophrénie procédurale* »¹⁶⁷⁰ évoquée devant les juridictions du premier degré se retrouve naturellement devant les juridictions supérieures de l'application des peines. Reste que si la mise en œuvre du principe contradictoire varie selon les procédures, dans tous les cas ici, le condamné dispose de la faculté de faire valoir ses droits, ses arguments, ses intérêts devant la Chap, *via* son avocat ou en personne quand cela est possible ou prévu, mais également devant le président de cette dernière, *via* la transmission de pièces tendant à soutenir son argumentation écrite. Dans les deux hypothèses, par la faculté qui lui est reconnue d'intervenir devant les juridictions supérieures de l'application des peines, le condamné dispose de la faculté de défendre ses intérêts privés dans le débat relatif à l'individualisation des modalités d'exécution de sa peine, et ainsi de participer à la maîtrise de la matière litigieuse en participant à la conduite de l'instance. Cette participation se manifeste assurément par la possibilité, dans le silence des textes, de soumettre à la Chap, comme

¹⁶⁶⁶ Cass. crim., 6 sept. 2006, (deux arrêts) : *Bull. crim.* 2006, n° 211-212 ; *RJC* 2007, 357, obs. Poncela. – 18 juin 2008 : *Bull. crim.* 2008, n° 158 ; *Dr. pén.* 2009, chron. 3, obs. Garçon.

¹⁶⁶⁷ Cass. crim., 27 mars 2008 : *Dr. pén.* 2008, chron. 3, obs. Garçon.

¹⁶⁶⁸ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n°981.

¹⁶⁶⁹ V° not. : Cass. crim., 7 nov. 2007 : *Bull. crim.* 2007, n° 75 ; *Dr. pén.* 2007, chron. 2, obs. Garçon.

¹⁶⁷⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, ibid.

à son président durant le délai d'un mois durant lequel ce dernier prépare sa décision au vu des documents qui lui sont fournis. Naturellement, le condamné, à l'instar du parquet, peut se pourvoir en cassation à l'encontre des arrêts rendus par la Chap comme des ordonnances prises par son président, dans les cinq jours de leur notification. La solution est ici également logique dans la mesure où le condamné, partie à l'instance en exécution des peines, partie au jugement ou à l'ordonnance d'application de la peine en ce qu'il est le destinataire de la mesure d'aménagement, durable ou occasionnel, de peine accordée, modifiée, ajournée, refusée, retirée ou révoquée par arrêt de la Chap ou ordonnance motivée de son président, doit pouvoir saisir la chambre criminelle de la Cour de cassation de l'un des moyens d'ouverture à cassation, dès lors qu'un tel moyen existe bien évidemment.

592. – La maîtrise de la direction de l'instance en aménagement de peine et à la maîtrise de la matière litigieuse par le condamné – L'analyse du droit positif tend à mettre en exergue le fait que le condamné participe effectivement à la conduite de l'instance en aménagement de peine par l'exercice de droits processuels lui permettant, tout au long du déroulement de la procédure, de participer à maîtrise de la matière litigieuse au même titre que le parquet. Ainsi, dans l'instruction de la demande au stade de l'exécution des peines, et par application de la règle posée par la Cour de cassation dans son arrêt en date du 17 mars 1977¹⁶⁷¹, le condamné peut demander aux juridictions de l'application des peines qu'elles ordonnent la réalisation de tous les actes d'investigations tendant à les éclairer, ainsi que le parquet d'ailleurs, sur l'adéquation du projet d'aménagement de peine à la situation et la personnalité du condamné, y compris la réalisation d'une contre-expertise, notamment lorsque celle utilisée dans la procédure sera ancienne et contraire à ses intérêts.¹⁶⁷² Celui-ci peut également soumettre au Jap comme au Tap, à la Chap comme à son président lorsqu'il frappe d'appel une ordonnance du Jap, toutes les pièces qu'il juge nécessaire d'être portées à leur connaissance en vue de les éclairer sur sa situation et sa personnalité en vue d'alléguer les faits qu'il expose et la demande qu'il soutient. En ayant ainsi la faculté de participer à la conduite de l'instance, à égalité de droits ou presque avec le parquet, le condamné manifeste sa capacité à participer à la maîtrise de la matière litigieuse dont les juridictions de l'application des peines se trouvent saisies, soit à sa demande, soit à celle du parquet, soit sur saisine d'office du juge. Si ces éléments tendent à illustrer l'émergence d'un principe d'initiative comme d'un principe dispositif dans l'instance en aménagement de peine en lien direct avec la privatisation de son objet procédural, il convient toutefois d'observer qu'elle se

¹⁶⁷¹ Supra, n°...

¹⁶⁷² L'article D. 49-23 du Code de procédure pénale permet effectivement qu'une expertise antérieure, de moins de deux ans, puisse être réutilisée sans qu'une nouvelle expertise ne soit ordonnée.

manifeste avec moins de densité dans les procédures d'aménagement de peine donnant lieu à une ordonnance du Jap, ce qui s'explique par le fait que dans ces procédures, ce sont encore des considérations pénitentiaires qui semblent primer, alors que ce sont des considérations d'application des peines, centrées sur l'individualisation et la resocialisation, qui priment dans les procédures d'aménagement durable de la peine.

2) Le rôle du condamné dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine

593. – Des droits procéduraux limités par le caractère déjudiciarisé de la procédure. – Si le parquet peut proposer un aménagement de la peine privative de liberté, dès lors que la durée de l'emprisonnement prononcé ou restant à subir n'excède pas deux ans, ce n'est qu'à la condition toutefois que d'avoir obtenu¹⁶⁷³ ou d'obtenir¹⁶⁷⁴ le consentement du condamné à la mesure envisagée. Consensuelles par nature, les procédures simplifiées prévues aux articles 723-15 et 723-19 du Code de procédure pénale aménagent toutefois des droits processuels au condamné, que ce soit au stade de la proposition de la mesure, de son acceptation, voir au-delà en reconnaissant à ce dernier le droit de changer d'avis. Parce qu'elles constituent des alternatives à l'incarcération des condamnés libres, ou tendent à favoriser la réinsertion sociale des personnes condamnées détenues, tout en ventilant les flux de population en milieu carcéral, celles-ci sont à l'avantage des condamnés, ce qui explique que les droits processuels dont ces derniers disposent soient limités.

594. – Les droits procéduraux du condamné dans la phase de proposition. – Lorsque le condamné est une personne qui n'est pas encore incarcérée, et dont la peine prononcée est inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement, ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, ou pour lesquelles, en cas de cumul de condamnations, le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à deux ans¹⁶⁷⁵, et que la situation comme la personnalité du condamné le permettent, l'article 723-15 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République, préalablement à la mise en exécution de la ou des peines considérées prend une ou des décisions d'aménagement dont il informe le Jap. Ce n'est que lorsque le condamné est convoqué devant le Jap, soit sur initiative de la juridiction de jugement sur le fondement de l'article 474 du Code de procédure pénale, soit sur initiative du Jap lui-même, après convocation préalable devant le

¹⁶⁷³ Art. 723-20 C. proc. pén.

¹⁶⁷⁴ Art. 723-16 C. proc. pén.

¹⁶⁷⁵ Ce *quantum* est ramené à 1 an pour les condamnés en état de récidive.

service d'insertion et de probation ou non, afin de déterminer les modalités d'exécution de sa peine les mieux adaptées à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale. Au stade préparatoire, le rôle du condamné est relativement passif, ce dernier n'étant finalement sollicité que pour la réalisation de l'entretien prévu à l'article 723-15 du Code de procédure pénale devant le Spip, puis le Jap, tout comme dans la procédure suivie au titre de l'article 723-19 du même Code. Ici, c'est le D-Spip qui va déterminer la mesure d'aménagement de peine lui semblant la plus adéquate à la situation du condamné éligible à une telle procédure, et qui va instruire le dossier. C'est au cours de l'entretien entre le condamné et le D-Spip ou un travailleur social que le projet d'aménagement de peine retenu par ce dernier va lui être exposé. Les procédures simplifiées prévues aux articles 723-15 et 723-19 tendant, par définition, à l'octroi d'un aménagement de peine, le rôle du condamné dans la conduite de l'instance est plutôt passif.

595. – Les droits du condamné dans la phase d'acceptation – Dans la procédure simplifiée prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale, il doit être observé que le consentement du condamné non incarcéré à la mesure d'aménagement de peine envisagée par le Jap est requis. Le recueillement de l'accord du condamné à la mesure envisagée intervient à la fin de l'entretien mené par le Jap sur le fondement de l'article 723-15, alinéa 3, du Code de procédure pénale. Soit celui-ci donne son accord à la mesure d'aménagement ou de conversion de la peine proposée par le Jap, soit il n'y consent pas, et dans ce cas, celui-ci doit fixer la date d'incarcération. Parce que l'accord du condamné est recueilli par un magistrat du siège, il doit être observé ici que la loi n'entoure pas les conditions dans lesquelles ce consentement est recueilli de conditions particulières, ce qui n'est pas le cas du recueil de l'accord du condamné dans le cadre de l'article 723-19 du Code de procédure pénale. L'accord du condamné au projet d'individualisation des modalités d'exécution de la peine proposé par le D-Spip s'impose comme une condition de mise en œuvre de la procédure simplifiée prévue à l'article 723-19. Les modalités entourant le recueillement du consentement du condamné au projet d'aménagement de peine est encadré par la loi, précisément parce que le D-Spip s'impose comme un organe de l'Exécutif, et non un magistrat du siège. Le Code de procédure pénale prévoit ainsi que l'accord doit être recueilli à l'issue d'un entretien entre le condamné et un travailleur social, au cours duquel la proposition du D-Spip est exposée. Dans le cas où celui-ci consent à la mesure proposée, l'accord doit faire l'objet d'un écrit, daté et signé, par le condamné et la personne qui l'a recueilli.¹⁶⁷⁶ Si le condamné ne donne pas son accord au projet proposé par le D-Spip, la procédure s'arrête là, l'accord du condamné s'imposant comme une condition de transmission du projet au procureur de la

¹⁶⁷⁶ Concernant les modalités particulières d'application de cette procédure à un condamné mineur, V° : E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n°1023.

République qui apprécie alors la suite à lui donner.¹⁶⁷⁷ Alors qu'au stade de l'impulsion et de la proposition de l'aménagement de peine, le condamné ne joue qu'un rôle passif ; au stade de l'acceptation, la dimension consensuelle de la procédure lui donne un rôle central, ce qui ne signifie pas pour autant que l'accord du condamné signe la réussite de la procédure.

596. – Les droits du condamné dans la phase décisive – Au stade de la prise de décision, dans l'hypothèse de l'article 723-15 du Code de procédure pénale, le Jap peut ordonner la mesure d'aménagement ou de conversion de la peine par voie de jugement¹⁶⁷⁸, dès lors qu'il a obtenu l'accord du condamné. Concernant la procédure simplifiée prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale, nous avons vu que le Jap peut, soit homologuer la proposition telle que formulée par le D-Spip, sous réserve que l'avis du parquet concernant cette dernière soit favorable, soit refuser l'homologation. Mais, au-delà de cette alternative binaire, le Jap dispose d'une « *troisième voie* » en quelque sorte, puisqu'il peut homologuer la proposition du D-Spip en substituant à la mesure proposée une autre mesure, pourvu qu'elle fasse partie de celles prévues à l'article 723-19, ou sans modifier la mesure elle-même, compléter ou modifier les obligations et interdictions qui conditionnent le maintien de cette dernière. Sur ce point, il peut être observé que, si le consentement du condamné doit être préalablement obtenu par le Jap en cas de substitution de la mesure proposée par le D-Spip ; consentement qui sera d'ailleurs recherché en présence de l'avocat du condamné si la nouvelle mesure envisagée est un placement sous surveillance électronique, tel n'est pas le cas lorsque le Jap se contente de modifier les obligations qui conditionnent la mesure d'aménagement de peine. La solution est contestable dans ce dernier cas dès lors qu'il nous semble que le consentement du condamné à la mesure d'aménagement de peine porte nécessairement sur les obligations qui conditionnent l'octroi comme le maintien de cette dernière. De ce point de vue, il est regrettable que la loi n'impose pas au Jap l'obligation de recueillir le consentement du condamné dès lors que celui-ci modifie, dans un sens défavorable aux intérêts de ce dernier, les obligations qui conditionnent l'octroi ou le maintien de la mesure d'aménagement de peine.

¹⁶⁷⁷ V° supra, n°...

¹⁶⁷⁸ Le renvoi à l'article 712-6 du Code de procédure pénale doit être interprété, non comme l'obligation pour le Jap de se prononcer après la tenue d'un débat contradictoire, auquel cas on peine à voir où se situera concrètement le caractère simplifié de la procédure prévue à l'article 723-15, mais comme le fait que ce dernier statue par voie de jugement.

597. – L’appel des décisions du Jap – Concernant la procédure visée à l’article 723-15 du Code de procédure pénale, les décisions prises par le Jap sont des jugements, de sorte que les règles classiques conditionnant l’appel sont pleinement applicables ici.¹⁶⁷⁹ *Quid* en revanche des ordonnances prises sur le fondement des articles 723-15 et suivants du Code de procédure pénale ? Il doit être observé que le condamné se voit octroyer la faculté de frapper d’appel les ordonnances de refus d’homologation prise par le Jap - ce qui peut sembler logique - mais également des ordonnances rendues par le Jap sur le fondement de l’article 723-22 du Code de procédure pénale. *Quid* des ordonnances d’homologation ? Le droit d’appel reconnu au condamné ne concerne pas les ordonnances d’homologation conformes au projet du D. Spip, ni même d’ailleurs, les décisions prises par le procureur de la République de ramener la mesure à exécution lorsque le Jap n’a pas donné de réponse à sa demande d’homologation dans un délai de trois semaines, conformément aux dispositions de l’article 723-24 du Code de procédure pénale. En revanche la procédure suivie sur le fondement de l’article 723-19 du Code de procédure pénale étant consensuelle par définition, l’article 723-25 du Code de procédure pénale octroie naturellement un droit d’appel du condamné à l’encontre des ordonnances prises par le Jap, saisi en application des dispositions de l’article 723-20 ou de l’article 723-22, dans lesquelles un ou plusieurs des mesures prévues par l’article 723-19 sont substituées au projet initial du D. Spip auquel le condamné avait consenti. Il peut frapper d’appel de telles ordonnances lorsque le Jap modifie ou complète les obligations et interdictions énumérées à l’article 132-45 du Code pénal et accompagnant la mesure. Naturellement, l’exercice du pourvoi en cassation se trouve soumis aux règles applicables selon que la décision attaquée est un arrêt rendu par la Chap ou le président de cette dernière.

598. – En conclusion – La volonté du législateur d’appliquer la procédure pénale de droit commun aux procédures judiciaires d’exécution des peines explique l’extension des droits processuels du mis en cause dans l’instance pénale au condamné dans l’instance en aménagement de peine. Affirmer cela, c’est à la fois tout dire et ne rien dire. C’est tout dire dans la mesure où effectivement, les droits processuels du condamné tendent à se calquer sur ceux du mis en cause, que ce soit au stade préparatoire comme au stade décisoire, ce qui confirme notre intuition selon laquelle l’on assisterait actuellement à l’émergence du principe d’initiative et du principe dispositif propre au procès civil dans le « procès pénal », et pour ce qui nous intéresse ici, au stade de l’exécution des peines. En effet, la raison pour laquelle les droits processuels du mis en cause sont étendus au condamné réside dans le fait que le droit positif tend à lui permettre de pouvoir

¹⁶⁷⁹ V° supra, n°...

participer activement à la conduite de l'instance en vue de maîtriser la matière litigieuse, ce qui se justifie encore plus au stade de l'exécution des peines par le fait que le condamné peut être demandeur à l'instance. C'est ne rien dire en même temps dans la mesure où l'instance en aménagement de peine répond à des spécificités, des particularités - tenant à la fois à sa finalité qu'à la manière dont le droit de l'exécution des peines se construit - qui se manifestent par des lacunes évidentes qui font que les droits processuels du condamné sont finalement à géométrie variable selon la nature de la décision que le juge est amené à prendre. En effet, il est tout à fait possible de trouver aujourd'hui encore des résidus de l'ancienne dichotomie entre les mesures juridictionnelles et les mesures d'administration judiciaire dans les variations observées concernant l'étendue des droits processuels du condamné entre procédure donnant lieu à un jugement et procédure donnant lieu à une ordonnance. Malgré tout, l'expansion des droits processuels du condamné témoigne de l'ascension de ses intérêts privés au stade de l'exécution des peines, au point d'ailleurs, que ce dernier se trouve, globalement, en position de concurrencer le juge et le parquet dans la direction de l'instance et la maîtrise de la matière litigieuse dès lors que ce sont des considérations d'application des peines, centrées sur l'individualisation et la resocialisation, qui prédominent.

599. – Conclusion du paragraphe 1 – L'étude du droit positif tend à mettre en évidence que les parties se partagent, dans une certaine mesure, la maîtrise de la direction de l'instance et la maîtrise de la matière litigieuse tout au long de la procédure ordinaire d'aménagement de peine par la mise en œuvre de droits processuels leur permettant d'alléguer les faits qui fondent leur prétention, que celles-ci se trouvent en position de demandeur ou de défenseur. L'analyse démontre bien que, si le droit européen joue un rôle certain dans l'expansion des droits processuels des parties au stade de l'exécution des peines, il nous semble qu'il n'a ici, comme ailleurs, qu'un rôle de catalyseur, et que c'est bien la privatisation de l'objet procédural du « procès en application des peines », sous l'influence du principe d'individualisation des peines, qui s'impose en réalité comme le facteur déterminant cette évolution. En effet, le strict respect du droit européen commanderait d'octroyer au condamné des droits processuels identiques quelque soit la nature de la décision prise par le juge, et en application du principe de l'égalité des armes, les mêmes droits processuels que ceux dont disposent le parquet. Or, non seulement ce n'est pas le cas, mais encore est-il possible d'observer que la procédure suivie pour le prononcé des mesures d'aménagement de peine prévue à l'article 712-5 du Code de procédure pénale viole les principes universels du procès équitable. Comment expliquer une telle situation, alors même que les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004 avaient pour objectif de mettre notre procédure pénale en conformité avec les canons européens du procès équitable ?

L'explication doit être recherchée sur le terrain des intérêts en présence au regard de sa finalité de la mesure considérée. S'il ne fait aucune doute que les mesures d'aménagement de peine prononcées par voie de jugement, parce qu'elles modifient durablement les conditions d'exécution de la peine, intéressent au premier plan les intérêts du condamné en ce qu'elles se fondent sur des considérations d'application des peines centrées sur l'individualisation et la réinsertion sociale, tel n'est pas le cas des mesures prononcées par voie d'ordonnance, lesquelles sont fondées sur des considérations pénitentiaires, de sorte que ce sont les intérêts de la société, et ceux de l'État dans une forte proportion, qui prédominent, ce qui explique que le cadre procédural ne laisse que peu de place aux droits procéduraux du condamné. En essayant de prendre de la hauteur, on s'aperçoit que, lorsque ce sont les intérêts du condamné qui prédominent dans les finalités de la mesures d'aménagement de peine, le droit positif accroît de manière significative ses droits procéduraux comme le respect de ses droits processuels, alors que, lorsque ce sont les intérêts de la société ou de l'État qui prédominent, ses droits procéduraux et processuels sont extrêmement limités, pour ne pas dire annihilés. La purge des garanties fondamentales offertes, notamment, par l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme nous semble devoir être mise en lien direct avec la nature des intérêts prédominant dans la finalité de la mesure envisagée.

§.2 – LA RÉPARTITION DES RÔLES PROCESSUELS DES ACTEURS N'AYANT PAS LE STATUT DE PARTIE

600. – De l'intervention du juge et de la victime – Dans la droite ligne des prérogatives dont ils disposent au stade du déclenchement de l'instance en aménagement de peine, il doit être observé que le juge comme la victime ont vocation à intervenir dans le déroulement de la procédure d'aménagement de peine. La volonté d'appliquer aux procédures judiciaires d'exécution des peines le droit commun conduit le législateur à étendre aux juridictions de l'application des peines, et plus précisément au Jap, les pouvoirs d'enquête dévolus au juge d'instruction dans l'information judiciaire ou à la juridiction de jugement dans l'instance pénale **(A)**. Par ailleurs, le droit positif intégrant les droits et intérêts de la victime dans l'équation décisionnelle que les juridictions de l'application ont à résoudre, il n'est pas surprenant que ce dernier tendent à lui octroyer des droits processuels de plus en plus importants lui permettant d'intervenir de manière encore « discrète », certes, mais d'intervenir tout de même, dans la conduite de l'instance en vue de participer à la maîtrise de la matière litigieuse **(B)**.

A – LE RÔLE DU JUGE DANS LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

601. – Le rôle accru du juge dans l'instance en aménagement de peine – Il peut paraître logique d'octroyer des prérogatives importantes au juge dans la direction de l'instance en aménagement de peine, comme de lui permettre d'influer sur la matière litigieuse toutes les fois où il a initié la procédure en aménagement de peine, car, par les fonctions qu'il occupe, le Jap apparaît comme l'acteur de la phase exécutoire qui maîtrise le mieux les arcanes de la procédure, ce qui explique très certainement l'accroissement de ces pouvoirs à l'occasion des lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004 **(1)**. Reste qu'à l'instar de ce qui a pu être observé dans l'instance pénale, l'office du juge se trouve aujourd'hui sérieusement concurrencé par le parquet auquel la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 reconnaît la faculté de contourner la procédure ordinaire d'aménagement de peine en recourant à une procédure simplifiée reposant sur l'accord du condamné à la mesure proposée **(2)**, et dans laquelle le juge n'occupe plus, au principal, qu'une fonction de « *Jap homologue* ». ¹⁶⁸⁰

1) Le rôle des juridictions de l'application des peines dans la procédure ordinaire d'aménagement de peine

602. – Le rôle prégnant du juge au stade de l'exécution des peines – Historiquement, le Jap a eu bien des difficultés à apparaître aux yeux de ses collègues comme un « véritable juge », comme au yeux de la doctrine qui pu s'interroger sur le fait de savoir si ce dernier n'était pas un « *chiroptère* ». ¹⁶⁸¹ Institué en vue de poursuivre une œuvre de justice au-delà du prononcé de la peine en déterminant pour chaque condamné les principales modalités du traitement pénitentiaire ¹⁶⁸², le Jap est longtemps apparu comme un « *administrateur judiciaire* » plutôt qu'un véritable juge. ¹⁶⁸³ Qualifié de « *juge de l'inapplication des peines, voire de juge des peines, [de] magistrats les plus puissants de France, dotés de l'exorbitant pouvoir de défaire d'un trait de plume le fruit des laborieuses réflexions des juridictions répressives, [de] super-éducateurs, super-assistantes sociales, [de] pères-Noël, [ou encore de] nounous à voyous* » ¹⁶⁸⁴, le Jap a longtemps été considéré comme une sorte de « juge délégué au

¹⁶⁸⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 122.61 et suivants.

¹⁶⁸¹ G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *RSC* 1991, 622.

¹⁶⁸² Art. 722 C. proc. pén. – abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

¹⁶⁸³ F. STAECHÉLE, « Le juge de l'application des peines : magistrats du siège ou administrateur judiciaire ? », *RSC* 1991, 385. V° égal : X. NICOT, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives au régime des peines », *RSC* 1971, 631. – J.-M. COULON, « La loi du 29 décembre 1972 et le juge de l'application des peines », *JCP G.* 1973, I, 2553.

¹⁶⁸⁴ F. STAECHÉLE, « Le juge de l'application des peines : magistrats du siège ou administrateur judiciaire », *ibid.*

condamné », ce qui explique d'ailleurs que la judiciarisation de la phase d'exécution des peines n'emportait pas au profit de ces derniers toutes les garanties traditionnellement attachées à l'acte juridictionnel. Parce que celui-ci s'est imposé dès le départ comme le « pivot » de la phase d'application des peines, les Jap se sont vus octroyer des prérogatives étendues leur permettant d'intervenir en matière de contrôle et suivi des dossiers dont il est saisi, de tenue des audiences de prise en charge et d'actes de déroulement de la procédure, notamment des avis donnés sur les demandes en relèvement des interdictions, déchéances, et autres incapacités, de sursis avec mise à l'épreuve, d'assistance et de contrôle des libérés conditionnels, de fixation des modalités d'exécution des travaux d'intérêt général (T.I.G.), d'aménagement et de conversion des courtes peines d'emprisonnement, d'ajournement avec mise à l'épreuve, *etc.* Par ailleurs, les Jap les plus dynamiques n'ont pas hésité à développer des activités qui n'étaient pas toujours inscrites dans le Code de procédure pénale : médiation entre les services sociaux éducatifs, participation aux associations, recherche de chantiers extérieurs, représentation de la juridiction, participation aux nouvelles politiques d'insertion (pour le milieu fermé) ; animation du comité de probation, participation aux comités de prévention de la délinquance, prospection des travaux d'intérêt général, gestion du contrôle judiciaire (pour le milieu ouvert).¹⁶⁸⁵ Pour des raisons tenant à son histoire, mais également pour des raisons plus pragmatiques, tenant principalement au fait que le Jap travaille en étroite collaboration avec les principaux acteurs oeuvrant à la réinsertion sociale des condamnés, le législateur n'a eu de cesse de renforcer les pouvoirs du Jap dans la maîtrise de la direction de l'instance par les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2004-204 du 9 mars 2004.¹⁶⁸⁶

603. – Le rôle des juridictions de l'application des peines dans la phase préparatoire de la procédure d'aménagement de la peine par voie de jugement – Que l'instance ait été initiée par le Jap, usant de son pouvoir d'auto-saisine ou de saisine du Tap, ou par les parties, les juridictions de l'application des peines disposent de pouvoirs d'enquête étendus dans la phase préparatoire de la procédure ordinaire d'aménagement de peine. L'article 712-16 du Code de procédure pénale confère aux juridictions de l'application des peines un pouvoir général d'instruction en prévoyant que « *dans l'exercice de leurs attributions, les juridictions de l'application des peines peuvent procéder ou faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions, y compris celles prévues par l'article 132-22 du code pénal ou toute autre mesure, permettant de rendre une décision d'individualisation de la peine ou de s'assurer qu'un condamné respecte les*

¹⁶⁸⁵ Pour plus de précisions, V° : G. J. GUGLIELMI, « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », *ibid.*

¹⁶⁸⁶ Comme en témoigne le pouvoir de saisine d'office ou de saisine du Tap reconnu au Jap. V° supra, n°...

obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision». ¹⁶⁸⁷ Parce que les pouvoirs d'enquête visés à l'article 712-16 du Code de procédure pénale tendent à permettre le prononcé « *d'une décision d'individualisation de la peine* » ou à permettre « *de s'assurer qu'un condamné respecte les obligations qui lui incombent à la suite d'une telle décision* », ceux-ci n'auront bien évidemment vocation à être utilisés par le Jap que dans l'hypothèse où ce dernier statue dans le cadre d'une procédure d'aménagement durable de la peine, car seule celle-ci est fondée sur des considérations d'application des peines, centrées sur les objectifs d'individualisation de la peine et de réinsertion sociale du condamné. En pratique, les enquêtes sont généralement confiées au Spip, mieux à même de vérifier dans des délais rapides, la situation matérielle, familiale et sociale du condamné, ainsi que le sérieux du projet comme l'impact de ce dernier sur la victime. Dans la logique de l'application du droit commun aux procédures judiciaires d'application des peines, il peut être observé que le Jap comme le Tap peuvent délivrer des réquisitions en vue « *d'obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret* ». ¹⁶⁸⁸ Ils peuvent également décider d'entendre les proches de l'intéressé, ainsi que toute personne qui se propose de soutenir la réinsertion sociale du condamné en lui offrant un hébergement, un emploi, etc., dans le but de vérifier le sérieux, comme la légalité, des garanties de logement ou d'activité dont il est fait état pour l'obtention de la mesure d'aménagement de peine, mais également le condamné lui-même. Les juridictions de l'application des peines peuvent naturellement ordonner tous les examens médicaux qu'elles jugent utiles pour s'assurer de l'état de santé du condamné, ou de son éventuelle consommation de stupéfiants. ¹⁶⁸⁹ Le rapprochement avec le droit commun s'observe encore par l'emploi de la formule « *toute autre mesure* » par l'article 712-16, ce qui n'est pas sans rappeler celle utilisée par l'article 81 en matière d'instruction préparatoire dans l'instance pénale. La pratique tend d'ailleurs à démontrer que les Jap n'hésitent pas à user de ce texte pour ordonner des mesures d'instruction traditionnellement mises en œuvre dans l'information judiciaire. Il en est ainsi, notamment, des enregistrements au parloir. ¹⁶⁹⁰ Le Jap comme le Tap peuvent également ordonner la réalisation d'une expertise psychiatrique

¹⁶⁸⁷ L'article D. 527 du Code de procédure pénale énonce également que « *lorsqu'ils sont saisis, le tribunal de l'application des peines et de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel ou les présidents de ces juridictions, peuvent également procéder ou faire procéder à des mesures d'instruction complémentaires* ».

¹⁶⁸⁸ Art. 132-22 C. pén.

¹⁶⁸⁹ La prescription de certains examens médicaux est parfois obligatoire, notamment en matière de placement sous surveillance électronique mobile (PSEM). V° : art. 131-36 C. pén. – art. 763-14 C. proc. pén.

¹⁶⁹⁰ Sur cette question, il peut être observé que si la chambre criminelle valide de tels enregistrements, c'est à la condition que le juge contrôle lui-même la mesure et qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense (Cass. crim., 1^{er} mars 2006 : D. 2006, somm., 1504, obs. Pradel ; AJ pénal 2006, 222, obs. Céré). La Cour européenne des droits de l'homme a, de son côté, censuré cette pratique pour violation de l'article 8 (CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse c/ France* : AJ pénal 2006, 128, obs. Céré ; RSC 2006, 429, chron. Poncela).

lorsque celle-ci n'est pas obligatoire en vertu de la loi¹⁶⁹¹, ainsi que la réalisation d'une enquête socio-éducative afin d'apprécier la dangerosité et le risque de récidive du condamné.¹⁶⁹² Ici aussi, il doit être rappelé que cette synthèse socio-éducative est obligatoire si la personne a été condamnée pour un crime ou pour un délit puni d'au moins dix ans d'emprisonnement et lorsque cette infraction a été commise en état de récidive légale. Parallèlement, les juridictions de l'application des peines peuvent ordonner que le condamné fasse l'objet d'une expertise psychiatrique ou psychologique sur le fondement de l'article D. 49-24, alinéa 2, « *notamment si celui-ci a été condamné pour crime* ».

604. – Le rôle des juridictions de l'application des peines dans la phase préparatoire de la procédure d'aménagement de la peine par voie d'ordonnance – Parce que des considérations pénitentiaires président assurément à la prise de décision du Jap concernant l'octroi, la modification, l'ajournement, le refus, le retrait ou la révocation, des réductions de peine, des autorisations de sorties sous escortes, et des permissions de sortir, la phase préparatoire de la procédure suivie aux articles 712-5 et suivants du Code de procédure pénale déroge considérablement à celle prévue pour les mesures d'aménagement durable de la peine. Même si en théorie le Jap peut fort bien utiliser les pouvoirs d'enquête que l'article 712-16 du Code de procédure pénale lui reconnaît, ce texte se situant dans une section 4 intitulée « *dispositions communes* » à l'ensemble des juridictions de l'application des peines, sans qu'aucune distinction ne soit opérée entre les procédures d'aménagement durable ou temporaire de la peine, la pratique démontre que ce texte fait l'objet d'application diverses selon le degré de dangerosité sociale que la mesure envisagée emporte. Pour les réductions de peines, elles sont accordées par voie de crédit depuis le 1^{er} janvier 2005, et imputées par le greffe judiciaire pénitentiaire, sous contrôle du procureur de la République, le Jap n'étant donc plus compétent que pour leur seul retrait¹⁶⁹³ ou l'octroi comme le retrait des réductions de peine supplémentaires. La dépendance du Jap aux données pénitentiaires étant ici particulièrement forte, la demande sera instruite lors d'une simple discussion en Cap. Concernant la permission de sortie, les Jap ont toujours procédé

¹⁶⁹¹ L'article 712-21 du Code de procédure pénale indique que la majorité des mesures d'aménagements prévues aux articles 712-5 à 712-7 ne peut être accordée sans la réalisation préalable d'une expertise psychiatrique lorsque la personne a été condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru.

¹⁶⁹² Art. D. 49-24, al. 1, C. proc. pén.

¹⁶⁹³ Selon l'article 721, alinéa 3, « *en cas de mauvaise conduite du condamné en détention, le juge de l'application des peines peut être saisi par le chef d'établissement ou sur réquisitions du procureur de la République aux fins de retrait, à hauteur de trois mois maximum par an et de sept jours par mois, de cette réduction de peine. Il peut également ordonner le retrait lorsque la personne a été condamnée pour les crimes ou délits, commis sur un mineur, de meurtre ou assassinat, torture ou actes de barbarie, viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle et qu'elle refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines, sur avis médical, en application des articles 717-1 ou 763-7. Il en est de même lorsque le juge de l'application des peines est informé, en application de l'article 717-1, que le condamné ne suit pas de façon régulière le traitement qu'il lui a proposé. La décision du juge de l'application des peines est prise dans les conditions prévues à l'article 712-5* ».

à une enquête, la dangerosité sociale d'une telle mesure étant plus immédiate que dans le cas des réductions de peine. Déjà une circulaire du 10 mai 1988¹⁶⁹⁴ suggérait au Jap de s'enquérir de la moralité des personnes fournissant un certificat d'hébergement, du lieu où la permission devait se dérouler.¹⁶⁹⁵ Bien évidemment, l'enquête est davantage poussée lors de la première demande formulée par le condamné, que pour les demandes suivantes, dès lors que la première permission de sortie s'est déroulée sans incident, d'une part, et que les modalités d'exécution de la mesure sont identiques, d'autre part. Concernant les autorisations de sortie sous escorte, il doit être observé que l'urgence de la situation contraignant le Jap à statuer rapidement sur la demande, ce dernier n'a guère le temps de procéder à une enquête. Celui-ci statue donc au regard des seuls documents dont il dispose, ce qui n'est en soit guère gênant dans la mesure où l'escorte, le port éventuel de menottes, voire d'entraves, réduit considérablement la dangerosité sociale de la mesure. La liberté d'enquête du Jap se trouve toutefois encadrée par la loi, qui impose parfois des expertises obligatoires¹⁶⁹⁶, d'une part, et par les demandes des parties, d'autre part. Naturellement, les éléments de l'enquête menées par le Jap sont discutées dans le cadre de la séance en Cap, à laquelle l'administration pénitentiaire et le parquet pourront participer, mais pas le condamné, sauf si le Jap estime nécessaire de l'entendre.¹⁶⁹⁷ Il doit être observé par ailleurs qu'en cas d'urgence, la loi autorise le Jap à se dispenser de l'avis de la Cap. Le législateur n'ayant donné aucune définition de la notion d'urgence, celle-ci fait l'objet d'une appréciation casuistique par le Jap en pratique, ce qui demeure relativement aléatoire, comme le démontre un article de M. Jouve, Jap à Rennes.¹⁶⁹⁸ Parce qu'elle repose principalement sur des considérations pénitentiaires, et non d'application des peines, davantage centrées sur l'individualisation et la resocialisation du condamné, la procédure d'aménagement temporaire de la peine fait une plus large place au juge dans la direction de l'instance que dans la procédure d'aménagement durable de la peine.

¹⁶⁹⁴ Circ. DAP n° 88-06 D1, 10 mai 1988 : *BOMJ* 1988, n° 90.

¹⁶⁹⁵ Ce texte comporte en effet un paragraphe 4 intitulé « *enquête préliminaire* » qui délimite en quelque sorte l'office du juge dans l'instruction préparatoire de la demande de permission de sortie : identification des antécédents et de la personnalité du demandeur ; motifs de sa demande ; vérification des conditions d'hébergement ; et en cas d'interdiction de séjour, vérification des conséquences que sa venue sur les lieux concernés par l'interdiction emporte.

¹⁶⁹⁶ Il en est ainsi de l'article 721-21 du Code de procédure pénale qui dispose que « *les mesures mentionnées aux articles 712-5, 712-6 et 712-7, à l'exception des réductions de peines n'entraînant pas de libération immédiate et des autorisations de sortie sous escortes, ne peuvent être accordées sans une expertise psychiatrique préalable à une personne condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru. Cette expertise est réalisée par deux experts lorsque la personne a été condamnée pour le meurtre, l'assassinat ou le viol d'un mineur de quinze ans* ».

¹⁶⁹⁷ V° supra, n°...

¹⁶⁹⁸ B. JOUVE, « Trois années de contentieux de l'application des peines à la maison d'arrêt de Rennes », *RPDP* 1993, 193, spéc. 201-203.

605. – Le rôle des juridictions de l'application des peines au stade décisoire : l'hypothèse des procédures sans débat contradictoire – Contrairement aux décisions du Tap qui font systématiquement l'objet d'un débat contradictoire, conformément aux dispositions de l'article 712-7 du Code de procédure pénale, tel n'est pas nécessairement le cas de celles du Jap. Tout d'abord, il doit être observé que, concernant les décisions prises par voie d'ordonnance, le principe est l'absence de débat contradictoire, le Jap statuant simplement après avis de la Cap.¹⁶⁹⁹ Mais, même quand le débat contradictoire est en principe prévu, des exceptions légales permettent au juge de l'écartier. Ainsi, l'article 712-6 du même Code permet au Jap d'écartier le débat contradictoire pour le prononcé d'une mesure de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle, dès lors que le parquet et le condamné expriment leur accord. L'article D. 49-17-1 du Code de procédure pénale renforce encore le caractère « accessoire » du débat contradictoire en cas d'accord des parties sur l'aménagement de peine sollicitée, puisque ce dernier dispose que, *« lorsque le procureur de la République est favorable à l'octroi d'une mesure d'aménagement de peine demandée par le condamné, il peut adresser au juge de l'application des peines des réquisitions écrites lui demandant d'accorder cette mesure sans procéder à un débat contradictoire »*, lequel n'aura lieu que si le condamné et son avocat le demandent. L'article 712-8 du même Code écarte également le débat contradictoire concernant *« les décisions modifiant ou refusant de modifier les mesures mentionnées aux premier et quatrième alinéas de l'article 712-6¹⁷⁰⁰ ou les obligations résultant de ces mesures ou des mesures ordonnées par le tribunal de l'application des peines en application de l'article 712-7 »* ces dernières étant prises par ordonnance motivée du Jap, *« sauf si le procureur de la République demande qu'elles fassent l'objet d'un jugement pris après débat contradictoire conformément aux dispositions de l'article 712-6 »*. L'on peine à comprendre la logique suivie par le législateur. Pourquoi le seul représentant de la société se trouve en capacité de demander la tenue d'un débat contradictoire ? Le texte vise *« les décisions modifiant ou refusant de modifier les mesures mentionnées aux premier et quatrième alinéas de l'article 712-6 ou les obligations résultant de ces mesures ou des mesures ordonnées »* par le Tap. Or, la modification peut être effectivement favorable au condamné, mais également défavorable, et de ce point de vue, il nous semble que le strict respect des droits fondamentaux imposerait ici d'octroyer « aux parties » la faculté de demander la tenue d'un débat contradictoire devant le Jap. Alors, certes, il nous sera rappelé que l'article D. 49-35 du Code de procédure pénale dispose en son alinéa 2 que

¹⁶⁹⁹ Art. 712-5 C. proc. pén.

¹⁷⁰⁰ Autrement dit, les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle, ainsi qu'aux décisions du Jap concernant les peines de suivi socio-judiciaire, d'interdiction de séjour, de travail d'intérêt général, d'emprisonnement avec sursis assorti de la mise à l'épreuve ou de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ou les mesures d'ajournement du prononcé de la peine avec mise à l'épreuve.

« lorsque le juge de l'application des peines se saisit d'office ou est saisi par le procureur de la République et qu'il n'est pas procédé à un débat contradictoire, il recueille ou fait recueillir préalablement l'avis du condamné » ; mais un simple avis a-t-il réellement vocation à pallier l'absence de débat contradictoire ? Une réponse négative s'impose nous semble-t-il. De la même manière, il sera rappelé que le débat contradictoire est en principe exclu en cas d'irrecevabilité de la requête constatée par ordonnance du Jap, pour son compte ou celui du Tap, ou par ordonnance du président du Tap si le Jap ne l'a pas fait. Toutefois, nous avons pu observer que le Jap peut décider, comme la loi l'y autorise, à accueillir la demande du condamné, bien que sa requête soit affectée d'un vice de forme.¹⁷⁰¹ De fait, comme nous pouvons le constater, au-delà de la dichotomie entre les procédures par voie de jugement et celles par voie d'ordonnance, le respect du contradictoire se trouve malmené au stade de l'exécution des peines puisque, dans de nombreuses hypothèses, le principe du débat contradictoire se trouve écarté, voir soumis à la seule volonté du parquet ou du Jap. Cette circonstance témoigne de ce que, dans le « chantier » de l'exécution des peines¹⁷⁰², si le « gros œuvre » est achevé, les « finitions » restent à réaliser pour une stricte application des principes issus du modèle de procès équitable consacrés à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'on peut observer que le Jap dispose de la faculté d'écarter en certaines hypothèses le débat contradictoire, cette décision se trouve, en général, conditionnée par l'accord des parties, ou de l'une d'entre elles. Par ailleurs, le droit positif tend à protéger les droits de la défense du condamné en obligeant le juge à recueillir l'avis lorsque celui-ci statue sur une demande qui n'a pas été formulée par ce dernier. Même si le dispositif n'est pas satisfaisant en l'état, l'on voit bien qu'il tend néanmoins à soumettre les décisions du juge tendant à écarter la tenue d'un débat contradictoire au consentement des parties, ce qui est logique dans la mesure où ces dernières renoncent à un droit fondamental issu de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou de manière plus discutable, à une absence de demande en ce sens de ces dernières.

606. – Le rôle des juridictions de l'application des peines au stade décisif : l'hypothèse des procédures avec débat contradictoire – Lorsque le débat contradictoire doit avoir lieu, aucun des textes contenus dans le Code de procédure pénale ne vient en réglementer le déroulement, que celui-ci ait lieu devant le Jap ou le Tap.¹⁷⁰³ Tout ce que l'on peut observer, c'est

¹⁷⁰¹ V° supra, n°...

¹⁷⁰² P. PONCELA, « Le chantier de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *ibid.*

¹⁷⁰³ La seule indication donnée est celle prévue à l'article D. 49-37 du Code de procédure pénale qui dispose que, « devant le tribunal de l'application des peines, le débat contradictoire prévu par l'article 712-7 commence par le rapport oral exposé par le juge de l'application des peines dont relève le condamné ».

qu'à l'instar de la juridiction de jugement dans l'instance pénale, la juridiction de l'application des peines doit entendre le procureur de la République en ses réquisitions et les observations du condamné, et/ou de son avocat, de sorte que l'on en déduit naturellement au regard des dispositions applicables en droit commun que la juridiction de l'application des peines dispose nécessairement d'un pouvoir de direction des débats. Il est à observer de ce point de vue que le juge dispose en effet dans l'instance en aménagement de peine des mêmes prérogatives que la juridiction de jugement lors de l'audience pénale. Ainsi, le Jap comme le Tap peuvent poser des questions au condamné ou à son avocat, demander des éclaircissements sur tel ou tel point du projet de réinsertion sociale à l'origine de la demande d'aménagement de peine. Comme le rappelle Mme le professeur Herzog-Evans, « *la pratique révèle que nombre de dossiers incontestables sur le plan documentaire peuvent s'effondrer à l'occasion de la « vérité » d'application de la peine révélée lors du débat et que, inversement, d'ailleurs, un dossier moins convaincant finalement emportera l'adhésion grâce à ce débat* ». ¹⁷⁰⁴ Parce que le débat contradictoire est l'occasion pour le juge de faire la lumière sur des éléments que les écritures ne révèlent pas, de préciser des arguments, de vérifier l'état d'esprit du condamné au regard des faits, de ce qu'il a compris ou non de la sanction pénale qui lui est appliquée, de sa position par rapport à la victime, que ce soit sur l'effectivité de son indemnisation comme du respect de sa personne ou de sa sécurité, voire même la façon dont ce dernier se projette dans l'avenir, la présence physique des parties au débat contradictoire est primordiale. Or, les contraintes économiques et sécuritaires liées à l'incarcération du condamné tendent, ces dernières années, à encourager un recours accru à la visioconférence. Ce dispositif nous semble porter gravement atteinte à l'impératif de débat contradictoire en ce qu'elle ne peut que conduire à une déshumanisation de la justice au stade de l'exécution des peines par la distance qu'elle instaure entre le citoyen et son juge. En effet, « *la parole ne dispose pas de la même valeur si elle est prononcée au sein d'une salle d'audience ou dans un bureau face à une caméra ; l'absence physique de l'orateur atténue la force du discours* ». ¹⁷⁰⁵ Peut-être serait-il judicieux, de ce point de vue, de limiter le recours à la visioconférence aux seules hypothèses dans lesquelles l'extraction du condamné présente un risque réel pour la sécurité des personnes. ¹⁷⁰⁶ Pour les autres, nous nous joignons à la proposition formulée par certains auteurs qui proposent d'octroyer des permissions de sortie à ceux qui remplissent bien évidemment les conditions d'octroi d'une telle mesure, en vue de leur permettre d'assister physiquement au débat contradictoire se déroulant devant le Jap ou le Tap,

¹⁷⁰⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 842.201.

¹⁷⁰⁵ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, op. cit., n° 430.

¹⁷⁰⁶ Et bien évidemment aux condamnés terroristes puisque l'article 706-22-1 du Code de procédure pénale centralise dans ce cas l'application des peines à Paris.

l'extraction sous escorte étant réservées alors aux seuls cas dans lesquels le condamné ne remplit pas les conditions nécessaires à l'octroi d'une permission de sortie.

607. – Le rôle des magistrats de la Chap dans la procédure d'appel – En appel, il doit être observé que la dichotomie existant entre les jugements et les ordonnances perdurent puisque seuls les premiers relèvent de la compétence de la Chap statuant « *par arrêt motivé après un débat contradictoire au cours duquel sont entendues les réquisitions du ministère public et les observations de l'avocat du condamné* »¹⁷⁰⁷, que celle-ci siège en formation élargie ou non. La Chap ne dispose pas de pouvoirs d'enquête comme les juridictions de l'application des peines du premier degré, l'article D. 49-42 prévoyant que « *la chambre de l'application des peines de la cour d'appel statue, au vu du dossier, [...]* ». Toutefois, pendant l'instance d'appel, le Jap peut, « *d'office ou à la demande du président de la chambre, communiquer tous renseignements sur la situation du condamné au jour de l'audience d'appel, et notamment sur la validité du projet d'aménagement de la peine* ». ¹⁷⁰⁸ De fait, même si la Chap ne dispose pas à proprement parler de « pouvoirs d'enquête », son président dispose de la faculté d'introduire des éléments nouveaux dans le dossier individuel du condamné afin rendre une décision adaptée à l'évolution de la situation du condamné comme de sa personnalité ; éléments que l'avocat du condamné pourra discuter dans le cadre du débat contradictoire organisé devant la Chap, mais pas le condamné, alors même qu'il est, nous semble-t-il, le mieux placé pour « contredire » les éléments fournis par l'administration pénitentiaire ou les services d'insertion et de probation. En ce sens d'ailleurs, il doit être rappelé que la Chap dispose de la faculté d'entendre le condamné au cours de la phase préparatoire ; comme au stade décisoire d'ailleurs, l'article 712-13 prévoyant que « *le condamné n'est pas entendu par la chambre, sauf si celle-ci en décide autrement* ». Il est particulièrement regrettable que la loi ne prévoit pas, *a minima*, la faculté pour le condamné de demander à être entendu par l'un des magistrats de la Chap si ce dernier l'estime utile en vue de faire entendre sa voix, ses arguments, et peut-être apporter un éclairage supplémentaire sur son état d'esprit. Au stade décisoire, il peut être observé que c'est un « contradictoire allégé » que le législateur a consacré en affirmant, au sein de l'article D. 49-42 que « *la chambre de l'application des peines de la cour d'appel statue, au vu du dossier, à la suite d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil hors la présence du condamné, au cours duquel, après le rapport oral d'un conseiller, le procureur général puis l'avocat du condamné présentent leurs observations* ». Ici aussi, l'évincement du condamné est particulièrement contestable, que celui-ci soit appelant ou intimé d'ailleurs, dès lors que le débat contradictoire ne saurait être réduit à la seule faculté de pouvoir faire entendre sa voix par l'intermédiaire de son représentant.

¹⁷⁰⁷ Art. 712-13 C. proc. pén.

¹⁷⁰⁸ Art. 49-41 C. proc. pén.

Ne serait-il pas utile aux magistrats composant la Chap, et plus encore lorsque celle-ci siège dans sa formation élargie, que de permettre au condamné d'explicitier le contenu de comparaître physiquement devant ses juges afin qu'il puisse s'exprimer, échanger avec ces derniers en vue de les éclairer sur son état d'esprit, le sérieux de son projet, sa motivation à se réinsérer ? Les membres de la Chap, comme le Jap ou le Tap d'ailleurs, sont amenés à statuer sur l'avenir d'un Homme, les conditions de sa réinsertion dans la société. Comment une telle décision peut-elle être prise sans que les magistrats, et les échevins lorsque la Chap siège dans sa formation élargie, ne se trouvent face à la personne dont ils jaugent le projet de réinsertion à l'aune de l'évolution de la personnalité au regard de l'infraction pour laquelle elle a été condamnée. Nous l'avons déjà dit, la pratique démontre que « *nombre de dossiers incontestables sur le plan documentaire peuvent s'effondrer à l'occasion de la « vérité » d'application de la peine révélée lors du débat et que, inversement, d'ailleurs, un dossier moins convaincant finalement emportera l'adhésion grâce à ce débat* ». ¹⁷⁰⁹ Or, l'organisation d'un véritable débat contradictoire s'impose d'autant plus, nous semble-t-il, que l'appel des décisions du Jap ou du Tap a naturellement un effet dévolutif ; le débat contradictoire serait donc l'occasion pour le juge d'appel de faire à son tour la lumière sur des éléments que les écritures ne révèlent pas, de préciser des arguments, de vérifier l'état d'esprit du condamné au regard des faits, de ce qu'il a compris ou non de la sanction pénale qui lui est appliquée, de sa position par rapport à la victime, que ce soit sur l'effectivité de son indemnisation comme du respect de sa personne ou de sa sécurité, ainsi que la manière dont ce dernier se projette dans l'avenir. Dès lors que le condamné est physiquement présent dans le débat contradictoire organisé devant le Jap ou le Tap, l'on peine à comprendre ce qui peut justifier, hormis des motifs économiques, que celui-ci soit écarté du débat organisé devant la Chap. Dans la droite ligne de nos observations, il doit être remarqué que la situation du condamné se dégrade encore davantage dans l'instance en appel contre les ordonnances du Jap. Au stade préparatoire, le président de la Chap, seul compétent, à compter du moment où il reçoit la déclaration d'appel ainsi qu'une copie du dossier individuel du condamné doit attendre l'écoulement d'un délai d'un mois pour statuer. En pratique, cette période est utilisée pour la mise en état du dossier, le président de la Chap étant tenu d'intégrer l'ensemble des pièces et écritures versées par les parties durant l'écoulement de ce délai pour prendre sa décision. ¹⁷¹⁰ Au stade décisoire, la procédure suivie devant le président de la Chap est marquée par une absence de débat contradictoire, ce dernier statuant au vu des seules écritures et pièces transmises par les parties ¹⁷¹¹, ce qui n'est pas soulever une difficulté certaine au regard des pouvoirs étendus dont dispose le président de la Chap. En effet, il peut être constaté que, sur

¹⁷⁰⁹ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, ibid.

¹⁷¹⁰ Cass. crim., 4 avr. 2007 : *JurisData* n° 2007-0038775.

¹⁷¹¹ Cass. crim., 27 mars 2008 : *Dr. pén.* 2008, chron. 3, obs. Garçon.

appel incident du parquet ou sur appel du seul condamné, le président de la Chap dispose de la faculté d'aggraver le sort de ce dernier.¹⁷¹² Au regard des conséquences que l'appel interjeté devant le président de la Chap est donc susceptible d'emporter, l'instauration d'un débat contradictoire nous semble plus que souhaitable.¹⁷¹³

2) Le rôle des juridictions de l'application des peines dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine

608. – Le rôle du juge dans la procédure simplifiée de l'article 723-15 – À l'instar de ce qui peut être observé dans le cadre de la procédure ordinaire d'aménagement de peine, la procédure simplifiée prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale suppose une phase préparatoire durant laquelle le Jap est amené à jouer un rôle actif. À la vérité, il doit être remarqué que le Jap dispose dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale des mêmes pouvoirs d'enquête que ceux dont ils disposent dans la procédure ordinaire, l'article 712-16 ne distinguant pas selon la nature de la procédure d'aménagement de peine suivie. Reste que l'instruction de la demande d'aménagement de peine formulée par le procureur de la République sur le fondement de l'article 723-15 répond à des règles spécifiques imposant au Jap la réalisation de certains actes d'enquête. Le premier d'entre eux réside assurément dans la réalisation d'un entretien avec le condamné en vue de déterminer les modalités d'exécution de la peine les mieux adaptées à la personnalité et à la situation matérielle, familiale et sociale de ce dernier.¹⁷¹⁴ À partir de cet entretien, de celui réalisé par le Spip¹⁷¹⁵, mais également des divers éléments reçus du procureur de la République¹⁷¹⁶, le Jap examine le dossier du condamné et apprécie l'opportunité d'aménager la peine prononcée par la juridiction de jugement. Le rôle du Jap ne se limite pas ici à un simple examen des pièces contenues dans le dossier. À l'instar de ce que nous avons pu observer dans la procédure ordinaire d'aménagement de peine, celui-ci dispose de pouvoirs d'enquête lui donnant la faculté de compléter son information en demandant au Spip la réalisation de tous les actes d'investigation qui lui paraissent nécessaires en vue de rendre une décision d'individualisation de

¹⁷¹² V° not. : Cass. crim., 7 nov. 2007 : *ibid.*

¹⁷¹³ L. MINIATTO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, op. cit., n° 224.

¹⁷¹⁴ Ce délai doit intervenir dans un délai de trente jours à compter de la date à laquelle le parquet a informé le juge de sa volonté de mettre à exécution la peine prononcée par la juridiction de jugement.

¹⁷¹⁵ L'article 723-15 du Code de procédure pénale prévoit en effet que le condamné est convoqué devant le Jap, d'abord, devant le Spip ensuite, soit à l'issue de l'audience correctionnelle par la juridiction de jugement en cas de condamnation d'une personne non incarcérée à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à deux ans ou pour laquelle la peine restant à subir est inférieure ou égale à cette durée, soit par le parquet si la convocation n'a pas eu lieu à l'issue de l'audience correctionnelle, sauf décision contraire du Jap.

¹⁷¹⁶ V° supra, n° ...

la peine. À ce titre, le Jap peut ordonner la réalisation d'une expertise psychiatrique qui n'est nullement obligatoire ici puisque l'article D. 147-15 du Code de procédure pénale dispose que « *les dispositions de l'article 712-21 ne sont pas applicables aux aménagements de peines décidés en application des articles 723-15 et suivants, sauf si le procureur de la République le requiert lorsqu'il saisit le juge de l'application des peines* ». Si le projet d'aménagement de peine est établi à l'issue de l'entretien, et qu'il a l'accord du condamné, le Jap peut ordonner la mesure d'aménagement de peine par voie de jugement, sans qu'il soit procédé à la tenue d'un débat contradictoire, comme le renvoi à l'article 712-6 du Code de procédure pénale pourrait le laisser penser. En revanche, si le condamné refuse l'aménagement de peine proposé, le Jap fixe alors la date de l'incarcération de ce dernier et peut ramener la peine prononcée par la juridiction de jugement à exécution.¹⁷¹⁷

609. – Le rôle du juge dans la procédure simplifiée de l'article 723-19 – Naturellement, le rôle du juge est ici considérablement restreint comparé à celui qu'il tient dans la procédure simplifiée de l'article 723-15 puisque l'instruction des dossiers des condamnés éligibles à une mesure d'aménagement de peine sur le fondement de l'article 723-19 relève du D-Spip. En effet, c'est le D-Spip qui sélectionne les dossiers des condamnés pouvant prétendre au bénéfice de la procédure simplifiée par ce texte, mais c'est également lui qui mène l'enquête en vue d'établir un projet d'individualisation des modalités d'exécution de la peine susceptible d'emporter l'adhésion du parquet qui saisira alors le Jap d'une demande en homologation. Durant toute cette phase, le juge ne joue aucun rôle puisqu'il ne se trouve pas saisi. En effet, dans la procédure prévue à l'article 723-15, le Jap se trouve saisi, soit de manière quasi-automatique par la juridiction de jugement, soit par le procureur de la République, d'une demande d'aménagement de peine. Dans la procédure de l'article 723-19, le juge ne se trouve saisi que d'une demande en homologation du projet établi par le D-Spip, et qui a reçu l'accord du condamné et l'aval du parquet. Le Jap dispose d'un délai de trois semaines pour rendre sa décision, la mesure d'aménagement de peine proposée pour homologation peut être ramenée à exécution sur instruction du procureur de la République une fois ce délai dépassé.¹⁷¹⁸ Naturellement, il ne s'agit nullement d'un délai impératif puisque l'article 723-24 prévoit que le « *directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation peut* » ramener la mesure à exécution, sur instruction du procureur de la République, de sorte que tant que la mesure n'est pas ramenée à exécution, le Jap peut statuer, même si le délai de trois semaines est effectivement dépassé. Ce délai peut être utilisé par le juge pour compléter son information s'il l'estime nécessaire avant de se prononcer sur l'homologation du projet

¹⁷¹⁷ Le Jap se substitue dans ce cas au parquet dans la mise à exécution des peines.

¹⁷¹⁸ Cette décision constitue une mesure d'administration judiciaire qui est donc insusceptible de recours (art. 723-24 C. proc. pén.).

d'aménagement de peine proposé. Il doit être observé en effet que le Jap n'est pas un simple « juge homologuant » se contentant d'acter en quelque sorte les accords conclus entre les parties (parquet/condamné), à l'instar des juridictions de jugement dans l'instance pénale ; il dispose de la faculté d'instruire la demande en homologation comme il instruirait n'importe quelle demande d'aménagement de peine. Ainsi, le Jap peut procéder à l'audition du condamné, le cas échéant en présence de son avocat, mais également à tout acte utile : auditions, expertises, examens, enquêtes, réquisitions sur l'ensemble du territoire national, *etc.* En réalité, ici aussi, le juge dispose de l'ensemble des pouvoirs d'enquête prévus à l'article 712-16 du Code de procédure pénale. La difficulté quant à l'exercice effectif de ces derniers réside dans le délai extrêmement court dans lequel il doit statuer. S'il dépasse le délai de trois semaines pour rendre sa décision, le parquet pourra faire ramener la mesure d'aménagement de peine à exécution sans que le Jap ne puisse s'y opposer. De fait, l'enquête du Jap dans la phase d'homologation ne peut être que sommaire au regard du bref délai qui lui est imparti pour statuer, même si ce dernier n'est finalement qu'incitatif. Si le Jap ne dispose pas toujours du temps suffisant pour procéder à toutes les investigations qu'il souhaiterait réaliser, le peu de complément d'information qu'il parvient parfois à obtenir lui suffit pour prendre sa décision. Ce dernier peut ainsi décider d'homologuer la proposition formulée par le D-Spip ; l'aménagement sera donc octroyé, sans débat contradictoire, par le biais d'une ordonnance d'homologation insusceptible de recours. Le Jap peut encore rendre une décision d'aménagement de peine qui diffère de la proposition qui lui a été soumise par le parquet, soit que le juge substitue à la mesure d'aménagement proposée une autre mesure prévue par l'article 723-19 du Code de procédure pénale, soit qu'il modifie ou complète les obligations et interdictions énumérées à l'article 132-45 du Code pénal et accompagnant la mesure d'aménagement proposée. Bien évidemment, en cas de substitution, le Jap doit avoir obtenu « *l'avis du service pénitentiaire d'insertion et de probation, celui du ministère public et le consentement à la mesure du condamné. Le condamné est informé qu'il peut être assisté par un avocat, choisi par lui ou désigné d'office par le bâtonnier à sa demande, avant de donner son consentement* ». Dans ce cas, l'octroi de la mesure décidée par le Jap se fait par voie d'ordonnance prise sans débat contradictoire, et susceptible de faire l'objet d'un appel de la part du condamné et du parquet un délai de vingt quatre heures à compter de sa notification. Enfin, le Jap peut rendre une ordonnance de refus d'homologation qui sera également susceptible d'un appel.

610. – Le rôle du juge d'appel – Que ce soit dans l'hypothèse d'un recours formé à l'encontre des jugements rendus au terme de la procédure simplifiée à l'article 723-15, ou d'un recours formé à l'encontre des ordonnances prises par le Jap sur le fondement de l'article 723-19, la juridiction de l'application des peines supérieure dispose de nombreuses prérogatives.

Concernant les jugements rendus par le Jap, la procédure est identique à celle suivie pour les autres jugements que ce dernier peut rendre dans le cas de la procédure ordinaire d'aménagement de peine.¹⁷¹⁹ Concernant les ordonnances, la procédure est également identique à celle suivie pour les autres ordonnances prises par le Jap, avec toutefois une différence puisque le président de la Chap se voit reconnaître des pouvoirs étendus lui permettant de substituer à la mesure d'aménagement proposée une des autres mesures prévues par l'article 723-19, ou encore de modifier ou compléter les obligations et interdictions énumérées à l'article 132-45 du Code pénal et accompagnant la mesure. Bien évidemment, le président de la Chap doit recueillir *«préalablement l'avis du service pénitentiaire d'insertion et de probation, celui du ministère public et le consentement à la mesure du condamné. Le condamné est informé qu'il peut être assisté par un avocat, choisi par lui ou désigné d'office par le bâtonnier à sa demande, avant de donner son consentement»*, mais pas lorsqu'il modifie ou complète les modalités d'exécution de la mesure d'aménagement et la liste des obligations et interdictions imposées au condamné. Sur la forme, les procédures suivies en appel étant identiques à celles suivies pour les jugements et ordonnances rendus par le Jap ou le Tap dans les procédures ordinaires d'aménagement de peine, les mêmes critiques et remarques que celles faites précédentes sont parfaitement transposables.¹⁷²⁰ Comme tous les jugements rendus par la Chap et les ordonnances prises par son président, les décisions prises consécutivement à l'appel formé contre les arrêts rendus dans le cadre des procédures simplifiées d'aménagement de peine sont susceptibles d'un pourvoi en cassation, lequel doit être formé dans les cinq jours de la notification de l'arrêt.

611. – En conclusion – La volonté d'étendre l'application du droit commun aux procédures judiciaires d'exécution des peines a conduit le législateur à octroyer aux juridictions de l'application des peines les mêmes prérogatives que celles reconnues au juge d'instruction ou à la juridiction de jugement dans l'instance pénale, leur permettant ainsi d'intervenir activement dans la conduite de l'instance en aménagement de peine, que ce soit dans le cadre d'une procédure ordinaire ou simplifiée d'individualisation des modalités d'exécution de la peine. Que ce soit au sein de la phase préparatoire comme au sein de la phase décisive des procédures d'aménagement de peine, les juridictions de l'application des peines disposent d'un véritable pouvoir d'initiative leur permettant de maîtriser la direction de l'instance, même dans les procédures simplifiées d'aménagement de peine dont le caractère consensuel est portant plus fortement marqué que dans les autres. Ainsi, à l'instar du juge d'instruction, les juridictions de l'application des peines

¹⁷¹⁹ V° supra, n°...

¹⁷²⁰ V° supra, n°...

disposent de prérogatives procédurales leur permettant d'ordonner la réalisation de tous les actes d'investigation qu'elles jugent utiles - auditions, expertises, examens, écoutes téléphoniques, *etc.* - y compris dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale. Au stade décisoire, l'on a pu constater que les juridictions de l'application des peines disposent de prérogatives étendues leur permettant d'écarter, lorsqu'elles le jugent pertinent, le débat contradictoire prévu dans certaines procédures, et peuvent même modifier les décisions qui leur sont soumises pour homologation. Toutefois, les pouvoirs du juge dans la phase d'exécution des peines se trouvent aujourd'hui fortement encadré par la volonté des parties. Il en est ainsi, par exemple, des décisions relatives à l'écartement du débat contradictoire comme à la substitution des mesures soumises à homologation qui se trouvent subordonnées à l'accord des parties. Mais, plus largement, il sera observé que les juridictions de l'application des peines partagent aujourd'hui la direction de l'instance avec les parties, qu'il s'agisse du parquet ou du condamné, tant au stade préparatoire qu'au stade décisoire, de sorte que, malgré leurs pouvoirs importants, celles-ci ne sont plus vraiment maîtres de leur procédure.

B – LE RÔLE DE LA VICTIME SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

612. – La place de la victime dans l'instance en exécution des peines – Plus encore que la place qu'elle occupe dans l'instance pénale, la présence de la victime au stade de l'exécution des peines suscite nombre de commentaires qui révèlent, nous semble-t-il, une certaine crispation du discours doctrinal, ainsi qu'un attachement à des dogmes qu'il conviendrait peut-être de savoir dépasser, ici comme ailleurs, pour s'orienter vers une réflexion emprunte de plus de pragmatisme et de réalisme au regard des attentes sociales contemporaines comme des exigences européennes.¹⁷²¹ En effet, le droit positif intègre manifestement les droits et intérêts de la victime dans « *l'équation décisionnelle* » que les juridictions de l'application des peines ont à résoudre sans toutefois permettre à la victime d'agir devant ces dernières en vue d'en garantir l'effectivité **(1)**. Or, à compter de l'instant où la victime dispose de droits subjectifs au stade de l'exécution des peines, celle-ci doit naturellement disposer de droits procéduraux lui permettant d'en assurer la défense dans l'instance aménagement de peine, toutes les fois que ceux-ci se trouvent mis en balance dans la décision que le juge doit prendre **(2)**.

¹⁷²¹ En ce sens : M. HEROZG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », *ibid.* – R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *ibid.* – M.-J. BOULAY, « La victime et l'exécution des peines », *Bulletin de l'APEV* 2002, 7. – *L'accompagnement de la victime dans la phase d'exécution de la décision*, Rapport CNAV, nov. 2006.

1) *Les incohérences du droit positif quant à la place de la victime dans l'instance en aménagement de peine*

613. – Les droits de la victime au stade de l'exécution des peines. – Qualifiée, à juste titre nous semble-t-il, de « *grande oubliée* »¹⁷²², la victime, incarnation d'une souffrance à réparer, est devenue ces dernières années un acteur incontournable que l'institution judiciaire se doit de considérer¹⁷²³, y compris au stade de l'exécution des peines où « *l'alinéa 2 de l'article 707 commande à l'autorité judiciaire de veiller à l'information et à la garantie des droits des victimes durant la phase d'exécution des peines* ». ¹⁷²⁴ À ce titre, il doit être observé que le Jap peut procéder ou faire procéder sur l'ensemble du territoire national, à des enquêtes portant sur les conséquences des mesures d'individualisation de la peine au regard de la situation de la victime¹⁷²⁵, et avant toute décision, informer cette dernière qu'elle a la possibilité de déposer des observations par écrit. Par ailleurs, toutes les fois qu'un risque existe que le condamné puisse se trouver en présence de la victime ou de la partie civile, la juridiction de l'application des peines lui adresse un avis de l'interdiction qu'elle prononce à l'encontre du condamné de la recevoir, de la rencontrer ou d'entrer en relation avec elle de quelque façon que ce soit, assorti des conséquences de son non respect.¹⁷²⁶ Cette interdiction de rencontrer, recevoir ou entrer en relation avec la victime peut assortir une mesure de suspension et de fractionnement des peines privatives de liberté¹⁷²⁷; de sortie en fin de peine pour le temps des réductions de peine accordées¹⁷²⁸; de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de permission de sortir¹⁷²⁹; de placement sous surveillance électronique mobile¹⁷³⁰; ou encore de libération conditionnelle.¹⁷³¹ D'autres dispositions tendent à garantir l'indemnisation effective de la victime en conditionnant l'octroi ou le maintien de nombreuses mesures d'aménagement de peine à la constatation par la juridiction de l'application des peines des efforts en ce sens fournis par le condamné, ou des efforts que ce dernier devra fournir pour que la mesure d'aménagement

¹⁷²² J.-P. ALLINE, « Les victimes : des oubliées de l'histoire du droit ? », in *Œuvre de justice et victimes*, R. CARIO, D. SALAS (dir.), coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2001, 25.

¹⁷²³ O. S. LIWERANT, « Représentations de la souffrance sur la scène du droit étatique... », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, op. cit., 207.

¹⁷²⁴ P. COUV RAT, « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines », *RSC* 2004, 682. Égal. : A. d'HAUTEVILLE, « Les droits des victimes », *ibid.* – C. COURTIN, « Les droits des victimes », *RPDP* 2001, 171.

¹⁷²⁵ V° not. : art. 712-16 et 720 C. proc. pén.

¹⁷²⁶ V° not. : art. 720 ; 721-2 et D. 49-68 C. proc. pén.

¹⁷²⁷ Art. 720-1 C. proc. pén.

¹⁷²⁸ Art. 721-2 C. proc. pén.

¹⁷²⁹ Art. 723-4 C. proc. pén.

¹⁷³⁰ Art. 720-10 C. proc. pén.

¹⁷³¹ Art. 731 C. proc. pén.

dont il bénéficie soit maintenue.¹⁷³² Si le dispositif actuel reconnaît à la victime toute une série de droits subjectifs - droit à l'information ; droit à l'oubli ; droit à être protégée ; droit à une indemnisation effective - celui-ci délègue curieusement aux juridictions de l'application des peines le soin de veiller à leur mise en œuvre concrète au stade de l'exécution des peines. Si une telle situation ne soulève guère de difficultés en ce qui concerne le droit à l'information ou le droit à l'oubli, puisqu'ils s'imposent comme des « obligations » mises à la charge du juge, elle est en revanche nettement plus contestable en ce qui concerne la mise en œuvre du droit à être protégé ou à bénéficier d'une indemnisation effective en ce que ces derniers apparaissent davantage comme de véritables droits subjectifs susceptibles d'être lésés par le juge ou le condamné. De ce point de vue, il nous semble que la défense des droits subjectifs par leurs titulaires commande assurément d'octroyer à ces deniers l'accès au prétoire, même s'il s'agit de celui des juridictions de l'application des peines. La Cour européenne des droits de l'homme ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle affirme que, si le droit d'accès à un tribunal peut être limité¹⁷³³, « *les limitations appliquées ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». ¹⁷³⁴ Le fait que l'effectivité des droits reconnus par la loi à une catégorie de justiciable déterminée - en l'occurrence les victimes - soit déléguée au bon soin du juge ne peut que créer un sentiment de malaise. Est-ce bien le rôle du juge, *a fortiori* celui des juridictions de l'application des peines, que de veiller à l'effectivité des droits subjectifs reconnus aux victimes dans l'instance en aménagement de peine ? La réponse nous semble devoir être négative, d'une part, parce qu'il ne saurait relever de la fonction du juge de garantir l'effectivité des droits subjectifs octroyés à une catégorie déterminée de justiciables sans que ces derniers ne disposent d'un recours leur permettant de relever les manquements du juge dans l'accomplissement de sa mission, d'autre part, parce qu'il ne peut être question de laisser le soin au juge d'apprécier l'opportunité de mettre en œuvre ou non un droit qui ne lui appartient pas, ce que tend à permettre le droit positif. En effet, concernant le droit à être protégée de la victime, il peut être observé que, si la personne a été condamnée pour l'une des infractions visées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, la mesure d'aménagement de peine doit être, en principe, obligatoirement assortie d'une interdiction faite au condamné de rencontrer, recevoir ou entrer en contact avec sa victime,¹⁷³⁵ mais le droit positif permet aux juridictions de l'application des peines de déroger à cette règle par décision spécialement motivée.

¹⁷³² Pour une présentation détaillée : R. CARIO, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., V° *Victimes*, n° 188.

¹⁷³³ CEDH, 31 juill. 2001, *García Manibardo c/ Espagne* : ibid. – 31 juill. 2001, *Mortier c/ France* : ibid.

¹⁷³⁴ CEDH, 15 janv. 2009, *Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c/ France* : ibid.

¹⁷³⁵ Encore que l'article 712-16-2, alinéa 2, du Code de procédure pénale prévoit.

614. – La reconnaissance d’un droit d’intervention de la partie civile dans l’instance en aménagement de peine – Parce que les juridictions de l’application des peines ne peuvent raisonnablement se voir assigner pour mission de garantir l’effectivité des droits subjectifs reconnus par la loi aux victimes, sans que ces dernières puissent s’assurer effectivement de la prise en compte de leurs droits et intérêts par le juge, le législateur, à l’occasion de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, a reconnu à la victime constituée partie civile dans l’instance pénale la faculté de participer, par l’intermédiaire de son avocat, au débat contradictoire se déroulant devant le Tap ou la Chap élargie statuant sur appel des jugements du Tap en vue d’y faire valoir ses « observations ». La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 est venue supprimer cette faculté à la partie civile dans l’instance pénale des articles 712-7 et 712-13 du Code de procédure pénale tout en prévoyant au sein de l’article 730 du même Code que « *pour les demandes de libération conditionnelle concernant des personnes condamnées à une peine d’emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans ou à une peine de réclusion, l’avocat de la partie civile peut, s’il en fait la demande, assister au débat contradictoire devant le juge de l’application des peines, le tribunal de l’application des peines ou la chambre de l’application des peines de la cour d’appel statuant en appel pour y faire valoir ses observations, avant les réquisitions du ministère public.* ». Procédant donc à la fois à un rétrécissement et à un élargissement des droits de la partie civile dans l’instance en aménagement de peine, le décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 est venu rétablir la faculté reconnue à l’avocat de la partie civile de participer au débat contradictoire devant le Tap ou la Chap, même lorsqu’ils statuent sur une suspension médicale de peine ou un relèvement de la période de sûreté¹⁷³⁶, pour y faire valoir ou déposer par écrit ses observations. De fait, les évolutions les plus récentes montrent bien que le droit positif s’oriente doucement mais sûrement mais une intervention accrue de la partie civile dans l’instance en aménagement de peine puisque la lecture conjuguée des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 et du décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 tendent à permettre à cette dernière d’intervenir devant le Jap, le Tap et la Chap, pour les causes et les mesures visées par ces textes. Alors certes, il nous sera opposé le fait que la partie civile ne dispose pas d’un droit général d’intervention dans l’instance en aménagement de peine. Cela est vrai. Néanmoins, l’on voit bien que depuis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, les interventions du législateur tendent toutes à accroître de façon exponentielle les droits procéduraux de la partie civile dans l’instance en aménagement de peine, voir plus largement des victimes car, même s’il a été supprimé depuis, l’instauration du Judevi par le décret n° 2007-1605

¹⁷³⁶ Art. D. 49-74 C. proc. pén.

du 13 novembre 2007 avait pour principal effet d'octroyer un droit d'action indirect à la victime devant les juridictions de l'application des peines.¹⁷³⁷

615. – Des droits procéduraux inadaptés et insuffisants – En l'état actuel du droit positif, nous comprenons parfaitement les oppositions, voir les crispations, que l'introduction progressivement de la victime comme « future » partie à l'instance en aménagement de peine provoque. Loin d'être satisfaisant, le dispositif actuel est incohérent, inadapté, et dangereux. Incohérent tout d'abord en ce qu'il octroi des droits subjectifs à la victime au stade de l'exécution des peines sans lui accorder le bénéfice de droits procéduraux ou processuels lui permettant de les faire valoir ou de les défendre devant les juridictions de l'application des peines, dans des conditions qui soient acceptables au regard des dispositions de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou octroie des droits procéduraux ou processuels à la seule « partie civile », qui soit-dit en passant n'existe plus au stade exécutoire, alors que par définition les droits subjectifs consacrés au livre V du Code de procédure pénale appartiennent aux « victimes ». Inadapté en ce que, tout en refusant de faire de la victime une partie à l'instance en aménagement de peine, il n'hésite pas à lui octroyer des prérogatives procédurales toujours plus étendues, et souvent sans lien direct avec les droits subjectifs dont elle dispose au stade de l'exécution des peines, de sorte qu'elle peut finalement intervenir là où elle ne devrait pas - et sur un fondement erroné en plus puisqu'en visant la « partie civile », le législateur a l'air de considérer que celle-ci prolonge l'exercice de son action civile au stade de l'exécution des peines - et dans le même temps, se voit privée d'intervenir là où elle devrait pouvoir le faire. Dangereux enfin, en ce qu'en permettant à la victime, *via* son avocat, de faire valoir, non pas ses droits, mais ses « observations » devant les juridictions de l'application des peines, le droit positif lui offre finalement la faculté de s'exprimer sur l'opportunité de l'aménagement de peine. L'intervention de la victime, telle qu'elle est prévue aujourd'hui dans le Code de procédure pénale ne présente que des inconvénients et brouille la lisibilité du système. Voilà pourquoi, il nous semble qu'une réforme s'impose en vue donner à la victime la légitime place qui est la sienne au stade de l'exécution des peines, ce qui permettra de circonscrire les dérives du dispositif actuel.¹⁷³⁸

¹⁷³⁷ V° supra, n°...

¹⁷³⁸ En ce sens : M. TINEL, « Réflexions sur les apports d'une codification du droit de l'exécution des peines », *ibid.*

2) *La légitime consécration de la victime en tant que « partie » à l'instance en aménagement de peine*

616. – Une conséquence logique du droit d'action que nous proposons de lui octroyer –

Nous l'avons déjà évoqué, l'instance en exécution des peines ne constitue pas pour nous la poursuite du « procès pénal », mais un nouveau « procès » disposant d'un objet procédural propre, au sein duquel la victime - et non la seule partie civile – se voit octroyer des droits : droit à être informé, droit à être effectivement indemnisée, droit à être protégée. Parce que ces droits n'ont aucun lien avec son statut antérieure de partie civile dans le procès pénal, pas même le droit à être effectivement indemnisé dès lors que la victime a pu obtenir son indemnisation par le biais d'une action en responsabilité civile intentée devant la juridiction civile, il faut bien convenir que ce sont des droits propres qui naissent avec l'introduction de l'instance en exécution des peines par le Jap, le parquet ou le condamné. De ce point de vue, nous l'avons écrit, la victime doit pouvoir intervenir, si elle le souhaite, devant le Jap ou le Tap, non plus pour y faire valoir ses « observations », cela revient à autoriser la victime à se prononcer sur l'opportunité même de l'aménagement de peine, ce qui n'est ni son rôle ni souhaitable, mais pour y faire valoir ses droits. De la même manière, la victime doit pouvoir saisir le Jap ou le Tap, de ce que l'on pourrait appeler, un « incident d'exécution de la mesure d'aménagement de peine », dès lors que le condamné a manqué, non pas à ses obligations générales, mais aux obligations particulières qu'il a à l'égard de la victime. Aux juridictions de l'application des peines d'apprécier s'il convient, selon la gravité du manquement, de modifier les obligations entourant cette mesure, de la retirer ou encore de la révoquer. Sur ce point, nous tenons à rappeler d'ailleurs que, dans la perspective d'une réforme, la notion « d'intérêt » doit être supprimée du livre V du Code de procédure pénale en ce qui concerne la victime. Si elle a son utilité et sa justification dans l'instance répressive¹⁷³⁹, elle n'en a aucune au stade de l'exécution des peines. Voilà, pour rappel, les principales raisons qui nous ont conduit, précédemment, à soutenir l'idée qu'il faut octroyer aux victimes un droit d'action leur permettant d'initier une instance en aménagement de peine, dont l'objet procédural serait limitée à la stricte défense des droits subjectifs attribués à la victime par la loi, et non à la défense de ses « intérêts ». Conséquence logique de cette affirmation, il faut octroyer des droits processuels permettant à la victime d'intervenir sur le déroulement de l'instance en vue de lui permettre de soutenir sa demande tout au long de la procédure.

¹⁷³⁹ V° supra, n°...

617. – Une conséquence de l'intervention volontaire de la victime – Dès lors que l'on affirme que la victime doit pouvoir accéder au prétoire au stade de l'exécution des peines en vue d'y faire valoir ses droits, il convient naturellement, aux côtés du droit d'action que nous proposons d'introduire, de consacrer à son profit, la faculté d'intervenir volontairement dans l'instance en aménagement de peine, devant le Jap, le Tap, la Chap, ou même, en cas de pourvoi, devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.¹⁷⁴⁰ En effet, si la victime n'est pas « partie principale » à la procédure d'aménagement de peine qui n'intéresse au premier plan que le parquet et le condamné, l'intégration de ses droits à l'équation décisionnelle que les juridictions de l'application des peines doivent résoudre fait que celle-ci se trouve *de facto* intéressée à la procédure. Voilà pourquoi il nous semble qu'au côté du droit d'action, qui permettra à la victime de réagir en cas de manquement du condamné dans le respect des obligations particulières qu'il a envers cette dernière, celle-ci doit pouvoir intervenir dans l'instance en aménagement de peine, dès le début du processus d'individualisation des modalités d'exécution de la peine en vue d'y faire valoir ses droits. Naturellement, seules les victimes ayant émis le souhait d'être informée¹⁷⁴¹ pourront intervenir volontairement dans l'instance en aménagement de peine. Dans quel délai l'intervention volontaire de la victime sera possible ? À compter de l'instant où elle a été informée, celle-ci devra bien évidemment intervenir dans l'instance en aménagement de peine avant l'écoulement d'un délai de forclusion - déterminé par le législateur - en vue d'éviter les interventions intempestives ou dilatoires. La proposition que nous formulons ici n'a rien de choquant ni de révolutionnaire dans la mesure où l'intervention volontaire de la victime dans l'instance en aménagement de peine est déjà présente d'une certaine manière en droit positif. En effet, non seulement la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 prévoit que, pour les demandes de libération conditionnelle concernant des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans ou à une peine de réclusion, l'avocat de la partie civile peut, s'il en fait la demande, assister au débat contradictoire devant le Jap, le Tap ou la Chap statuant en appel pour y faire valoir ses observations, avant les réquisitions du procureur de la République, mais encore le décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 a-t-il réintroduit la faculté pour l'avocat de la partie civile d'assister au débat contradictoire, et de présenter ses observations, devant le Tap et la Chap concernant une demande de relèvement de la période de sûreté ou de suspension de peine pour raison médicale qui ne relève pas de la compétence du Jap. En permettant à l'avocat de la partie civile de faire ses observations devant le Jap, le Tap ou la Chap, le droit positif permet à l'évidence à la seule victime constituée partie civile de défendre ses « droits » et ses « intérêts »

¹⁷⁴⁰ Sur la notion d'intervention volontaire : S. GUINCHARD, C. CHANAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 1321.

¹⁷⁴¹ Art. D. 49-65-1 et suivants C. proc. pén.

devant les juridictions de l'application des peines. Or, il nous semble de ce point de vue que la réforme proposée ici, et vers laquelle le droit positif semble se diriger lentement, aurait le mérite de clarifier la situation en supprimant la référence à la « partie civile », et en offrant la faculté à toute victime d'infraction pénale qui a émis le souhait d'être informée des modifications affectant la peine prononcée par la juridiction de jugement au stade de son exécution d'intervenir dans l'instance, précisément parce que les droits subjectifs consacrés au sein du livre V du Code de procédure pénale ne concernent pas seulement la « partie civile », mais l'ensemble des victimes d'infractions pénales.

618. – Des droits procéduraux et processuels limités à la défense de ses droits – La volonté d'appliquer le droit commun aux procédures judiciaires d'application des peines a conduit, nous l'avons dit, le législateur à étendre les droits de la défense du mis en cause au condamné, le principe de l'égalité des armes tiré des dispositions de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg imposerait donc d'aligner les droits processuels de ce dernier à ceux de la victime agissant par voie d'action ou par voie d'intervention dans l'instance en aménagement de peine, ce qui emporterait comme conséquence de faire bénéficier la victime, au stade préparatoire ou au stade décisoire, des mêmes droits processuels que le condamné dans la maîtrise de l'instance comme dans la maîtrise de la matière litigieuse.¹⁷⁴² Cette solution doit être absolument évitée en ce qu'elle ferait de la victime un « acteur de l'aménagement de peine », ce qu'elle ne peut, et ne doit pas, être. Si nous défendons l'idée que la victime doit être « partie » à l'instance en aménagement de peine, c'est uniquement pour lui permettre d'y faire valoir ses droits, et assurer leur mise en œuvre effective conformément aux canons du procès équitable, certainement pas pour d'elle un concurrent du parquet dans l'appréciation de l'opportunité d'aménager la peine prononcée par la juridiction de jugement. Voilà pourquoi, il est impossible de calquer les droits processuels du condamné sur ceux de la victime, ce que ne commande pas d'ailleurs le principe d'égalité des armes. Il conviendrait, au stade préparatoire, d'autoriser la victime à demander au Jap de procéder ou faire procéder à tous les actes d'enquête permettant d'éclairer la juridiction de l'application des peines sur l'état d'esprit du condamné par rapport à sa situation, que ce soit sur l'effectivité de son indemnisation comme le respect de sa personne ou de sa sécurité. Naturellement, en cas de manquement du condamné à ses obligations, la victime devrait bénéficier du principe de liberté de la preuve appliqué dans le droit commun de la procédure pénale en vue d'alléguer les faits dont elle pourrait alors saisir le Jap ou le Tap. Au stade décisoire, s'il va de soi, nous semble-t-il, que la victime doit pouvoir

¹⁷⁴² V° supra, n° ...

défendre sa prétention devant la juridiction de l'application des peines, ce qui implique qu'elle doit être physiquement présente au débat contradictoire, du moins lorsque la loi organise un tel débat. *Quid* des hypothèses dans lesquelles la tenue d'un débat contradictoire relève de la volonté des parties ? Nous avons en effet pu constater que le débat contradictoire peut être écarté lorsque les parties sont d'accord quant à la nature et au contenu de l'aménagement de peine que le juge entend prononcer, ou lorsque les parties n'en font pas la demande.¹⁷⁴³ Il est évident que la solution consiste, pour le coup, à octroyer à la victime les mêmes prérogatives que celles reconnues au condamné. *Quid* de l'hypothèse des procédures simplifiées d'aménagement de peine ? Les observations de la victimes pourraient être recueillies par le Jap ou un travailleur social du Spip lors de la phase préparatoire de l'article 723-15 du Code de procédure pénale ; par le D-Spip ou un travailleur social mandaté par ce dernier dans la phase préparatoire de l'article 723-19 du même Code. Concernant les voies de recours, il nous semble que la victime doit pouvoir interjeter appel et se pourvoir en cassation à l'encontre des décisions rendues par les juridictions de l'application des peines, dès lors que celles-ci ne respectent pas ses droits légalement consacrés. La victime doit pouvoir saisir la Chap ou son seul président dans le cas des ordonnances du Jap, dès lors que les décisions prises par le Jap ou le Tap ne lui paraissent pas conformes à ses droits. De la même manière elle doit pouvoir former un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de la Chap, dès lors que celui-ci porte atteinte à ses droits légalement consacrés. L'appel comme le pourvoir en cassation ne soulève aucune difficulté dès lors que l'exercice du premier comme du second se trouve strictement limité au respect des droits de la victime, ce qui sera nécessairement le cas dès lors que la notion « d'intérêt » aura été supprimé du livre V du Code de procédure pénale, pour ne laisser subsister que celle de « droit ».

619. – En conclusion – Nous souscrivons pleinement à l'idée selon laquelle « *il n'est pas extraordinaire de penser que [la victime] peut être partie à la procédure, ni qu'elle peut souhaiter vivre en sécurité et en paix. [...] Si les requêtes des victimes sont infondées et dilatoires, que les juridictions de l'application des peines les déclarent irrecevables ou infondées. Affrontons une fois pour toutes ces démons fantasmatiques : le Jap est un magistrat comme un autre apte à prendre en compte des éléments et intérêts divers, qui ne cessera pas de prononcer des aménagements de peine au motif que l'on aura enfin le respect processuel qui s'impose à l'égard des victimes.* ».¹⁷⁴⁴ L'urgence d'une réforme de fond s'impose, nous semble-t-il, dès lors que l'on voit bien que le droit positif tend progressivement à ouvrir les portes du « procès en application des peines » à la victime, mais sans pour autant faire de cette dernière une « partie » à l'instance. Cette situation n'est à l'évidence pas conforme aux canons du modèle de procès équitable consacré au

¹⁷⁴³ V° supra, n°...

¹⁷⁴⁴ M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines : en finir avec le déni et l'idéologie », *ibid.*

plan européen. Dès lors que la loi consacre des droits subjectifs au profit des victimes, il n'est ni acceptable ni admissible qu'elle délègue dans le même temps la mise en œuvre effective de ceux-ci au juge, et non à leur titulaire légitime. Pis encore, non seulement le droit positif n'offre pas toujours à la victime la faculté de faire valoir ses droits dans l'instance en aménagement de peine, mais encore lui permet-il de se comporter en « acteur de l'aménagement de peine » en lui offrant la faculté de présenter des « observations » devant les juridictions de l'application des peines. Il n'est pas question pour nous de soutenir l'idée que la victime devrait pouvoir se prononcer sur l'opportunité ou non d'aménagement la peine prononcée par la juridiction de jugement, mais simplement de lui permettre de maîtriser la conduite de l'instance et de maîtriser la matière litigieuse aux côtés du parquet et du condamné, dans la limite de la défense des droits subjectifs que la loi lui octroie au stade de l'exécution des peines.

620. – Conclusion du paragraphe 2 – L'avènement progressif de la victime comme « partie » à l'instance en aménagement de peine témoigne de l'ascension de ses intérêts privés dans l'équation décisionnelle que les juridictions de l'application des peines ont à résoudre au stade de l'individualisation des modalités d'exécution de la peine. Bien que les juridictions de l'application des peines disposent d'un véritable pouvoir d'initiative leur permettant de maîtriser la direction de l'instance, celui-ci risque à l'avenir d'être concurrencé dans une forte proportion par les droits processuels que le législateur octroie progressivement à la victime dans la phase d'exécution des peines. Cette évolution est déjà perceptible, comme en témoigne l'augmentation substantielle des prérogatives de la victime par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 et le décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010. Si les juridictions de l'application des peines disposent de prérogatives procédurales leur permettant d'ordonner la réalisation de tous les actes d'investigation qu'elles jugent utiles - auditions, expertises, examens, écoutes téléphoniques, *etc.* - au stade préparatoire, y compris dans la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-15 du Code de procédure pénale ; l'ascension progressive de la victime comme « partie » à l'instance en aménagement de peine indique que, dans un avenir que l'on sent de plus en plus proche, celle-ci devant disposer, à court ou moyen terme, de droits processuels lui permettant, non seulement de maîtriser la matière litigieuse dans la limite de la défense de ses droits, mais encore de concurrencer le juge comme les parties dans la maîtrise de la direction de l'instance. Cette évolution, déjà amorcée par le droit positif, confirme qu'au stade préparatoire comme au stade décisoire, les juridictions de l'application des peines ne sont plus maîtresses de leur procédure.

621. – Conclusion de la section 2 – L'émergence du principe d'initiative et du principe dispositif dans l'instance en aménagement de peine se manifeste par la montée des droits des parties, ainsi que de la victime, dans la maîtrise de la direction de l'instance et la maîtrise de la matière litigieuse. Traditionnellement en matière pénale, la direction de l'instance appartient au juge, qui est en principe maître de sa procédure. Au stade de l'exécution des peines, ce constat se trouve bien évidemment renforcé par le fait que, historiquement, le Jap apparaît comme la figure centrale de la phase exécutoire, le pivot de l'application des peines. Or, sous l'effet conjugué de la privatisation de l'objet procédural de l'instance en aménagement de peine et de l'influence prégnante du modèle de procès équitable consacré à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juridictions de l'application des peines se trouvent aujourd'hui concurrencées dans une forte proportion par les parties dans la direction de l'instance, du moins dans les procédures ordinaires d'aménagement de peine où le juge n'apparaît plus réellement comme la figure centrale du « procès en application des peines », contrairement à la procédures simplifiées prévues à l'article 723-15 du Code de procédure pénale. L'on voit bien que, progressivement, le modèle procédural civil, caractérisé par l'idée du « duel judiciaire » tend à s'imposer aussi au stade de l'exécution des peines, et les évolutions les plus récentes du droit positif tendent à confirmer cette analyse ; qu'il s'agisse de l'attribution annoncée du statut de « partie » à la victime ou de la suppression prochaine du droit d'auto-saisine ou de saisine du Tap reconnu au Jap. La physionomie du contentieux relatif aux aménagements de peine tend à se calquer, lentement mais sûrement, sur le canevas procédural civil : à savoir que le parquet, le condamné, la victime disposeront de la maîtrise de la direction de l'instance comme de la maîtrise de la matière litigieuse. Est-ce à dire pour autant que les juridictions de l'application des peines sont condamnées à devenir des « juges arbitres » chargées de veiller au bon déroulement du duel judiciaire se déroulant entre les parties ? Assurément pas, les juridictions de l'application des peines conserveront la maîtrise de la direction de l'instance, mais seront nécessairement plus fortement concurrencées qu'aujourd'hui par les parties. *Quid* de la maîtrise de la matière litigieuse ? Il est évident que la suppression du pouvoir de saisine d'office ou de saisine du Tap par le Jap aura pour effet d'interdire au juge de délimiter des éléments du litige, ceux-ci étant définis par les demandes initiales des parties. Au regard de ces éléments, ne pouvons-nous point dire que cette évolution ne serait finalement que la manifestation du principe de coopération efficiente du juge et des parties dans l'élaboration de la décision de justice ? Dans une certaine mesure, la réponse peut être positive, mais dans une certaine mesure seulement. Si les principes issus du modèle universel de procès équitable emportent effectivement au plan pénal un rééquilibrage des prérogatives du juge et des parties dans la direction de l'instance au profit de ces

dernières, ils n'imposent pas toutefois l'application du principe dispositif que l'on voit poindre aujourd'hui en procédure pénale, et qui confère aux parties, un pouvoir d'impulsion et d'initiative.¹⁷⁴⁵

¹⁷⁴⁵ Ce que rappelle notamment la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 3 févr. 2009, *Poelmans c/ Belgique* : *ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

622. – L’ascension des parties privées dans la direction de l’instance ou l’émergence du principe d’initiative confirmée dans les procédures ordinaires d’aménagement de peine –

La répartition des rôles processuels en matière pénale est simple : le parquet a la maîtrise de la matière litigieuse tandis que le juge a la maîtrise de la direction de l’instance. Au même titre que ce schéma est dépassé dans l’instance pénale, il est également dépassé dans l’instance en aménagement de peine. L’ascension des intérêts privés du condamné et de la victime conduit à une reconfiguration des rôles processuels du juge et des parties qui n’est pas sans rappeler la physionomie du procès civil. L’impulsion de l’instance en aménagement de peine n’appartient plus seulement au parquet, ni même au Jap qui dispose, pour l’heure encore, d’une faculté de se saisir d’office ou de saisir le Tap, mais d’ores et déjà au condamné, et dans un avenir que l’on sent de plus en plus proche, à la victime. Que ce soit au stade du déclenchement de l’instance ordinaire d’aménagement de peine - du moins dans les procédures gouvernées par des considérations d’application des peines centrées sur l’individualisation et la réinsertion sociale - comme lors de son déroulement, le condamné dispose de droits procéduraux lui permettant de participer à la direction de l’instance. Non seulement il dispose de la faculté d’introduire l’instance en formulant auprès du Jap ou du Tap une demande d’octroi ou de modification d’aménagement de peine à laquelle ces derniers sont tenus de répondre, mais encore peut-il soutenir sa demande tout au long de la procédure en exerçant les droits procéduraux dont il dispose en tant que mis en cause dans l’instance pénale. Résultat de la volonté du législateur de soumettre les procédures judiciaires d’exécution des peines au droit commun, l’égalisation partielle des droits du mis en cause et de ceux du condamné témoigne de la montée des intérêts privés dans l’équation décisionnelle que les juridictions de l’application des peines ont à résoudre, et par voie de conséquence, de l’extension des droits procéduraux dont ce dernier dispose dans l’instance pénale au stade de l’exécution des peines. Dans la droite ligne de ce constat, il peut être observé que le droit positif tend à faire de la partie civile une « partie » au contentieux de l’exécution des peines. Cette avancée du droit de l’exécution des peines est, non seulement d’ores et déjà amorcée, mais également inévitable au regard de la non-conformité manifeste du dispositif actuel aux principes universels du modèle de procès équitable consacré au plan européen. Attribuer le statut de « partie » aux victimes, et non à la seule victime constituée partie civile, c’est leur permettre d’agir, par voie d’action ou d’intervention, devant les juridictions de l’application des peines, pour y faire les droits subjectifs que le livre V du Code de procédure pénale leur octroie au stade de l’exécution des peines, et non leurs intérêts.

623. – L’ascension des parties privées dans la maîtrise de la matière litigieuse ou l’émergence du principe dispositif avérée dans les procédures ordinaires d’aménagement de peine – La détermination des éléments du litige dont le juge se trouve saisi relève d’ordinaire du parquet qui est en principe systématiquement demandeur à l’instance dans le « procès pénal ». Au stade de l’exécution des peines, si ce principe est déjà malmené par le fait que le Jap, prérogative surprenante en matière pénale, mais pas admise en procédure civile, dispose de la faculté de se saisir d’office pour les décisions relevant de sa compétence ou de saisir le Tap pour celles relevant de la compétence exclusive de cette juridiction, il l’est également par le fait que le condamné dispose d’un droit d’action lui permettant de saisir les juridictions de l’application des peines d’une demande qui, par son objet et sa cause, comporte les éléments d’un éventuel litige. En effet, l’aménagement de peine ne s’inscrit pas nécessairement dans le cadre d’une procédure contentieuse, mais peut également être prononcé ou modifier dans le cadre d’une procédure gracieuse, comme nous l’avons démontré. Dès lors que le parquet ne s’oppose pas à la demande d’aménagement de peine ou de modification d’une telle mesure formulée par le condamné, il n’y a pas de litige, pas de contentieux. Il n’y aura litige qu’en cas d’élévation du contentieux au cours de la procédure, ou, en ce qui concerne l’hypothèse des procédures simplifiées d’aménagement de peine, par l’appel de l’une des parties. De fait, le condamné dispose de la faculté, en impulsant l’instance en aménagement de peine, de formuler une demande qui, en fournissant la matière du procès, fixe le cadre litigieux de l’instance et borne *ipso facto* l’étendue de la saisine des juridictions de l’application des peines, à l’instar du parquet, du juge dans l’exercice de son pouvoir de saisine d’office ou de saisine du Tap, voir, demain, de la victime. En effet, la consécration prochaine de son statut de « partie » la conduira de fait à saisir le juge de demandes relatives à la mise en œuvre effective des droits subjectifs que la loi lui octroie. Dans ce cas, elle fournira alors la matière du procès, fixera le cadre litigieux de l’instance, et bornera l’étendue de la saisine des juridictions de l’application des peines. Cette évolution nous semble déjà amorcée puisque la loi prévoit que l’avocat de la partie civile peut, lorsque cela lui est permis, faire valoir ses « observations » devant le Jap, le Tap ou la Chap. Par ailleurs, il doit être observé que l’intervention de l’avocat de la partie civile est susceptible de modifier la matière litigieuse si ce dernier apporte des faits nouveaux lors du débat contradictoire, mais surtout, que la victime peut être indirectement à l’origine d’une instance en aménagement de peine puisque le législateur lui permet de signaler au Jap ou au procureur de la République, notamment, tout manquement du condamné dans le respect de ces obligations particulières vis à vis de cette dernière. De fait, la victime se trouve d’ores et déjà à l’origine d’une instance en modification, retrait ou révocation d’une mesure d’aménagement de peine dont elle aura, par son signalement, fixé le cadre litigieux

CHAPITRE 2. – LE RÔLE PASSIF DU CONDAMNÉ DANS L’INSTANCE EN PLACEMENT SOUS MESURE DE CONTRÔLE SOCIAL

624. – Le contrôle social réfractaire à l’ascension des intérêts privés – L’étude des évolutions les plus récentes du droit positif *post-sentenciel* met en exergue un bouleversement de la distinction classiquement opérée entre les peines, qui ont en principe pour finalité la punition du coupable, et les mesures de sûreté, qui tendent à éviter le renouvellement de l’infraction en soumettant le délinquant à des obligations particulières ayant pour effet de faire disparaître les conditions propices à l’acte délictueux. Les réformes intervenues ces dernières années témoignent d’un rapprochement des deux outils, comme l’illustre l’apparition de peines poursuivant une finalité préventive, et de mesures de sûreté à forte coloration répressive¹⁷⁴⁶ qui prolongent les effets de la peine au-delà de son exécution, entraînant par voie de conséquence l’apparition d’un nouveau contentieux. En procédant à une gradation des mesures de contrôle social exercées sur les personnes jugées dangereuses après leur libération¹⁷⁴⁷, les lois n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 et n° 2008-174 du 25 février 2008 ont institué des mécanismes ayant vocation à protéger la société, c’est l’intérêt général qui prédomine dans l’équation décisionnelle que les juridictions judiciaires ont à résoudre, que ce soit à propos de la mesure de surveillance judiciaire (**section 1**) que celle de rétention de sûreté ou de surveillance de sûreté (**section 2**).¹⁷⁴⁸

SECTION 1. - LA PRÉÉMINENCE DE L’INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L’INSTANCE EN PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE JUDICIAIRE

625. – L’accentuation du contrôle social sur les criminels jugés dangereux par l’instauration de la surveillance judiciaire – Cette mesure de sûreté, introduite par la loi n° 2005-1549 du 24 novembre 2005, se présente comme un dispositif de lutte contre la récidive qui a pour « *objet de ne pas laisser un condamné sans surveillance à l’issue de sa privation de liberté, en accompagnant sa remise en liberté de diverses obligations et de mesures de contrôle destinées à prévenir le risque de*

¹⁷⁴⁶ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 69. – J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., n° 566.

¹⁷⁴⁷ J.-H. ROBERT, « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *Dr. pén.* 2005, étude n° 2. – M. HERZOG-EVANS, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi du 12 décembre 2005 », *D.* 2005, I, 182. – *ibid.*, « La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJ pénal* 2008, 161. – J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, I, 1000.

¹⁷⁴⁸ Il convient toutefois d’observer que dans ses conclusions, la conférence de consensus propose de supprimer la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté, mais de maintenir la surveillance judiciaire en en redéfinissant le périmètre (recommandation n°10). V° sur ce point, E. BONIS-GARÇON, « Vers un droit pénal raisonné ? . - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », op. cit., n° 4.

récidive d'une nouvelle commission d'infractions». ¹⁷⁴⁹ Si l'on comprend aisément le souhait de la société de se protéger des individus présentant un degré de dangerosité qui rend le risque d'une récidive élevé, il convient toutefois d'admettre que l'introduction de mesures de contrôle social présentant une coloration répressive évidente pose la question du risque que ce contrôle social prolongé fait peser sur les libertés publiques. ¹⁷⁵⁰ Parce que la préservation de l'intérêt général prime ici dans la balance des intérêts en présence dans l'équation décisionnelle que les juridictions de l'application des peines ont à résoudre, la physionomie classique du « procès pénal », dépassée dans l'instance pénale comme dans l'instance en aménagement de peine, ressuscite puisque ce sont les autorités judiciaires qui apparaissent ici comme la figure centrale de l'instance en placement sous mesure de surveillance judiciaire (§.1). L'intérêt général prédominant dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance en placement sous mesure de surveillance judiciaire, le condamné voit naturellement ses droits et garanties limités au strict respect des principes du procès équitable consacrés à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (§.2).

§.1 - LE RÔLE PRÉGNANT DES AUTORITÉS JUDICIAIRES

626. – L'extension du champ d'intervention des autorités judiciaires au-delà de l'exécution de la peine – La surveillance judiciaire permet de placer un condamné sous contrôle, après son élargissement, pour une durée égale soit aux crédits de réduction de peine, soit aux réductions supplémentaires de peine, qui lui ont été accordées durant sa détention et ne lui ont pas été retirées. Si elle était à l'origine calquée sur le suivi socio-judiciaire dont elle constituait un ersatz, la surveillance judiciaire est devenue, au fil des nombreuses réformes dont elle a fait l'objet depuis sa création en 2005, un mécanisme autonome de contrôle social flanqué d'un arsenal de mesures de sûreté visant à lutter contre la réitération d'infractions particulièrement graves. Dans un souci évident d'efficacité, le législateur fait des autorités judiciaires la figure centrale de l'instance en placement sous surveillance judiciaire, que ce soit au stade de son déclenchement **(A)** comme au stade de son prononcé et de son exécution **(B)**.

¹⁷⁴⁹ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 1402. V° not. : Art. 723-29 C. proc. pén. en vertu duquel « lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait ».

¹⁷⁵⁰ V. VERNY, « Des surveillances nouvelles en droit pénal », in *Le Droit et les droits. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, op. cit., 1141.

A – LE PARTAGE DU DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE ENTRE LE PARQUET ET LE JUGE

627. – Le rôle concurrent du Jap et du parquet dans la mise en œuvre de la procédure menant au prononcé d'une surveillance judiciaire – Comme en témoigne les dispositions des articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale, le Jap et le procureur de la République se voient attribuer des prérogatives identiques au stade du déclenchement de l'instance en placement sous surveillance judiciaire qui apparaît d'ailleurs comme un mécanisme dont la mise en œuvre s'impose, de manière automatique, aux autorités judiciaires dès lors que le condamné remplit les conditions posées à l'article 723-29, et que l'évaluation de son degré de dangerosité confirme le caractère avéré du risque de récidive. Seul le souci de garantir l'efficacité du dispositif permet d'expliquer, nous semble-t-il, que le juge (2) se voit octroyer des prérogatives identiques à celles du procureur de la République dans la défense de l'intérêt général (1).

1) Le rôle concurrent du Jap et du parquet au stade préparatoire au déclenchement de l'instance

628. – L'appréciation de l'opportunité du placement sous surveillance judiciaire par les autorités judiciaires. – Parce qu'il est le représentant de la société, le procureur de la République est naturellement intéressé au premier plan par la protection du corps social des condamnés qui, à l'issue de l'exécution de leur peine, présentent un risque de récidive important. Il est somme tout logique que le législateur lui octroie, sur le fondement de l'article 723-29 du Code de procédure pénale, la faculté de saisir la juridiction compétente d'une demande tendant au prononcé d'une mesure de surveillance judiciaire. En pratique, la procédure suivie au stade préparatoire au déclenchement de l'instance en placement sous mesure de surveillance judiciaire est réglementée par les articles D. 147-32 et suivants du Code de procédure pénale. Selon ces textes, au début de chaque mois, le greffe de l'établissement pénitentiaire transmet au procureur de la République la copie de la fiche pénale des personnes condamnées à une peine privative de liberté supérieure ou égale à sept ans, ou, si la personne a été condamnée pour des faits commis en récidive, à cinq ans, et dont la libération doit intervenir entre le sixième et le douzième mois qui suit, aux fins d'un éventuel placement sous surveillance judiciaire, et copie de cette transmission est en principe adressée pour information au Jap. S'il s'agit d'un condamné dont la libération conditionnelle a été révoquée, notamment en cas de révocation partielle, et dans les cas où il reste moins de six mois jusqu'à la libération de la personne, les transmissions sont alors réalisées sans délai par le greffe pénitentiaire afin de permettre aux autorités judiciaires d'engager rapidement les actes d'enquête

utiles à les éclairer sur la nécessité d'une surveillance judiciaire. Après avoir vérifié que la personne a bien été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel un suivi socio-judiciaire était encouru, mais n'a pas été prononcé par la juridiction de jugement¹⁷⁵¹, ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le procureur de la République, en l'absence de requête tendant à la libération conditionnelle enregistrée au greffe du Jap, apprécie la nécessité d'une surveillance judiciaire. Pour prendre la décision d'initier l'instance en placement sous surveillance judiciaire ou non, le parquet comme le Jap peuvent, conformément aux dispositions de l'article 723-31, ordonner une expertise médicale.

629. – L'apport des expertises de dangerosité à l'éclairage des autorités judiciaires –

Puisque la surveillance judiciaire ne poursuit d'autre finalité que la prévention d'une récidive dont le risque paraît avéré, il revient au procureur de la République comme au Jap d'ordonner la réalisation d'une expertise¹⁷⁵² en vue de déterminer le degré de risque de récidive que tel ou tel condamné présente. Il existe aujourd'hui quatre modes d'évaluation du degré de dangerosité du condamné susceptibles d'être utilisés, soit de manière alternative, soit de manière cumulative, par le procureur de la République comme le Jap. Le premier est celui de l'expertise simple ordonnée sur le fondement de l'article 731-31 du Code de procédure pénale. Le second est celui de l'expertise double, parce que réalisée par deux experts, ordonnée sur le fondement des dispositions de l'article 723-31-1. Le troisième résulte de la faculté reconnue au procureur de la République de demander le placement du condamné aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité dans le Centre national d'évaluation (CNE) dont la durée - comprise entre deux et six semaines - est déterminée par l'administration pénitentiaire, au regard des informations relatives à la situation du condamné transmises par les autorités judiciaires préalablement au placement. Le quatrième réside dans la possibilité offerte au procureur de la République de saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (CPMS) aux fins d'évaluation de la dangerosité du détenu. En certaines circonstances toutefois, il peut être observé que le législateur impose le recours à l'un de ces modes d'évaluation¹⁷⁵³, ce qui n'interdit pas au parquet comme au Jap de recourir parallèlement à l'un des trois outils visés précédemment pour compléter leur

¹⁷⁵¹ V° la liste des crimes et délits énumérés à l'article D. 147-31 C. proc. pén.

¹⁷⁵² M. HERZOG-EVANS, « Outil d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal* 2012, 75. – F. FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... », *ibid.*, 67. – P. JUSSEAUME, « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », *ibid.*, 70. – C. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *ibid.*

¹⁷⁵³ Tel est le cas lorsque le procureur se voit contraint d'utiliser obligatoirement certains de ces outils d'évaluation, comme par exemple, lorsque la surveillance judiciaire s'accompagne d'un PSEM par exemple, la saisine de la CPMS pour avis étant ici obligatoire.

information. Le recours à plusieurs modes d'évaluation est indispensable en pratique car les expertises sont rarement tranchées. Celles-ci concluent souvent en effet qu'elles « n'excluent pas un risque de récidive », ou l'envisagent « comme possible si telles ou telles conditions venaient à être réunies ». La plupart du temps, les experts font preuve d'une prudence qui, il faut bien l'avouer, peut être exaspérante pour les magistrats qui attendent des expertises des réponses précises à leurs interrogations, des indications leur permettant de déterminer la nature de la mesure de contrôle social la mieux adaptée au regard du degré de dangerosité du condamné. Force est d'admettre pourtant qu'ils se trouvent la plupart du temps face à des expertises qui n'affirment pas clairement l'existence d'un risque de récidive, sans l'exclure pour autant... Comme le fait remarquer Mme le professeur Herzog-Evans, « *voilà comment une surveillance judiciaire peut être prononcée, sur la base de « peut-être » et d'incertitudes, [et] pour peu que la peine prononcée soit de quinze ans et que les faits relèvent de l'article 706-53-13, la surveillance judiciaire pourra ensuite être prolongée par une surveillance de sûreté.* ».¹⁷⁵⁴ Si l'on peut comprendre la frilosité des experts au regard de l'absence de critères permettant de retenir une définition précise de la « dangerosité »¹⁷⁵⁵, l'on ne peut dans le temps que constater la difficile position des autorités judiciaires qui doivent choisir parmi une multitude de mesures de contrôle social, celle qui leur paraît adaptée au degré de risque de récidive que présente le condamné.

630. – L'individualisation de la mesure de contrôle social par les autorités judiciaires – La gradation des mesures de contrôle social à laquelle le législateur a procédé permet en effet au parquet d'opter pour la mesure qui lui paraît la mieux adaptée au regard de la personnalité du condamné à protéger efficacement la société. À ce stade, il peut être observé que le procureur de la République se voit, à l'instar de ce qu'il fait déjà en amont de l'instance pénale dans le cas des alternatives aux poursuites, ou dans l'instance pénale dans le cadre de la CRPC, offrir la faculté d'individualiser la mesure de contrôle social dont il va demander le prononcé par voie de réquisitions. Pareillement, le Jap est pleinement dans son élément puisqu'il est habitué à individualiser les mesures d'aménagement de peine qu'il est amené à prononcer au stade de l'exécution des peines. Mais, contrairement au pouvoir d'individualisation dont le parquet et le Jap sont habitués à user, que ce soit en amont de l'instance pénale, au sein de cette dernière ou dans l'instance en aménagement de peine, la marge d'appréciation dont ils disposent ici se trouve nettement réduite dans la mesure où ces derniers sont liés par conclusions expertales. En effet, c'est à partir des conclusions des experts relatives au degré de risque de récidive que présente le

¹⁷⁵⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 521-17.

¹⁷⁵⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE ; C. LAZERGES (dir), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. les voies du droit, PUF/IRJS, 2011.

condamné que le procureur comme le Jap vont devoir opter pour la mesure de contrôle social qui leur paraît la mieux adaptée à garantir la protection de la société par rapport à la dangerosité du condamné. Or, en pareille hypothèse, peut-on encore considérer que le procureur comme le Jap font réellement un choix ? La mesure de contrôle social ne s'impose-t-elle pas tout simplement en fonction du degré de gravité du risque de récidive ? Si la loi « *confie à des experts psychiatres l'appréciation d'un risque criminologique, celui de récidive, et la détermination d'une dangerosité, qui, pour avoir du sens dans un tel cadre, est également nécessairement criminologique* »¹⁷⁵⁶, il doit être observé que le procureur, à l'instar du Jap d'ailleurs, intègre dans l'équation d'autres données, telles que le passé pénal du condamné, la nature des faits pour lesquels ce dernier a été sanctionné, l'évolution comportementale, sociale, psychologiques, du condamné en détention, *etc.*, en vue de choisir la mesure de contrôle social dont il entend obtenir le prononcé. Reste qu'il ne faut point être dupe, dans un climat d'obscurantisme scientifique¹⁷⁵⁷, le poids des expertises figurant au dossier est particulièrement important, et le Code de procédure pénale, parce qu'il procède effectivement à une gradation des mesures de contrôle social susceptibles d'être prononcées au-delà de l'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement, délimite le champ d'application de telle ou telle mesure en rapport au degré de risque de récidive. Le législateur instaure effectivement une proportionnalité entre le degré de contrainte qu'impose la mesure de contrôle social au condamné et le degré de risque de récidive que présente ce dernier. Ainsi, il peut être observé que, si le PSEM peut être prononcé pour « *prévenir la récidive* »¹⁷⁵⁸, la mesure de rétention de sûreté, par exemple, ne pourra être prononcée qu'en présence d'une « *probabilité très élevée de récidive* ». ¹⁷⁵⁹ *Quid* de la mesure de surveillance judiciaire ? L'article 723-29 du Code de procédure pénale conditionne le prononcé d'une telle mesure à l'existence d'un risque de récidive paraissant avéré. De ce point de vue, le choix de la mesure de contrôle social se trouve fortement balisé par les conclusions expertales, et les différents éléments résultant du dossier individuel du condamné.

2) La prééminence du parquet dans le déclenchement de l'instance en placement sous surveillance judiciaire

631. – La saisine du Tap par le Jap sur initiative du parquet – Tel est le mécanisme instauré par l'article D. 147-35 du Code de procédure pénale, et duquel il faut déduire que le Jap ne dispose pas, comme cela est le cas dans l'instance en aménagement de peine, du pouvoir d'initier

¹⁷⁵⁶ M. HERZOG-EVANS, Droit de l'exécution des peines, op. cit., n° 521-16.

¹⁷⁵⁷ En déclin ces dernières années toutefois.

¹⁷⁵⁸ Art. 131-36-10 C. pén.

¹⁷⁵⁹ Art. 706-53-13 C. proc. pén.

l'instance en placement sous mesure de contrôle social en saisissant lui-même le Tap. La solution peut surprendre dans la mesure où le souci d'éviter qu'un condamné éligible à un placement sous surveillance judiciaire puisse passer à travers les mailles du dispositif assurant la protection du corps social a conduit le législateur à faire du Jap un acteur de la défense de l'intérêt général en lui octroyant les mêmes prérogatives procédurales qu'au représentant de la société dans la phase préparatoire au déclenchement de l'instance en placement sous surveillance judiciaire. Logique dès lors que le Jap apparaît comme l'arcane majeure de la phase d'exécution des peines en ce qu'il assure le suivi des condamnés tout au long du processus d'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement, ce qui fait de lui l'acteur de l'exécution des peines le mieux placé pour repérer les condamnés éligible à une mesure de surveillance judiciaire, la solution retenue par le législateur peut surprendre. En effet, le Jap joue assurément un rôle actif dans la phase préparatoire au déclenchement de la procédure puisque celui-ci doit repérer les condamnés éligible à une surveillance judiciaire ; il peut demander le placement du condamné, pour une durée comprise entre deux et six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité et saisir la CPMS ; et se voit reconnaître la possibilité d'ordonner l'expertise médicale permettant d'évaluer le risque de récidive. L'intervention concurrente du Jap et du procureur de la République dans la phase préparatoire au déclenchement de l'instance en placement sous surveillance judiciaire passe naturellement par une communication constante entre ces deux autorités judiciaires que l'article D. 147-34 organise en disposant que, « *lorsque le juge de l'application des peines ordonne une ou plusieurs de ces mesures, il en informe le procureur de la République et lui transmet les conclusions de celles-ci. Si une ou plusieurs de ces mesures sont ordonnées par le procureur de la République, il en informe de même le juge de l'application des peines et il lui en transmet les conclusions.* ». Mais, très curieusement, le partenariat entre le Jap et le parquet, constant tout au long de la phase préparatoire, trouve un terme au stade du déclenchement de l'instance. Comme l'article 723-29 du Code de procédure pénale le rappelle, « *le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* » une mesure surveillance judiciaire. Selon ce texte, il revient donc au seul représentant de la société de saisir le Tap, et non au Jap. Cela induit nécessairement que le Jap devra transmettre tous les actes réalisés au cours de la phase préparatoire au procureur de la République afin que ce celui-ci puisse prendre des réquisitions aux fins de placement sous surveillance judiciaire ; réquisitions qu'il transmettra toutefois au Jap aux fins du saisine du Tap.

632. – La coloration pénale de la surveillance judiciaire à l’origine du choix du législateur concernant le mode de saisine du Tap – Nous avons pu voir que le Jap dispose dans la phase d’exécution des peines d’un véritable pouvoir de saisine d’office, mais également de saisine du Tap qu’il compose.¹⁷⁶⁰ L’on peut s’étonner *a priori* de ce que le législateur n’ait pas permis au Jap, dans la droite ligne des pouvoirs d’enquête dont il dispose au stade préparatoire, de pouvoir saisir lui-même le Tap dès lors que l’expertise médicale dont ce dernier a ordonné la réalisation conclut à un risque de récidive avéré ; à charge pour le parquet de présenter ses réquisitions durant le débat contradictoire. Comment expliquer cette solution ? Il nous semble que c’est dans la coloration pénale de la surveillance judiciaire que la réponse doit être recherchée. En effet, contrairement aux aménagements de peine que les juridictions de l’application des peines peuvent prononcer dans le cadre de l’instance en aménagement de peine, la surveillance judiciaire, surtout lorsqu’elle est assortie d’un placement sous PSEM, constitue une mesure rigoureuse qui apparaît comme un prolongement des effets de la peine ayant vocation à s’appliquer après l’élargissement du condamné. Or, le fait qu’elle prolonge les effets contraignant de la peine donne à la surveillance judiciaire une coloration pénale qui explique, à notre sens, qu’à l’instar des juridictions de jugement dans l’instance pénale, le Jap ne se voit pas reconnaître ici - ce d’autant qu’il compose le Tap - un quelconque pouvoir d’initiative, sauf à compromettre directement l’impartialité de cette juridiction.¹⁷⁶¹ Reste que le dispositif actuel ne convainc pas dans la mesure où l’enquête menée par le Jap, dès lors que l’expertise médicale conclut à un risque de récidive avéré, conduira obligatoirement le parquet à saisir le Tap de réquisitions tendant au prononcé d’une mesure de surveillance judiciaire. Or, si l’on suit le raisonnement proposé par l’article D. 147-35 du Code de procédure pénale, le Jap doit communiquer les éléments de l’enquête qu’il a pu mener au procureur de la République en vue de lui permettre de prendre ses réquisitions ; réquisitions que ce dernier doit alors transmettre au Jap aux fins de saisine du Tap. N’aurait-il pas été plus judicieux de permettre au Jap de saisir directement le Tap, à la condition pour ce dernier ne pas composer le tribunal lors de la phase décisive ?

633. – L’obligation d’initier l’instance devant le Tap pour le parquet – Si la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 avait désigné le Jap comme juridiction de droit commun pour le prononcé de la surveillance judiciaire, elle avait, dans le même temps, désigné le Tap pour toutes les demandes de placement sous une telle mesure lorsque les faits à l’origine de la condamnation avaient été commis avant son entrée en vigueur. La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a supprimé cette dichotomie en retenant la compétence exclusive du Tap pour

¹⁷⁶⁰ V° supra, n°...

¹⁷⁶¹ Sur cette question, V° supra : n°...

toutes les situations. Comme en témoigne les dispositions de l'article D. 147-35 du Code de procédure pénale¹⁷⁶², le déclenchement de l'instance en placement sous surveillance judiciaire est automatique dès lors que les conditions de l'article 723-29 du Code de procédure pénale sont remplies, et que l'expertise médicale constate un risque de récidive avéré. Cette situation exclut donc *de facto* l'existence d'une quelconque pouvoir d'initiative ou d'impulsion au profit du procureur de la République au stade du déclenchement de l'instance en placement sous surveillance judiciaire, puisque ce dernier ne dispose plus du moindre pouvoir d'appréciation. La lecture conjuguée des dispositions de l'article 731-31-1 du Code de procédure pénale et de celles de l'article D. 147-35 du même Code montre que la loi lui impose de repérer les condamnés éligibles à une mesure de surveillance judiciaire, et de requérir son prononcé en saisissant le Tap dès lors que les conditions posées par ces textes se sont remplies. Parce que la loi impose au parquet de requérir le prononcé de la surveillance judiciaire, dès lors que le condamné remplit les conditions permettant sa mise en œuvre, celui-ci perd la liberté que le Code de procédure pénale lui octroie en lui permettant d'apprécier l'opportunité de la poursuite pénale ou de l'aménagement de peine sollicitée par le condamné ou le juge, et qui fait de lui une véritable « partie » au « procès pénal ». Au stade du déclenchement de la procédure de placement sous surveillance judiciaire, le parquet redevient cette « institution publique à caractère administratif » qui a aujourd'hui, en grande partie disparue dans l'instance pénale ou dans l'instance en aménagement de peine, mais qui se trouve ressuscitée ici. Dès lors qu'un condamné est éligible à une mesure de surveillance de sûreté, le parquet n'a pas le choix, il doit vérifier si les conditions entourant le prononcé d'une telle mesure sont remplies, et le cas échéant, ordonner la réalisation d'une expertise en recourant, sauf disposition contraire, alternativement ou cumulativement, aux quatre procédés d'évaluation prévus par le Code de procédure pénale : expertise simple ; expertise double ; placement pour une durée comprise entre deux et six semaines dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité ; saisine de la CPMS aux fins d'évaluation de la dangerosité du détenu. De fait, la société n'entend pas laisser à son représentant la liberté d'apprécier l'opportunité d'introduire une procédure tendant au prononcé d'une mesure de sûreté - en l'occurrence une mesure de surveillance judiciaire - elle le lui impose toutes les fois que le condamné présente un risque de récidive qui paraît avéré.

¹⁷⁶² Lequel dispose que « si l'expertise ordonnée en application des dispositions de l'article 723-31 conclut à la dangerosité du condamné et constate un risque de récidive qui paraît avéré, le procureur requiert que le condamné soit placé sous surveillance judiciaire dès sa libération conformément aux dispositions de l'article 723-29 et transmet ses réquisitions au juge de l'application des peines aux fins de saisine du tribunal de l'application des peines. ».

634. – Le contenu des réquisitions du parquet – Si le procureur se voit contraint d’initier l’instance en placement sous surveillance judiciaire toutes les fois que les conditions de l’article 723-29 du Code de procédure pénale, le législateur a entendu que les juridictions de l’application des peines soient mises en mesure d’apprécier les motivations à l’origine de la demande du représentant de la société dans le souci évident de protéger les libertés individuelles du risque de dérive « sécuritaire ». À l’instar de ce qui a pu être observé précédemment dans l’instance en aménagement de peine, c’est ici aussi par voie de réquisitions que le parquet initie l’instance en placement sous surveillance judiciaire, mais, contrairement à la phase d’exécution des peines, il doit être observé que l’article 4.3.3 de la circulaire du 16 juin 2006 dispose que les réquisitions du procureur sont « *nécessairement écrites et motivées par référence aux conclusions de l’expertise* ». ¹⁷⁶³ Ce texte témoigne à l’évidence de ce que le magistrat du parquet doit argumenter le bien-fondé de son choix de requérir le placement du condamné à l’issue de l’exécution de sa peine sous une mesure de surveillance judiciaire, et d’expliquer en quoi cette mesure est plus appropriée ou mieux adaptée qu’une autre mesure de sûreté en s’appuyant sur les conclusions de l’expertise. Cette exigence de motivation quant au choix du parquet de s’orienter plutôt vers une mesure de surveillance judiciaire qu’une autre mesure de sûreté permet à la juridiction de l’application des peines d’apprécier à la fois le caractère « adéquat » de la demande du procureur au regard de la protection du corps social comme de la nécessaire préservation des libertés publiques dont le condamné peut se prévaloir.

635. – En conclusion – Au stade du déclenchement de la procédure, il doit être observé que le législateur met en concurrence le Jap et le procureur de la République dans la conduite de l’enquête préparatoire afin de garantir une efficacité optimale du dispositif de protection du corps social qu’il instaure aux articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale. Dans cette perspective, il doit être observé que le législateur fait peser sur le Jap et le procureur une obligation de repérage des condamnés éligibles à une surveillance judiciaire, et dans le cas où l’expertise médicale conclue à l’existence d’un risque de récidive qui paraît avéré, l’obligation pour le parquet de déclencher l’instance en vue du prononcé d’une telle mesure par le Tap. De ce point de vue, il nous semble que l’on ne saurait voir ici, ni l’existence d’un principe d’initiative - qui suppose par définition la faculté reconnue aux parties d’impulser l’instance, et non l’obligation de le faire - ni celle d’un principe dispositif qui reconnaît aux parties le pouvoir de délimiter la matière litigieuse, ce qui n’est pas le cas ici puisque c’est la loi qui fixe les éléments du litige par le caractère automatique de la procédure qu’elle instaure.

¹⁷⁶³ Circ. gardes des sceaux, 16 juin 2006, NOR : JUSD0630080C.

B - LE RÔLE DU JUGE ET DU PARQUET DANS LE PRONONCÉ ET L'ÉXÉCUTION DE LA SURVEILLANCE JUDICIAIRE

636. – Le rôle « classique » des autorités judiciaires au stade du prononcé et de l'exécution de la surveillance judiciaire – La prééminence de l'intérêt général dans l'instance en placement sous surveillance judiciaire tend à faire prévaloir le modèle inquisitoire qui fait du juge la figure centrale du « procès », ce qui se constate ici tant au stade du prononcé de la surveillance judiciaire qu'au stade de son exécution **(2)**. Cette solution s'explique par le fait que la surveillance judiciaire apparaît comme la face négative - la contrepartie en quelque sorte - de l'automatisme des crédits de réduction de peine¹⁷⁶⁴ ; l'extension des prérogatives du Jap au-delà de l'élargissement du condamné ne tend qu'à lui permettre de suivre ce dernier dans son retour à la liberté comme il le ferait dans le cadre d'un aménagement de peine. De son côté, le procureur de la République joue un rôle moins interventionniste, plus classique, de représentant des intérêts de la société dans une procédure conduite par le juge **(1)**.

1) Le rôle du parquet aux stades décisive et exécution de l'instance en placement sous mesure de surveillance judiciaire

637. – Le rôle « classique » du parquet au stade décisive – Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, c'est le Tap qui est exclusivement compétent pour prononcer la surveillance judiciaire. Pourtant, et de manière fort curieuse, l'article 723-32 du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, renvoie à l'article 712-6 qui régit le déroulement du débat contradictoire devant le Jap, et non devant le Tap. Le renvoi à l'article 712-6 peut apparaître de prime abord comme un oubli du législateur à l'occasion de la modification de la répartition des compétences du Jap et du Tap en la matière par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Mais, la modification du contenu de l'article 723-32 à l'occasion de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 nous semble écarter cette hypothèse. Il nous semble que le renvoi à l'article 712-6, et non à l'article 712-7, pourrait s'expliquer par le souhait du législateur de réduire le coût des procédures en offrant au Tap la possibilité qu'il reconnait au Jap de prononcer la surveillance judiciaire sans procéder à un débat contradictoire en cas « *d'accord du procureur de la République et celui du condamné, ou de son avocat* ». De ce point de vue, rien ne semble donc distinguer, au stade décisive du moins, la procédure

¹⁷⁶⁴ En effet, il doit être rappelé que les crédits de réduction de peine s'applique automatiquement au condamné, indépendamment de tout effort de réinsertion sociale manifesté par ce dernier.

d'aménagement de peine de la procédure tendant au prononcé d'une mesure de surveillance judiciaire, celles-ci s'achevant toutes deux par un débat contradictoire mené devant la juridiction d'application des peines, en l'occurrence le Tap. Dans le cadre de la procédure de placement sous surveillance judiciaire, la procédure est relativement simple. Le parquet rappelle oralement le contenu des réquisitions écrites et motivées par référence aux conclusions de l'expertise par lesquelles il a saisi le Tap, et précise, d'une part, les principales obligations qu'il souhaite voir prononcer dans le cadre de la surveillance judiciaire, d'autre part, s'il estime nécessaire d'assortir la mesure de surveillance judiciaire d'une injonction de soins. S'il entend obtenir du tribunal que celui-ci accompagne la surveillance judiciaire d'un placement sous PSEM, le procureur de la République devra fournir au Tap l'avis de la CPMS sur ce point, la consultation de cette dernière étant obligatoire en pareille situation. A l'issue du débat contradictoire, le tribunal rend sa décision par voie de jugement motivé, lequel est susceptible de recours devant la Chap siégeant en formation ordinaire.¹⁷⁶⁵ L'exercice de l'appel du jugement rendu par le Tap par le procureur de la République obéit aux règles fixées aux articles 712-11 et suivants du Code de procédure pénale.

638. – Le rôle « classique » du parquet au stade exécutoire – Le rôle des magistrats du parquet est extrêmement réduit au stade exécutoire dans la mesure où le suivi de l'exécution de la surveillance judiciaire relève de la compétence du Jap, assisté des personnels des Spip. Est-ce à dire que le procureur de la République ne joue aucun rôle dans l'exécution de la mesure de surveillance judiciaire ? La réponse est assurément négative. Même si le suivi de l'exécution de la mesure de surveillance judiciaire relève de la compétence du Jap, le procureur de la République peut saisir ce dernier d'une demande de modification ou de suppression de la mesure ordonnée par le Tap dès lors qu'il est informé que le condamné a manqué à ses obligations, même si en pratique, une telle initiative relèvera davantage du Jap que du procureur, celui-ci étant mieux informé que ce dernier dans la mesure où il a pour fonction de suivre le condamné placé sous surveillance judiciaire, sauf lorsque celui-ci commet de nouvelles infractions pénales. Dans ce cas, et dès lors que les infractions en question résultent des manquements du condamné aux obligations qui lui incombent dans le cadre de l'exécution de la surveillance judiciaire, il reviendra au procureur de la République - en principe informé dans des délais relativement brefs grâce au dispositif de traitement en temps réel instauré dans toutes les juridictions - d'avertir le Jap de la violation des obligations accompagnant la surveillance judiciaire par le condamné, et d'apporter, le cas échéant, une réponse pénale à l'acte de délinquance résultant de la commission d'une

¹⁷⁶⁵ Cass. crim., 25 mai 2011 : n° 10-86.996.

nouvelle infraction pénale, soit en ayant recours à une alternative aux poursuites, soit en déclenchant l'action publique, dans le cadre de l'instance pénale classique.¹⁷⁶⁶

2) *Le rôle du juge aux stades décisive et exécution de l'instance en placement sous mesure de surveillance judiciaire*

639. – La compétence du Tap dans le prononcé de la surveillance judiciaire – Si le Jap intervient dans la phase préparatoire au prononcé d'une surveillance judiciaire, il peut intervenir également au stade décisive puisque le Tap est composé de magistrats désignés parmi les Jap du ressort de la Cour d'appel. De fait, en pratique, il se peut que ce soit le « Jap instructeur » qui participe à la décision de placement sous surveillance judiciaire. Alors bien évidemment, la présence du « Jap instructeur » au milieu des membres composant la juridiction de jugement est nettement moins gênante que ce qu'elle pourrait être à d'autres moments dans la mesure où le juge, concernant la surveillance judiciaire du moins, se trouve en grande partie lié par les conclusions des experts, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations sur la liberté de décision du juge d'ailleurs.¹⁷⁶⁷ En outre, le législateur a prévu la tenue d'un débat contradictoire par renvoi au droit commun de l'article 712-6. Comme nous l'avons déjà fait observer, d'une part, le débat contradictoire visé à l'article 712-6 ne peut être réellement assimilé à une véritable audience, notamment parce qu'en pratique, soit le débat contradictoire est organisé au sein de l'établissement pénitentiaire, soit celui-ci a lieu sans la présence effective de tous les acteurs au « procès *post-sententiam* » du fait du recours à la visioconférence ; d'autre part, le renvoi à ce texte, en principe applicable aux décisions prises par le Jap, semble se justifier par la volonté du législateur de permettre au Tap d'écarter le débat contradictoire en cas d'accord du procureur de la République et du condamné, ou de son avocat, sur le contenu de la mesure que ce dernier entend prononcer, ce qui témoigne bien de l'ampleur de l'emprise des considérations économiques sur le cadre procédural conduisant à l'élaboration de la décision judiciaire. Quoiqu'il en soit, dans les hypothèses où le débat contradictoire a bien lieu, c'est à l'issue de ce dernier que le Tap rend sa décision par voie de jugement susceptible de recours devant la Chap dans les formes et délais du droit commun issu de l'article 712-11 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁶⁶ V° sur cette question : M. HEROZG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 732-81.

¹⁷⁶⁷ J.-P. BOUCHARD, « L'expertise mentale en France entre « pollution de la justice » et devoir d'objectivité », *Dr. pén.* 2006, étude 3.

640. – Le rôle du Jap dans le suivi du placé sous mesure de surveillance judiciaire – Au-delà du prononcé de la mesure, le Tap cède de nouveau sa compétence au Jap en ce qui concerne le suivi des personnes placées sous une mesure de surveillance judiciaire. Il ne s'agit pas pour ici pour le juge de devenir un sujet passif, spectateur du bon déroulement de l'exécution de la surveillance judiciaire comme des obligations qui l'accompagnent. Sur ce point, l'article 723-33 du Code de procédure pénale dispose que « *le condamné placé sous surveillance judiciaire fait également l'objet de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier sa réinsertion* », lesquelles sont « *mises en œuvre par le juge de l'application des peines assisté du service pénitentiaire d'insertion et de probation, et, le cas échéant, avec le concours des organismes habilités à cet effet.* ». En quoi exactement ces mesures de contrôle et d'assistance que le Jap peut mettre en œuvre dans le cadre de surveillance judiciaire consistent-elles ? Au-delà de toutes les obligations particulières de droit commun, applicables tant à la surveillance judiciaire qu'au suivi socio-judiciaire depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, ainsi que de l'injonction de soins, l'on peine à voir exactement quelles mesures ces termes confus visent. Ce qui est sur, c'est qu'il ne saurait s'agir en tout cas des obligations de l'article 132-44 du Code pénal, celles-ci étant déjà visées par l'article 723-30, alinéa 1, du Code de procédure pénale. Il restera donc à voir en pratique quelles mesures d'assistance et de contrôle exactement les Jap vont ordonner sur le fondement de ce texte. Quoi qu'il en soit, l'intérêt ici, pour ce qui nous concerne, est de remarquer que ce texte tend à faire du Jap un « surveillant actif », ce dont il résulte également de la lettre même de l'article 723-34, en vertu duquel, « *le juge de l'application des peines peut modifier les obligations auxquelles le condamné est astreint, par ordonnance rendue selon les modalités prévues par l'article 712-8. Si la réinsertion du condamné paraît acquise, il peut, par jugement rendu selon les modalités prévues par l'article 712-6, mettre fin à ces obligations. Si le comportement ou la personnalité du condamné le justifie, il peut, par jugement rendu selon les modalités prévues par la dernière phrase du premier alinéa de l'article 723-32, décider de prolonger la durée de ces obligations, sans que la durée totale de celles-ci ne dépasse celle prévue à l'article 723-29.* ».

641. – Le Jap est « juge de l'individualisation » de la surveillance judiciaire – A l'instar d'une mesure d'aménagement de peine, les obligations entourant la surveillance judiciaire, qui peuvent d'ailleurs résulter d'un PSEM lorsque ce dernier accompagne une telle mesure, peuvent être modifiées par le Jap au cours de l'exécution de cette dernière, selon la procédure de droit commun visée à l'article 712-8 du Code de procédure pénale. Ici, le Jap retrouve à l'évidence la faculté de se saisir d'office, comme cela est déjà le cas dans l'instance en aménagement de peine, ce qui signifie qu'il va pouvoir adapter les obligations accompagnant la surveillance judiciaire au fur et à mesure de l'évolution de la personnalité du condamné au cours de l'exécution de cette mesure, notamment en ajoutant à la décision initiale de placement prise par le Tap les obligations

prévues aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal. Cette faculté reconnue au Jap donne à la phase exécutoire de la surveillance judiciaire une grande souplesse permettant de répondre avec célérité à la demande de sécurité exprimée par le corps social. Cela est d'autant plus vrai que le Jap dispose de pouvoirs importants dans l'exécution de la surveillance judiciaire, pouvoirs qui peuvent le conduire à ajouter des obligations à la décision de placement initiale, mais à décider de sa prolongation dans le temps ou encore d'y mettre fin de manière anticipée.

642. – Prolongation et cessation de la surveillance judiciaire au-delà de sa durée initiale par le Jap – Normalement, la durée maximale de la surveillance judiciaire est celle des crédits de réduction de peine et des réductions supplémentaires de peine.¹⁷⁶⁸ Il convient d'observer ici que, non seulement le Jap dispose de la faculté de suspendre l'application de la surveillance judiciaire pour cause de détention, hors retrait des réductions de peine, ou pour raisons médicales, mais encore dispose-t-il de la possibilité de prolonger la surveillance judiciaire, en ses obligations du moins, par le prononcé d'une surveillance de sûreté, dès lors que le condamné entre dans les conditions d'application des deux mesures, ce qui peut conduire, potentiellement, à une surveillance illimitée de ce dernier. Si le placement sous surveillance de sûreté ne relève pas à proprement parler de la compétence du Jap, mais de la seule compétence de la juridiction régionale de rétention de sûreté (JRRS), ce dernier peut toutefois être à l'origine du déclenchement d'une telle procédure, comme le rappelle l'alinéa 2 de l'article R. 53-8-46 du Code de procédure pénale. Concernant l'hypothèse de la cessation de la surveillance judiciaire, il doit être observé que le Jap peut toutefois y mettre fin de manière anticipée, dès lors que celui-ci constate, soit que « *la réinsertion du condamné paraît acquise* »¹⁷⁶⁹, soit que le condamné, parce qu'il a manqué à ses obligations, doit être réincarcéré pour une durée égale à tout ou partie des réductions de peine accordées durant la détention.¹⁷⁷⁰ Le dispositif retenu laisse dubitatif en ce que le Jap n'étant que le « *juge de l'exécution* » de la décision du Tap, l'on est en droit de se demander si la suppression anticipée de la mesure ordonnée par ce dernier ne devrait pas relever, en toute logique, de la compétence de ce dernier ? Si l'on considère que le Jap ne présente pas un niveau de compétence suffisant pour pouvoir ordonner un placement sous surveillance judiciaire, pourquoi en irait-il autrement concernant sa suppression ? Si l'on comprend bien que le Jap, au titre du suivi de la surveillance judiciaire, doit pouvoir effectivement prononcer la réincarcération du placé qui manque à ses obligations le plus rapidement possible, n'était-il pas opportun de

¹⁷⁶⁸ Depuis la loi n°2010-242 du 10 mars 2010. Pour le régime antérieur, V° : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 531.101 – 531.103. A noter toutefois que ce texte ne règle pas le problème du calcul de la durée d'une surveillance judiciaire assortie d'un PSEM.

¹⁷⁶⁹ Art. 723-34, al. 2, C. proc. pén.

¹⁷⁷⁰ Art. 723-35, al. 1, C. proc. pén.

recourir en l'espèce à un dispositif similaire à celui prévu en matière de surveillance de sûreté, lequel prévoit que la JRRS doit, dans un délai de trois mois, confirmer la décision de placement provisoirement dans un centre de rétention de sûreté prise par son président à l'encontre de la personne qui manque à ses obligations dans le cadre de la surveillance de sûreté ? Une réponse positive s'impose nous semble-t-il, ne serait-ce qu'en termes de cohérence. Si le Jap n'offre pas un niveau de compétence suffisant pour placer un individu sous surveillance judiciaire, l'on peine à voir en quoi il disposerait d'un niveau de compétence suffisant pour décider de la cessation d'une telle mesure de manière anticipée ? La question se pose non seulement au regard de l'hypothèse présente, mais elle se pose aussi, et surtout, dans l'hypothèse où le Jap met fin de manière anticipée à une surveillance judiciaire, au seul motif que la réinsertion du condamné lui paraît acquise. Dès lors que le législateur estime que le Jap ne présente pas un niveau de compétence suffisant pour apprécier le degré de dangerosité d'un individu susceptible de faire l'objet d'un placement sous surveillance judiciaire, et donc d'apprécier le risque de récidive en présence, l'on peine à comprendre comment il pourrait, *a contrario*, apprécier la disparition de cette même dangerosité, de ce même risque de récidive ?

643. – En conclusion – Le juge s'impose comme la figure centrale de l'instance en placement sous surveillance judiciaire, au détriment du parquet qui se voit assigner le rôle d'un simple agent d'exécution de la volonté générale manifestée au travers de la loi, celui-ci se voyant notamment dans l'obligation de requérir le placement sous surveillance judiciaire du condamné devant le Tap, dès lors que des expertises concluent à un risque de récidive avéré. Bien évidemment, le rôle prééminent du Jap se constate au stade décisoire parce qu'il est membre du Tap, et participe donc, de fait, au prononcé de la mesure. Mais, c'est surtout au stade exécutoire que celui-ci reprend son rôle de « surveillant actif », et retrouve une certaine latitude dans le fait que le législateur lui reconnaît, comme dans l'instance en aménagement de peine, la faculté d'individualiser la mesure de surveillance judiciaire tout au long de son exécution en vue de l'adapter aux évolutions de la personnalité du condamné. Cette individualisation peut aller de la suppression de la mesure - soit parce que la réinsertion du condamné paraît acquise, et qu'elle devient donc inutile ; soit parce que le condamné a manqué à ses obligations, et la réincarcération s'impose - à la demande de prolongation des effets de cette dernière à la JRRS dans le cadre d'une procédure de placement sous surveillance de sûreté dont le Jap peut être l'initiateur.

644. – Conclusion du paragraphe 1 – Parce que la surveillance judiciaire est une mesure de contrôle social tendant à préserver l'intérêt général, et que des considérations médicales et criminologiques président à son prononcé, la loi encadre de manière drastique l'action des autorités judiciaires dans la mise en œuvre de la procédure de placement sous surveillance judiciaire, à un point tel d'ailleurs que le mécanisme revêt une dimension quasi-automatique. En effet, en vue de garantir l'efficacité de la surveillance judiciaire, il peut être observé que le législateur a réduit à néant le pouvoir d'appréciation du procureur de la République au stade du déclenchement de l'instance, mais également celui du juge, celui-ci faisant peser sur le Jap comme le parquet une obligation de repérer les condamnés éligibles à une telle mesure, et de faire évaluer, par le recours à des expertises, le degré du risque de récidive présenté par l'individu concerné. S'il est possible de déduire des expertises - qui se gardent bien le plus souvent d'apporter une réponse tranchée sur la question qui leur est posée - que le condamné présente un risque de récidive avéré, le procureur est alors obligé de saisir le Tap d'une demande de placement sous surveillance judiciaire ; laquelle sera, en pratique, le plus souvent acceptée au regard de l'importance des expertises dans les éléments d'analyse sur lesquels le juge se fonde pour asseoir sa décision. Ce n'est qu'au stade exécutoire que le juge semble retrouver une certaine latitude dans l'individualisation de la surveillance judiciaire au regard de l'évolution de la personnalité du condamné. De fait, si le parquet et les juridictions de l'application des peines s'imposent comme des acteurs de la surveillance judiciaire, l'analyse démontre qu'ils constituent des acteurs dont la liberté d'action se trouve sévèrement bridée, ce qui exclut nous semble-t-il toute possibilité de constater ici, comme nous avons pu le faire jusqu'à présent, l'émergence d'un principe d'initiative - qui suppose par définition la faculté reconnue aux parties d'impulser l'instance, et non l'obligation de le faire - ni celle d'un principe dispositif qui reconnaît aux parties le pouvoir de délimiter la matière litigieuse puisque c'est la loi qui fixe les éléments du litige par le caractère automatique de la procédure qu'elle instaure.

§.2 - LE RÔLE LIMITÉ DU CONDAMNÉ DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS MESURE DE SURVEILLANCE JUDICIAIRE

645. – Le condamné, un sujet passif de la surveillance judiciaire – S'agissant d'une mesure de sûreté ayant pour objet de prévenir la récidive des individus présentant, à l'issue de l'exécution de leur peine, un risque de récidive avéré, la surveillance judiciaire ne peut que s'imposer à ces derniers comme elle s'impose aux autorités judiciaires, dès lors que, au regard de leur parcours pénal, ceux-ci entrent dans les conditions d'application posées à l'article 723-29 du Code de

procédure pénale. Toutefois, il peut être observé que la surveillance judiciaire ne reposant que sur une « présomption de récidive » qui laisse craindre pour l'avenir la réitération d'un comportement infractionnel, et non sur une déclaration de culpabilité fondée sur la constatation de la participation criminelle effective de l'auteur à la consommation de l'infraction comme pour la peine, force est d'admettre, au regard des atteintes aux libertés publiques que celle-ci fait peser sur ceux qu'elles frappent, que sa conformité à la Constitution¹⁷⁷¹ comme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne pouvait résulter que de la reconnaissance au profit du condamné des garanties de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme tout au long de la procédure suivie en vue de son prononcé **(A)** comme de son exécution **(B)**.

A - LE RÔLE DU CONDAMNÉ DANS LE PRONONCÉ DE LA SURVEILLANCE JUDICIAIRE

646. – La « passivité » du condamné – Alors que dans les procédures pénales où la valeur des intérêts privés est équivalente, voire parfois supérieure, à celle de l'intérêt général, il a pu être constaté que le mis en cause - dans l'instance pénale - ou le condamné - dans l'instance en aménagement de peine - dispose de droits procéduraux lui permettant de participer à la maîtrise de la direction de l'instance comme à la maîtrise de la matière litigieuse. Cette évolution nous a permis de constater que la défense sortait alors de sa passivité traditionnelle pour jouer un rôle actif dans la conduite du procès comme la délimitation des éléments du litige dont le juge se trouve saisi. L'intérêt général prédominant dans le contentieux relatif au placement des condamnés jugés dangereux à l'issue de l'exécution de leur peine, il va de soi que le rôle du condamné dans la conduite de l'instance comme dans la délimitation de la matière litigieuse ne peut en être qu'affecté, que ce soit au stade préparatoire **(1)** ou au stade décisoire **(2)**.

1) Le rôle du condamné dans la phase préparatoire

647. – Le rôle du condamné dans le déclenchement de la procédure – Du point de vue du condamné qui arrive quasiment au terme de l'exécution de sa peine, la phase de mise en œuvre d'une procédure tendant au prononcé d'une surveillance judiciaire lui échappe totalement. En effet, il revient, nous l'avons vu, au parquet et au Jap de repérer les condamnés éligibles à une telle mesure, de vérifier que les conditions d'application de cette mesure sont réunies, et d'engager en ce sens toutes les démarches utiles à la constitution d'un dossier centralisant tous les

¹⁷⁷¹ Cons. Const., n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 : *JORF* du 13 déc. 2005, 19162.

éléments susceptibles de mettre en exergue l'existence d'un risque de récidive au regard du degré de dangerosité de l'individu concerné. De fait, le condamné retrouve son rôle traditionnel de défendeur à l'instance, celui-ci étant un sujet passif. La solution nous semble quelque peu regrettable dans la mesure où il aurait pu être utile, au regard de la conscience que certains condamnés ont de leur propre dangerosité, de leur permettre de saisir directement le Jap d'une demande de placement sous surveillance judiciaire. Une telle solution aurait eu le mérite d'affiner encore l'efficacité du dispositif, et peut-être d'individualiser davantage les mesures de placement en fonction de la démarche du condamné. Tel n'est pas le choix du législateur qui confère aux seules autorités judiciaires la possibilité de déclencher la procédure. S'il ne se voit donc reconnaître aucun pouvoir d'initiative au stade du déclenchement de la procédure, le condamné dispose inévitablement des droits processuels issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme lui permettant d'organiser sa défense tout au long de la procédure de placement sous surveillance judiciaire. Pour autant, le condamné dispose-t-il, comme l'instance pénale ou l'instance en aménagement de peine, de la possibilité de participer à la maîtrise de la direction de l'instance et à la maîtrise de la matière litigieuse ? L'étude des droits processuels et autres prérogatives reconnus au condamné dans l'instance en placement sous surveillance judiciaire peut, seule, permettre de répondre à cette question. Des considérations médicales et criminologiques présidant au prononcé de la surveillance judiciaire, il est parfaitement légitime que le condamné se voit reconnaître la faculté d'exercer certaines prérogatives au stade de l'évaluation de sa dangerosité.

648. – Les garanties du condamné dans l'évaluation de sa dangerosité : la question de la contre-expertise – La surveillance judiciaire étant une mesure de sûreté ayant pour finalité la prévention du risque de récidive des individus jugés dangereux, s'il est bien un élément sur lequel la discussion doit pouvoir s'engager, c'est bien celui de l'évaluation du degré de réalisation du risque de récidive. Comme le démontre quelques arrêts récents, le « *risque pour les libertés publiques d'expertises craintives* »¹⁷⁷² conduisant à une interprétation extensive des dispositions régissant la surveillance judiciaire, est une réalité, et non un fantasme. De fait, l'on serait en droit de s'attendre à ce que le condamné soit mis en mesure de contester les conclusions de l'expertise de dangerosité ordonnée par le procureur de la République ou le Jap en demandant une contre-expertise. Malheureusement, il peut être observé que le droit positif ne retient pas une telle possibilité, du moins pas dans toutes les situations. Il convient donc de distinguer l'hypothèse de la contre-expertise de droit de celle de la contre-expertise facultative. L'article 723-31 du Code de

¹⁷⁷² M. HERZOG-EVANS, « Mesures de sûreté : les risques pour les libertés publiques d'expertises craintives », obs. ss. Cass. crim., 1^{er} avr. 2009 : *AJ pénal* 2009, 321.

procédure pénale ne fait référence qu'à l'expertise originellement réalisée, et n'évoque nullement la possibilité pour le condamné de demander la réalisation d'une contre-expertise. L'on sait que l'article 42, alinéa 2, de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 a posé le principe d'une contre-expertise de droit lorsque la surveillance judiciaire est prononcée à l'encontre d'une personne ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ; solution justifiée par l'application rétroactive de la surveillance judiciaire. En pareille situation, le condamné doit, selon l'article D. 147-36, alinéa 2, du Code de procédure pénale déposer une demande de contre-expertise avant que le Tap ne statue sur les réquisitions du procureur de la République. En pareille situation, sa demande pourra alors être ordonnée indifféremment par le Tap ou le procureur de la République, comme le prévoit ce texte. Reste qu'en dehors de cette hypothèse particulière, appelée de toute façon à disparaître avec le temps, la contre-expertise n'apparaît pas comme une mesure susceptible d'être appliquée de plein droit, ce qui signifie que la demande de contre-expertise serait une mesure facultative en ce que le juge ou le parquet ne serait nullement tenu d'y faire droit. Comme nous l'avons dit, l'article 723-31 du Code de procédure pénale ne fait nullement référence à la possible réalisation d'une contre-expertise à la demande de la personne faisant l'objet d'une procédure pouvant aboutir au prononcé d'une surveillance judiciaire. Est-ce à dire qu'une telle mesure ne soit pas possible en dehors du cas exceptionnel et temporaire prévue par l'article D. 147-36, alinéa 2 ? La réponse à cette question semble, *a priori*, devoir être négative en ce qu'aucune disposition du Code de procédure pénale ne prévoit explicitement la faculté pour le condamné d'exiger la réalisation d'une contre-expertise dans le cadre de la procédure suivie en vue du prononcé d'une surveillance judiciaire. Peut-il au moins en faire la demande auprès du procureur de la République, du Jap ou du Tap ? Dans le cadre de l'instance en aménagement de peine, la règle est simple : le condamné peut déposer une demande de contre-expertise devant le Jap comme le Tap au cours de la phase préparatoire.¹⁷⁷³ Toutefois, d'une part, le juge n'est pas tenu de répondre favorablement à une telle demande, d'autre part, dans l'hypothèse où il le ferait, il se verrait alors obligatoirement tenu de s'expliquer sur les conclusions du condamné résultant de la contre-expertise, puisque, comme le fait remarquer Mme le professeur Herzog-Evans, « *si le juge reste libre de ne pas s'aligner sur ses conclusions, il doit s'en expliquer soigneusement dans sa motivation* ». ¹⁷⁷⁴ De fait, rien n'interdit formellement au condamné, sur le fondement des règles de droit commun, de présenter des demandes de contre-expertise au Jap ou au Tap dans le cadre de procédure de placement sous surveillance judiciaire, dès lors qu'il procède à de telles demandes avant que le procureur de la

¹⁷⁷³ V° supra, n°...

¹⁷⁷⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit. n° 811.283. V° égal. : J.-P. BOUCHARD, « L'expertise mentale en France entre « pollution de la justice » et devoir d'objectivité », *ibid.*

République ne présente ses réquisitions, lesquelles pourront être accordées ou refusées par le juge. En ce sens, il nous semble qu'une contre-expertise de droit aurait dû être consacrée au profit de la personne susceptible de faire l'objet d'un placement sous surveillance judiciaire, ce d'autant que l'évaluation de la dangerosité d'un individu demeure une entreprise bien hasardeuse, et de ce point de vue, mérite à n'en point douter davantage de garanties. Cela serait d'autant plus souhaitable qu'en pratique, « *c'est la totalité des expertises qui ont pu être réalisées depuis le début du traitement pénal de l'affaire litigieuse, qui sont « ressorties » et étudiées, de concert avec celle que prescrit l'article 723-313.* ». ¹⁷⁷⁵ Or, si l'on peut penser que cette pratique permet de tempérer le poids de l'unique expertise prévue à l'article 723-31, et de mettre parfois en exergue l'évolution importante réalisée par le condamné depuis son incarcération, il nous semble que la possibilité de mettre en perspective plusieurs avis en ce domaine est toutefois indispensable. De ce point de vue, il n'y a aucune raison pour que le condamné ne puisse se voir reconnaître le droit de demander la réalisation d'une contre-expertise lorsque les avis présents au dossier ne lui semblent pas relater l'évolution de sa personnalité.

649. – Les justifications du caractère facultatif de la contre-expertise – Il nous semble que plusieurs raisons peuvent expliquer le choix du législateur. La première tient assurément dans la multiplicité des sources à partir desquelles le Tap va pouvoir se prononcer sur la nécessité ou non de placer tel ou tel condamné sous surveillance judiciaire. En effet, au-delà de l'expertise unique prévue à l'article 723-31 du Code de procédure pénale, la pratique judiciaire tend à démontrer que ce sont, plus largement, toutes les expertises réalisées depuis le début du traitement pénal de l'affaire litigieuse qui vont être utilisées en vue d'apprécier l'évolution de la personnalité du condamné durant le temps de sa détention, mais également les résultats de la synthèse socio-éducative qui comportent une évaluation du risque de récidive. En outre, il doit être rappelé que le procureur de la République comme le Jap disposent de la faculté, s'ils l'estiment opportun, d'ordonner, de manière alternative ou cumulative, la réalisation par deux experts de l'expertise médicale prévue par l'article 723-31 ; du placement du condamné aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité dans le CNE pour une durée comprise entre deux et six semaines, qui est déterminée par l'administration pénitentiaire au regard des informations relatives à la situation du condamné transmises par les autorités judiciaires préalablement au placement ; la saisine pour avis de la CPMS. De fait, l'ensemble de ces éléments, dès lors qu'ils sont concordants dans leurs conclusions, peut paraître plus que suffisant pour permettre au Tap

¹⁷⁷⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 521-12.

d'apprécier le risque de récidive présenté par le condamné, sans qu'il soit nécessaire d'accorder à ce dernier la faculté d'exiger la réalisation d'une contre-expertise.

650. – La critique du caractère facultatif de la contre-expertise – En pratique, il doit être rappelé que si le juge dispose effectivement de nombreux outils en vue d'évaluer le risque de récidive du condamné au moment de son élargissement, encore faut-il observer que l'article D. 147-36 du Code de procédure pénale prévoit que « *l'expertise prévue par l'article 723-31 peut ne pas être ordonnée si figure dans le dossier individuel du condamné une expertise datant de moins de deux ans, ordonnée le cas échéant à l'occasion d'une demande de libération conditionnelle, et qui conclut à la dangerosité du condamné et d'où il ressort qu'il existe un risque de récidive paraissant avéré.* ». Or, si l'alinéa 2 prévoit effectivement la possibilité pour le condamné d'exiger la réalisation d'une contre-expertise de plein droit, celui-ci n'est applicable qu'aux personnes ayant été condamnées pour des faits commis avant le 14 décembre 2005. *Quid* des autres condamnés ? Non seulement, ni le Jap ni le procureur de la République ne sont tenus d'ordonner la réalisation de l'expertise médicale prévue à l'article 723-31 du Code de procédure pénale, mais encore ne sont-ils pas davantage tenus de recourir à l'un des modes d'évaluation de la dangerosité du condamné prévue à l'article D. 147-34, l'alinéa 2 de ce texte débutant par « *s'ils l'estiment opportun [...]* ». De fait, la décision de placement sous surveillance judiciaire peut être prise par le Tap en se basant sur des éléments plus ou moins anciens, et qui ne relatent pas forcément l'état d'esprit du condamné au moment de son élargissement. De ce point de vue, il nous semble que le condamné devrait pouvoir exiger du juge la réalisation d'une contre-expertise de plein droit s'il estime que les éléments soumis au débat n'illustrent pas les évolutions récentes de sa personnalité. Le mécanisme de l'expertise de plein droit retenu à l'article D. 147-36 au profit des personnes condamnées pour des faits commis antérieurement au 14 décembre 2005 devrait donc être étendu à l'ensemble des condamnés.

651. – Les droits procéduraux et processuels du condamné dans la phase préparatoire au prononcé d'une surveillance judiciaire – En dehors du cas précis de l'évaluation du risque de récidive, il doit être observé que le condamné est traité comme un sujet passif par le Code de procédure pénale, ce qui s'explique par le fait que toute la procédure est diligentée concurremment par le parquet et le Jap. Est-ce à dire que le condamné ne dispose d'aucune garantie procédurale à ce stade de la procédure ? Il semble effectivement qu'une réponse positive s'impose dès lors que la phase préparatoire de la procédure tendant au placement sous surveillance judiciaire appartient exclusivement aux autorités judiciaires, ce qui résulte de la finalité même de la mesure de surveillance judiciaire, d'une part, mais également du fait que cette phase préparatoire ne s'inscrit pas dans le cadre d'une instance, d'autre part. En effet, le

déclenchement de l'instance ne survient qu'au moment où le procureur de la République transmet ses réquisitions au Jap aux fins de saisine du Tap.¹⁷⁷⁶ Tous les événements antérieurs à cet instant se déroulent hors du cadre de l'instance, de sorte que le condamné ne peut légitimement prétendre exercer quelques droits processuels ou procédural que ce soit, sauf à ce que le législateur le lui autorise spécialement.

2) *Le rôle du condamné dans la phase décisive*

652. – L'exercice des droits de la défense au stade décisive – Ce n'est qu'au stade de la phase décisive que le condamné peut enfin exercer les droits de la défense ; situation logique dès lors que ce n'est qu'à compter de la saisine du Tap par le parquet que l'instance est déclenchée, et que le législateur n'a pas prévu la faculté pour le condamné d'exercer ses derniers hors le cadre de l'instance.¹⁷⁷⁷ Il résulte des dispositions de l'article 723-32 du Code de procédure pénale que la surveillance judiciaire rejoint le droit commun en ce qui concerne le déroulement de l'instance au stade de son prononcé. En effet, selon ce texte, c'est la procédure prévue à l'article 712-6 qui a vocation à régir et encadrer le prononcé de la surveillance judiciaire par le Tap. Sur ce point, il peut être observé que ce texte précise que « *le condamné est obligatoirement assisté par un avocat choisi par lui, ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier* », ce que ne prévoit pas l'article 712-6 au stade de l'instance en aménagement de peine. L'assistance obligatoire de l'avocat est ici fort bienvenue tant au regard de l'absence d'intervention concrète du condamné au cours de la phase préparatoire qu'au regard de la gravité de la mesure susceptible d'être prise par le Tap. Bien évidemment, le débat contradictoire peut être écarté dès lors que le Tap obtient, « *l'accord du procureur de la République et celui du condamné ou de son avocat* ». En soumettant la procédure de surveillance judiciaire au respect de l'article 712-6, il semble que le législateur ait souhaité donner à la phase décisive de la procédure une certaine souplesse que n'offre pas l'article 712-7, dans un but évident de minimiser les coûts humains et financiers que suppose l'organisation du débat contradictoire, mais également en vue de favoriser une prise de décision dans des délais plus rapides, ce qui favorise une meilleure gestion des flux en milieu carcéral, la finalité des réductions de peine étant de libérer des places dans les établissements pénitentiaires en faisant bénéficier des condamnés qui n'ont pas fourni le moindre effort de réinsertion sociale d'une libération anticipée. C'est tout le paradoxe de la surveillance judiciaire. Dénoncée pour le risque qu'elle fait peser sur les libertés publiques, elle s'impose pourtant comme l'indispensable contre partie d'une politique

¹⁷⁷⁶ Art. D. 147-35 C. proc. pén.

¹⁷⁷⁷ Comme cela est le cas par exemple en amont de l'instance pénale, au stade de l'enquête policière, où le mis en cause dispose de droits et garanties qu'il peut faire valoir en justice.

pénale « *low cost* » qui privilégie l'économie à la recherche d'une véritable réinsertion sociale des condamnés nécessairement plus coûteuse.

653. – Les droits du condamné dans le débat contradictoire devant le Tap – Dans l'hypothèse où le débat contradictoire prévu à l'article 712-6 du Code de procédure pénale n'est pas écarté, il peut être observé que le condamné, sur le fondement du droit commun, dispose de la faculté, tant que le Tap n'a pas statué sur les réquisitions du parquet, de demander la réalisation d'une contre-expertise.¹⁷⁷⁸ Pour le reste, le renvoi à l'article 712-6 implique que le débat contradictoire se déroulant devant le Tap échappe au principe de publicité¹⁷⁷⁹ du fait de la référence à un débat tenu « en chambre du conseil ». À l'instar de ce qui a pu être observé dans l'instance en aménagement de peine, c'est le tribunal qui vient au condamné en général puisque, pour des raisons évidentes de coûts, soit le débat contradictoire se tient au sein de l'établissement pénitentiaire, soit il se déroule de manière virtuelle par recours à la visioconférence.¹⁷⁸⁰ Dans tous les cas, que ce débat contradictoire soit « réel » ou « virtuel », celui-ci prend, sur la forme au moins, les traits caractéristiques d'une audience, la présence du condamné et de son avocat est obligatoire, et ils sont, dans tous les cas, entendus oralement en leurs observations par le tribunal. Le Code de procédure pénale ne réglementant pas la « police de l'audience », comme dans l'hypothèse de l'article 712-7 applicable normalement au débat contradictoire devant le Tap, l'on peut déduire que le renvoi à l'article 712-6 tend à offrir plus de souplesse dans les échanges, mais le poids des expertises comme la raison de l'élargissement du condamné, réduisent ici la possibilité pour ce dernier d'emporter la conviction du tribunal sur des points à propos desquels ce dernier pouvait encore douter. De ce point de vue, l'absence de débat contradictoire dans les procédures d'aménagement de peine pris par voie d'ordonnance est particulièrement préjudiciable pour le condamné, même s'il ne s'agit que de mesures temporaires d'aménagement de peine, surtout lorsque l'on voit que ce dernier n'a pu faire entendre sa voix ou ses arguments au stade préparatoire. Naturellement, à l'instar du procureur de la République, le condamné placé sous surveillance judiciaire par décision du Tap peut interjeter appel du jugement rendu par cette juridiction dans le délai d'appel de droit commun - dix jours - commençant à courir à compter de la notification du jugement, lequel est porté devant la Chap siégeant en formation ordinaire. Là aussi, conformément au droit commun, la Chap statue au terme d'un débat contradictoire au cours duquel sont entendues les réquisitions du parquet et les observations de l'avocat du condamné, lequel n'est pas entendu, sauf décision contraire de la Chap le décide. Lorsque le

¹⁷⁷⁸ Sur cette question, V° : supra, n°...

¹⁷⁷⁹ Supra, n°...

¹⁷⁸⁰ Supra, n°...

condamné doit être entendu, et que celui-ci est détenu, deux options s'offrent à la Chap : soit l'un de ses membres se déplace dans l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu, soit elle entend ce dernier *via* la mise en place d'un système de télécommunication entre l'établissement pénitentiaire et la Chap. Naturellement, le condamné, à l'instar du parquet, peut se pourvoir en cassation à l'encontre des arrêts rendus par la Chap, dans les cinq jours de leur notification, à la condition bien sûr que l'un des moyens d'ouverture à cassation existe bien évidemment.

654. – En conclusion – L'analyse du droit positif met clairement en exergue que le condamné ne participe pas à la conduite de l'instance comme nous avons pu le constater dans l'instance pénale ou encore dans l'instance en aménagement de peine - du moins pour les décisions prises par le Jap ou le Tap par voie de jugement - parce que ce dernier est ici cantonné à un rôle passif. Cela résulte assurément de ce que la délimitation de la matière litigieuse est le fait de la loi qui impose au procureur de la République comme au Jap de vérifier, préalablement à l'introduction de l'instance, si les condamnés éligibles à une surveillance judiciaire remplissent les conditions de son prononcé ou non. En cas de réponse positive, le parquet doit saisir le Tap d'une demande de placement sous surveillance judiciaire qui comporte en son sein les éléments du litige en cas de contestation du condamné. Or, à l'exception de la demande de contre-expertise à laquelle le Tap n'est nullement tenu de répondre par l'affirmative, le condamné ne dispose pas de droits procéduraux lui permettant d'influer sur le déroulement de l'instance. La phase préparatoire est aux mains des autorités judiciaires, quant au stade décisif, force est d'admettre que le condamné ne dispose pas d'un pouvoir d'initiative comme dans l'instance pénale ou l'instance en aménagement de peine, lui permettant d'influer sur le déroulement de la procédure en participant à la direction de l'instance comme à la maîtrise de la matière litigieuse. Dans l'instance en placement sous surveillance judiciaire, le condamné dispose simplement des garanties issues du modèle de procès équitable, et celles-ci le cantonnent à un rôle passif ; passivité typique de la position de défendeur dans le modèle inquisitoire.

B - LE RÔLE DU CONDAMNÉ DANS L'EXÉCUTION DE LA SURVEILLANCE JUDICIAIRE

655. – Le contentieux né de l'exécution de la surveillance judiciaire – À l'instar de ce qui peut être observé à propos de l'exécution des aménagements de peine prononcés par les juridictions de l'application des peines, l'exécution de la surveillance judiciaire peut également donner lieu à un contentieux, dès lors que le Jap, qui est chargé du suivi des condamnés placés sous surveillance judiciaire, intervient pour en durcir le régime, en ajoutant par exemple des obligations à celles déjà existantes ; qu'il décide de la prolonger, de la suspendre ou la supprimer.

Or, comme nous allons le voir, le respect des garanties procédurales fondamentales n'est guère satisfaisant puisque les droits du condamné supportent des variations importantes selon que la décision du Jap affecte la durée de la mesure de surveillance judiciaire (2) ou seulement les modalités de son exécution (1).

1) *Le rôle du condamné dans les procédures modifiant les modalités d'exécution de la surveillance judiciaire*

656. – Le respect *a minima* des garanties procédurales dans le cas de la modification des obligations accompagnant la surveillance judiciaire – La fixation des obligations auxquelles le placé devra se conformer au cours de l'exécution de la surveillance judiciaire se trouve au sein du jugement du Tap, ou de l'arrêt de la Chap. Toutefois, ces obligations ne sont pas fixées de manière définitive, et sont même appelées à évoluer au cours de l'exécution de la surveillance judiciaire, selon le comportement du condamné ou l'évolution de son environnement. Le Jap étant chargé du suivi de l'exécution des mesures surveillance judiciaire, il est naturellement le mieux placé pour pouvoir modifier les obligations fixées par le Tap ou la Chap. En pareille situation, la procédure suivie est celle prévue à l'article 712-8 du Code de procédure, auquel renvoie l'article 723-34. Autrement dit, le Jap modifie les obligations auxquelles se trouve soumis le condamné par voie d'ordonnance motivée, ce qui exclut tout débat contradictoire sauf si le parquet s'y le demande. Le renvoi à l'article 712-8 du Code de procédure pénale prive le condamné d'un débat contradictoire¹⁷⁸¹, et de manière très contestable, se voit refuser le droit reconnu au procureur de la République d'en demander un. En effet, l'article 712-8 prévoit expressément que « *les décisions modifiant ou refusant de modifier [...] les obligations [...] des mesures ordonnées par le tribunal de l'application des peines en application de l'article 712-7 sont prises par ordonnance motivée du juge de l'application des peines, sauf si le procureur de la République demande qu'elles fassent l'objet d'un jugement pris après débat contradictoire conformément aux dispositions de l'article 712-6.* ». Pourquoi le procureur de la République se voit-il seul reconnaître la faculté d'exiger la tenue d'un débat contradictoire ? Le principe de l'égalité des armes ne commande-t-il pas que le condamné puisse également demander la tenue d'un tel débat ? La question mérite d'être posée, ce d'autant, qu'il serait tout de même bon que ce dernier soit mis en mesure de s'expliquer sur les raisons de son manquement, s'il s'avère que c'est ce type d'évènement qui justifie un renforcement des obligations accompagnant sa surveillance judiciaire par exemple. La même critique peut être formulée à propos de la procédure d'appel dans la mesure où le président de la Chap statue

¹⁷⁸¹ Sur cette question, V° : n°...

également par ordonnance motivée au vu des seules observations écrites des parties.¹⁷⁸² La procédure suivie ici ne respecte qu'à minima les garanties procédurales issues de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et ne permettent certainement pas au condamné d'influer sur la direction de l'instance ou de participer à la maîtrise de la matière litigieuse.

657. – Le respect des garanties procédurales dans le cas de la suspension de la surveillance judiciaire par le Jap – Si la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 prévoit que la surveillance judiciaire se trouve suspendue pour cause de détention, hors hypothèse de retrait de tout ou partie des réductions de peine - ce qui pourra être le cas, par exemple, du condamné provisoirement détenu sur décision du juge d'instruction -, c'est principalement la suspension pour raisons médicales qui va nous intéresser ici. À la loi précitée, le décret n° 2010-1277 du 27 octobre 2010¹⁷⁸³ est venu ajouter une cause de suspension de la surveillance judiciaire pour motifs d'ordre médicaux, « *notamment en cas d'hospitalisation de la personne* ». Ici aussi, les garanties procédurales entourant la suspension de la surveillance judiciaire sont extrêmement réduites, l'article D. 147-40-3 du Code de procédure pénale renvoyant pour la mise en œuvre de la suspension de la surveillance judiciaire pour raisons d'ordre médical à l'article 712-8. De fait, le condamné se retrouve dans une position procédurale passive, le rôle principal étant tenu par le Jap, et dans une moindre mesure, le procureur de la République à qui la loi reconnaît au moins la faculté de demander la tenue d'un débat contradictoire. Reste que, au principal, c'est le Jap qui a la main, puisque c'est lui qui décide de la suspension de la surveillance judiciaire pour une durée de trois mois, renouvelable autant de fois que nécessaire au regard de l'état de santé du condamné, par voie d'ordonnance. Le recours à la procédure par ordonnance témoigne du caractère « quasi-administratif » de la procédure suivie devant les juridictions de l'application des peines, tout étant finalement décidé au regard des seuls documents fournis par les parties. Le Jap peut également décider de ne suspendre qu'une partie des obligations, de modifier ou de compléter, pendant la durée de la suspension de la surveillance judiciaire, certaines des autres obligations et interdictions auxquelles le condamné est astreint, « *notamment en lui imposant comme lieu de résidence le lieu de son hospitalisation* ». ¹⁷⁸⁴ Comme l'on peut le constater, le condamné ne dispose nullement de droits procéduraux lui permettant d'intervenir dans la conduite de l'instance qui se trouve entièrement, ou presque, placée entre les mains du Jap du fait du renvoi à l'article

¹⁷⁸² V° supra, n°...

¹⁷⁸³ Relatif à la libération conditionnelle et à la SURVEILLANCE JUDICIAIRE et portant diverses dispositions de procédure pénale : *JORF* du 28 oct. 2010, 19365.

¹⁷⁸⁴ Art. D. 147-40-3 C. proc. pén.

712-8 par l'article D. 147-40-3 du Code de procédure pénale. Un constat identique peut être effectué à propos de la procédure d'appel dans la mesure où le président de la Chap statue également par ordonnance motivée au vu des seules observations écrites des parties¹⁷⁸⁵, de sorte que la procédure suivie ne respecte les garanties procédurales issues de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme que de façon minimalistes, et ne permettent pas au condamné d'influer sur la direction de l'instance ou de participer à la maîtrise de la matière litigieuse, comme cela est d'ailleurs le cas dans l'instance en aménagement de peine concernant les mesures prises sur le fondement de l'article 712-5 du Code de procédure pénale.¹⁷⁸⁶

658. – Le choix d'un cadre procédural peu contraignant en cas d'individualisation des modalités de la surveillance judiciaire – Tel peut être le constat qui peut être fait à l'aune des développements précédents. Dès lors que la décision du Jap n'a vocation qu'à modifier les modalités d'exécution de la surveillance judiciaire, le législateur a fait le choix d'un cadre procédural minimaliste au sein duquel, outre le fait que les garanties prévues à l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne nous semblent pas réellement respectées, notamment le principe contradictoire ou le principe de l'égalité des armes, le condamné se voit assigner un rôle passif, tant au niveau de la direction de l'instance que de la maîtrise de la matière litigieuse. Alors certes, le législateur ne fait finalement que procéder à une extension des procédures existantes dans l'instance en aménagement de peine, mais, d'une part, nous ferons valoir ici ce que nous avons déjà indiqué précédemment - à savoir que les décisions du Jap prises par voie d'ordonnance n'offre pas au justiciable les garanties que l'on est en droit d'attendre en matière pénale au regard des prévisions de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme - mais de manière peut être encore plus vive ici dans la mesure où la surveillance judiciaire n'est pas une peine fondée sur la culpabilité d'un individu, mais une mesure de sûreté ayant vocation à prolonger les effets de la peine en permettant que soit exercé un contrôle social sur une personne présumée dangereuse dont l'élargissement est acté par l'institution judiciaire malgré un risque de récidive avéré. À compter de l'instant où la société a fait le choix de ne plus fonder la libération anticipée des condamnés sur le critère tiré des efforts de réinsertion sociale fournis par ces derniers durant l'exécution de leur peine, mais sur des critères gestionnaires et économiques tenant à l'impérieuse nécessité de moduler les flux en milieu carcéral, peut être serait-il judicieux que celle-ci ne fasse pas, de surcroît, l'économie d'un véritable « procès » au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme lorsque le Jap entend durcir les modalités du contrôle social

¹⁷⁸⁵ V° supra, n°...

¹⁷⁸⁶ Supra, n°...

auquel la personne se trouve soumise. En effet, l'argument nous semble encore plus pertinent ici que dans le cadre des procédures tendant au prononcé des aménagements de peine prévus à l'article 712-5 du Code de procédure pénale que, contrairement à ce cas, ce sont des considérations d'intérêt général, et non pénitentiaires, qui président à la prise de décision par le Jap. De ce point de vue, il nous semble qu'à l'instar du représentant de la société qui dispose de la faculté de demander la tenue d'un débat contradictoire, le condamné devrait, *a minima*, se voir octroyer le même droit, comme le commande le principe de l'égalité des armes. Allant plus loin, il nous semble que c'est, l'ensemble des décisions prises par le Jap en vue de modifier les modalités d'exécution d'une surveillance judiciaire, qui devraient être prises conformément aux dispositions de l'article 712-6 du Code de procédure pénale, ce qui est d'ailleurs prévue pour les décisions affectant l'existence même de la mesure. Quoi qu'il en soit, en l'état actuel du droit positif, le rôle totalement passif du condamné témoigne de la dominante inquisitoire de la procédure pénale à ce stade en ce que c'est le juge qui a la maîtrise de la direction de l'instance, et non les parties, comme la maîtrise de la matière litigieuse, même si le parquet peut être à l'origine de l'information du Jap ayant donné lieu au déclenchement de la procédure prévue à l'article 712-8 du Code de procédure pénale.

2) Le rôle du condamné dans les procédures affectant la durée de la surveillance judiciaire

659. – Le respect des droits procéduraux du condamné dans l'hypothèse de la cessation de la surveillance judiciaire par le Jap – Nous savons qu'il résulte de l'article 723-34 du Code de procédure pénale que le Jap dispose de la faculté de mettre fin à une mesure de placement sous surveillance judiciaire de manière anticipée, dès lors que la réinsertion du condamné paraît acquise. Il doit être observé ici que le législateur a entouré la cessation de la surveillance judiciaire de garanties que l'on aurait souhaité dans les procédures évoquées précédemment. En effet, alors que la cessation de la surveillance judiciaire apparaît comme une mesure favorable au condamné, c'est précisément à propos de cette dernière que le législateur impose très curieusement le recours à la procédure de jugement prévue à l'article 712-6 du Code de procédure pénale. Autrement dit, quand le Jap peut durcir le régime de la surveillance judiciaire en ajoutant, notamment, des obligations nouvelles à celles imposées par le Tap, le condamné voit la plupart des garanties auxquelles il pourrait prétendre au titre de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme être évacuées par l'application d'un cadre procédural qui ne lui est absolument pas favorable, mais quand le Jap entend prendre une décision qui lui est *de facto*

favorable, celui-ci se voit doté de certaines garanties, et pas des moindres, lui permettant d'exercer pleinement ses droits de la défense, et d'intervenir dans le déroulement de l'instance. En effet, le renvoi à l'article 712-6 induit le prononcé d'une décision de justice précédée d'un débat contradictoire au cours duquel le condamné, comme son avocat, pourront faire valoir leurs observations devant le juge, et contredire de vive voix les arguments ou les faits avancés par le parquet, dès lors que celui-ci s'oppose à la décision que le juge entend prendre. Si le dispositif peut sembler incohérent du point de vue du condamné, c'est que précisément, ce n'est pas pour lui qu'il est instauré, mais pour le représentant de la société, ce qui témoigne bien de la prééminence de l'intérêt général dans l'instance en placement sous surveillance judiciaire. En effet, il nous semble évident que si le procureur de la République - et non le condamné - se voit reconnaître la faculté d'exiger la tenue d'un débat contradictoire lors que le Jap modifie les modalités d'exécution de la surveillance judiciaire, c'est que le législateur considère que le mécanisme de la surveillance judiciaire a pour finalité de défendre la société, et non le condamné. De ce point de vue, il est parfaitement logique que le seul représentant de la société puisse demander la tenue d'un débat contradictoire en vue d'emporter la conviction du juge quant à l'inopportunité pour l'intérêt général d'assouplir le régime de la surveillance judiciaire. Et parce que cette mesure de sûreté défend l'intérêt général, et non les intérêts privés du condamné, ce dernier ne peut, pareillement, demander la tenue d'un débat contradictoire lorsque le juge entend durcir le régime de la surveillance judiciaire, précisément parce qu'une telle décision est favorable à l'intérêt général. De la même manière, c'est bien parce que la cessation anticipée de la surveillance judiciaire est susceptible de léser l'intérêt général que le législateur exige qu'une telle décision soit prise dans les formes prévues par l'article 712-6 du Code de procédure pénale ; en d'autres termes, après un débat contradictoire.

660. – Le respect des droits procéduraux du condamné en cas du prolongement de la surveillance judiciaire au-delà du délai initial – En effet, si le législateur a prévu que la surveillance judiciaire ne peut en principe excéder le total des réductions de peine des articles 721 et 721-1 du Code de procédure pénale, il a introduit la possibilité de prolonger cette mesure en recourant à deux mécanismes. Le premier est celui institué par l'article 723-34, alinéa 2, qui dispose que « *si le comportement ou la personnalité du condamné le justifie, [le Jap] peut, par Jugement rendu selon les modalités prévues par la dernière phrase du premier alinéa de l'article 723-32, décider de prolonger la durée de ces obligations, sans que la durée totale de celles-ci ne dépasse celle prévue à l'article 723-29.* ». Il s'agit donc ici d'un prolongement dont la durée est limitée par les réductions de peine, ce qui signifie que si le Jap veut se ménager une possibilité de sanctionner le condamné, il a tout intérêt en pratique à ne pas aligner immédiatement la durée de la surveillance judiciaire sur celle de la

totalité des réductions de peine. En pareille hypothèse, il doit être observé que le renvoi à l'article 723-32 impose immédiatement le respect des garanties procédurales fondamentales telles que le droit d'être assisté et représenté par un avocat, qui en l'espèce, est renforcé par le caractère obligatoire de la présence de l'avocat aux côtés du condamné, ou encore la tenue d'un réel débat contradictoire permettant à toutes les parties de comparaître et de s'exprimer devant le juge. Le deuxième est celui institué par l'article 723-37 du Code de procédure pénale qui prévoit que « *lorsque le placement sous surveillance judiciaire a été prononcé à l'encontre d'une personne condamnée à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale mentionnée à l'article 706-53-15 peut, selon les modalités prévues par cet article, décider de prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne, au-delà de la limite prévue à l'article 723-29, en la plaçant sous surveillance de sûreté pour une durée de deux ans* ». Dans cette hypothèse, La JRRS est saisie par le Jap ou le procureur de la République six mois avant la fin de la mesure. Le placement sous surveillance de sûreté ne peut être ordonné qu'après expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité, dans l'hypothèse où les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FJNAIS) ou violentes apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13, d'une part, et que cette mesure constitue l'unique moyen de prévenir la commission - dont la probabilité est très élevée - de ces infractions, d'autre part. Tout le problème ici est que, selon l'article 723-37, « *la surveillance de sûreté peut être prolongée selon les mêmes modalités et pour la même durée si les conditions prévues par le présent article demeurent remplies* ». Autrement dit, le condamné placé sous surveillance de sûreté est susceptible de faire l'objet d'une surveillance illimitée, la mesure pouvant être prolongée indéfiniment tant que les conditions de son maintien se trouvent réunies. Dans le cadre de la procédure de placement sous surveillance de sûreté, le respect des garanties procédurales fondamentales semblent nettement plus satisfaisant puisque le condamné bénéficie de l'assistance obligatoire d'un avocat, choisi par lui ou commis d'office, et que la JRRS statue à l'issue d'un débat contradictoire, qui peut être public si le condamné le demande. Par ailleurs, contrairement à ce que l'on a pu observer à propos de surveillance judiciaire, la demande de contre-expertise formulée par le condamné est de droit, ce qui signifie que ce dernier peut, *a priori*, réellement exercer les droits de la défense, chose qu'il ne peut faire devant les juridictions de l'application des peines dans le cadre de la surveillance judiciaire, ou de manière extrêmement réduite. Par ailleurs, qu'elle soit décidée par le Jap dans le cadre de l'article 723-32 ou par la JRRS dans celui de l'article 723-37, le prolongement de la surveillance judiciaire peut être contesté, soit devant la Chap lorsqu'elle est imposée par jugement du Jap, soit devant la juridiction nationale de rétention de sûreté (JNRS) lorsqu'elle l'est par

jugement de la JRRS. Dans tous les cas, un pourvoi en cassation devant la chambre criminelle est possible.

661. – En conclusion – Le condamné dispose à l'évidence de droits procéduraux - et processuels - à géométrie variable. L'analyse tend à démontrer que le critère délimitant l'étendue des droits du condamné au stade exécutoire de la surveillance judiciaire n'est autre que la préservation de l'intérêt général qui prédomine dans la balance des intérêts en présence, ce qui induit nécessairement une prédominance du modèle inquisitoire. Ceci explique que les autorités judiciaires, davantage le juge que le procureur de la République d'ailleurs, dispose très classiquement en matière pénale de la maîtrise de la conduite de l'instance comme la maîtrise de la matière litigieuse, même si leur marge de manœuvre en ce domaine se trouve strictement encadrée par la loi. Le raisonnement se trouve, nous semble-t-il, d'autant mieux conforté que l'on peut observer une augmentation des droits du condamné dans la procédure de prolongation de la surveillance judiciaire au-delà du délai initialement fixé par le Tap, surtout lorsque celle-ci a pour effet d'entraîner le prononcé d'une surveillance de sûreté. Pourquoi le condamné se voit-il subitement recouvrer la plupart de ces droits procéduraux et processuels, si ce n'est que, la surveillance de sûreté, en prolongeant les effets de la peine au-delà de sa durée initiale, fait peser sur les libertés publiques un risque important qui impose un rééquilibrage des droits procéduraux entre le condamné, le parquet et le juge. Même si l'intérêt général prédomine encore au regard de la finalité de la mesure, le respect des libertés publiques commande à l'évidence un encadrement plus strict de l'action de l'État dans la protection du corps social qui se traduit par une augmentation des droits et garanties fondamentaux reconnus au condamné dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté.

662. – Conclusion du paragraphe 2 – La prééminence de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence dans la finalité assignée à la mesure de surveillance judiciaire impose nécessairement, au stade procédural, la préférence pour le modèle inquisitoire. L'analyse du droit positif confirme ce constat. Parce que la surveillance judiciaire a vocation à protéger la société des individus dangereux libérés de manière anticipée grâce à des crédits de réduction de peine qui n'ont pour finalité que permettre une meilleure gestion des flux en milieu carcéral, il est naturel que le condamné se voit cantonné dans un rôle passif. Tel est le cas bien évidemment concernant la maîtrise de la matière litigieuse, qui est en réalité déterminé par la loi, mais également dans la conduite de l'instance. En effet, à l'exception de la demande de contre-expertise à laquelle le Tap n'est nullement tenu de répondre par l'affirmative, le condamné ne dispose pas de droits procéduraux lui permettant d'influer sur le déroulement de l'instance ou sur la matière litigieuse.

Au sein de la phase préparatoire le condamné se trouve entre les mains des autorités judiciaires. Au stade décisoire, il ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative, comme cela est le cas dans l'instance pénale ou dans l'instance en aménagement de peine, lui permettant d'influer sur le déroulement de la procédure en participant à la direction de l'instance comme à la maîtrise de la matière litigieuse. En réalité, le condamné ne dispose, au mieux, que des garanties issues du modèle de procès équitable, et celles-ci ne lui permettent pas de sortir du rôle passif, typique de la position de défendeur dans le modèle inquisitoire, dans lequel celui-ci se trouve cantonnée. En réalité, il n'y a que dans l'hypothèse de la prolongation de la surveillance judiciaire au-delà du délai initialement fixé par le Tap, surtout lorsque celle-ci a pour effet d'entraîner le prononcé d'une surveillance de sûreté, que le condamné voit ses droits procéduraux augmenter. La raison de cet accroissement des droits procéduraux du condamné s'explique en ce que le risque que fait peser sur les libertés publiques le prolongement du contrôle social, au-delà de la durée initiale de la peine par le prononcé d'une surveillance de sûreté, impose un encadrement plus drastique de l'action de l'État dans la protection du corps social en vue de mieux garantir les droits et libertés fondamentaux de l'intéressé.

663. – Conclusion de la section 1 – La prééminence de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence au regard de la finalité poursuivie par la surveillance judiciaire impose, au stade procédural, une préférence pour le modèle inquisitoire qui fait prévaloir, dans la direction de l'instance comme dans la maîtrise de la matière litigieuse, le rôle des autorités judiciaires sur celui des parties privées. Tel est le constat que l'étude de la répartition des rôles processuels du juge, du parquet, et du condamné, dans le déclenchement comme dans la conduite de l'instance, fait apparaître. Alors que le Jap et le procureur de la République constituent des sujets actifs dans la mise en œuvre du dispositif de protection de la société - la loi leur imposant de repérer les condamnés éligibles à une telle mesure, de faire évaluer le degré du risque de récidive présenté par ces derniers, et le cas échéant, de saisir le Tap aux fins de placement sous surveillance judiciaire - le condamné apparaît comme un sujet passif en ce qu'il ne dispose pas de prérogatives procédurales lui permettant de participer à la maîtrise de la direction de l'instance ni à la maîtrise de la matière litigieuse, ce qui témoigne bien que le contrôle social est réfractaire à l'ascension des intérêts privés, tout simplement parce qu'il a vocation à préserver l'intérêt général. La configuration procédurale du juge, du parquet, et du condamné, dans l'instance en placement sous surveillance judiciaire est des plus classiques en matière pénale du fait de la prééminence du juge, et du parquet dans une moindre mesure, dans la direction de l'instance et la maîtrise de la matière litigieuse. De ce point de vue, il est bien évidemment exclu de constater ici l'émergence d'un principe d'initiative - qui suppose par définition la faculté reconnue aux parties d'impulser

l'instance et de participer activement à la conduite de celle-ci - ni celle d'un principe dispositif qui reconnaît aux parties le pouvoir de délimiter la matière litigieuse, ce qui n'est pas le cas ici puisque c'est la loi qui fixe les éléments du litige par le caractère automatique de la procédure qu'elle instaure. Si le condamné n'est qu'un sujet passif, il doit être observé que les autorités judiciaires, bien qu'elles s'imposent comme des sujets actifs de la procédure tendant au prononcé d'une surveillance judiciaire, voient leur pouvoir d'appréciation sévèrement bridé. Le juge comme le procureur de la République apparaissent en effet comme de « simples exécutants » de la volonté de la société de se protéger des individus dangereux remis en liberté de manière anticipée pour des considérations économiques tenant à une gestion optimale des flux en milieu carcéral, en substituant à l'exécution de la peine une mesure de contrôle social dont la mise en œuvre automatique n'est que la conséquence de l'automatisme du mécanisme par lequel le condamné jugé dangereux bénéficie malgré tout d'une libération anticipée. En ce sens, il peut être observé d'ailleurs que l'efficacité de la surveillance judiciaire se trouve renforcée par le fait que son prononcé repose sur des considérations criminologiques dont l'appréciation échappe au juge qui se trouve donc, en grande partie, lié par les conclusions des experts sur l'évaluation de du risque de récidive que présente tel ou tel condamné.

SECTION 2. - LA PRÉÉMINENCE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS RÉTENTION OU SURVEILLANCE DE SÛRETE

664. – Le renforcement du contrôle social des criminels les plus dangereux – À l'instar de ce qui peut être observé en amont de l'instance pénale, le législateur a procédé à une gradation des mesures de sûreté susceptibles d'être prononcées à l'encontre des condamnés présentant un risque de récidive à l'issue de l'exécution de leur peine.¹⁷⁸⁷ Franchissant assurément un seuil supplémentaire dans l'accentuation du contrôle social que la collectivité entend exercer désormais sur les délinquants jugés dangereux à la fin de l'exécution de leur peine, le législateur, à l'occasion de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008¹⁷⁸⁸, a introduit deux nouvelles mesures de sûreté à forte coloration pénale. La première, qui n'est rien d'autre qu'un outil de neutralisation des criminels les plus dangereux, tend à maintenir ces derniers en détention au-delà de l'exécution de leur peine

¹⁷⁸⁷ V° en ce sens : J.-H. ROBERT, « Récidive législative. Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », *Dr. pén.* 2010, étude 8. – M. HERZOG-EVANS, « La loi “récidive III” : extension et aggravation de la “probation” obligatoire », *ibid.*

¹⁷⁸⁸ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Dr. pén.* 2008, étude 5.

(§.1).¹⁷⁸⁹ La seconde a vocation à prendre la suite d'autres mesures de sûreté en plaçant ces derniers sous une surveillance renforcée (§.2). Dans les deux cas, ces mesures, parce qu'elles présentent la particularité de pouvoir être maintenues *ad vitam aeternam* tant que la dangerosité de l'individu auxquelles elles sont appliquées n'a pas disparue, font peser un réel risque sur les libertés publiques.

§.1 - LE RÔLE PRÉGNANT DES AUTORITÉS JUDICIAIRES DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS RÉTENTION DE SÛRETE

665. – La répartition des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance en placement sous mesure de rétention de sûreté – La rétention de sûreté est un mécanisme prononcé au cours de la phase décisive de l'instance pénale, mais qui ne va réellement prendre corps - et produire ses effets - qu'une fois l'exécution de la peine consommée. La procédure devant aboutir au prononcé d'une mesure de rétention de sûreté donne assurément naissance à une instance spécifique, autonome de l'instance pénale comme de l'instance en aménagement de peine. Autonome par son objet procédural comme par la spécialisation des juridictions judiciaires ayant vocation à intervenir dans le prononcé comme l'exécution des mesures de rétention sûreté et de surveillance sûreté.¹⁷⁹⁰ Parce qu'elle a vocation à s'appliquer après l'exécution de la peine ou à prendre le relais d'une autre mesure de sûreté devenue insuffisante à garantir la protection de la société, et qu'elle conduit à l'enfermement de la personne présentant « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive* », la rétention de sûreté fait peser sur les libertés publiques un risque élevé. De fait, il convient donc de s'attacher à observer dans quelle mesure cette instance spécifique obéit également au principe de coopération efficiente du Juge et des parties dans l'élaboration de la décision de justice. Pour cela, il convient de mettre en perspective les prérogatives dévolues aux autorités judiciaires dans le prononcé et l'exécution d'une rétention du sûreté **(A)**, et les droits de la personne faisant l'objet d'une telle mesure **(B)**.

¹⁷⁸⁹ Ce qui ne fait pas pour autant de la rétention de sûreté une peine. V° sur ce point : Cons. Const. n° 2008-562 DC du 21 février 2008 : *JORF* du 26 févr. 2008, 3272.

¹⁷⁹⁰ Sur ces questions, V° : E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., n° 1400 et suivants. – M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 500.00 et suivants.

A - LES PRÉROGATIVES DES AUTORITÉS JUDICIAIRES DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS RÉTENTION DE SÛRETÉ

666. – Le rôle central du juge dans le prononcé, le renouvellement et la mainlevée de la mesure de rétention de sûreté – La rétention de sûreté s'imposant comme une mesure de sûreté à forte coloration répressive¹⁷⁹¹, dont la mise en œuvre s'impose aux autorités judiciaires en vue de garantir la protection de la société, c'est de nouveau le choix du modèle inquisitoire qui est privilégié au stade procédural. Ceci explique que le rôle des autorités judiciaires - surtout du juge - soit particulièrement prégnant au stade du placement de l'intéressée en rétention de sûreté **(1)**, comme au stade du suivi ou du réexamen de la décision initiale **(2)**.

1) Les prérogatives des autorités judiciaires dans l'élaboration de la décision de placement en rétention de sûreté

667. – L'automaticité du déclenchement de la procédure de placement en rétention de sûreté initial – La procédure menant au prononcé d'une rétention de sûreté est prévue à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale qui dispose que, « *à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté selon les modalités prévues par le présent chapitre, à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration* ». L'article 706-53-14 du Code de procédure pénale fait obligation au procureur de la République comme au Jap de saisir la CPMS en vue de procéder à l'évaluation de la dangerosité des condamnés dont la situation est celle prévue à l'article 706-53-13. En effet, il doit être observé, d'une part, que l'article 706-53-14 dispose que « *la situation des personnes mentionnées à l'article 706-53-13 est examinée, au moins un an avant la date prévue pour leur libération, par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue par l'article 763-10, afin d'évaluer leur dangerosité.* », d'autre part, que l'article R. 53-8-53 prévoit que « *la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté est saisie par le juge de l'application des peines, ou à défaut par le procureur de la République, au moins dix-huit mois avant la libération des personnes*

¹⁷⁹¹ Ce qui explique que le Conseil Constitutionnel, tout en affirmant que la rétention de sûreté constitue une mesure de sûreté, lui applique partiellement le régime de la peine en censurant les dispositions de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 qui prévoyaient son application de manière rétroactive, ce qui est en principe la règle pour les mesures de sûreté. V° sur ce point : Cons. Const. n° 2008-562 DC du 21 février 2008 : *ibid.*

mentionnées à l'article 706-53-13, afin qu'elle procède à leur examen conformément aux dispositions de l'article 706-53-14. ». De fait la loi instaure une double obligation à destination des autorités judiciaires : obligation de repérer les condamnés présentant une « *probabilité très élevée de récidive* » d'une part ; obligation de saisir la CPMS aux fins d'évaluation de la dangerosité de la personne concernée, d'autre part. Cette double obligation témoigne du caractère automatique du déclenchement de la procédure qui rappelle bien évidemment ce que l'on a pu déjà constater à propos de la surveillance judiciaire. Le procureur de la République comme le Jap ne disposent ici d'aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de déclencher une procédure susceptible de mener au prononcé d'une mesure de rétention de sûreté ; ils ne sont que de « simples exécutants » de la volonté générale ayant pour mission de repérer les condamnés éligibles à une rétention de sûreté et de transmettre leurs dossiers aux CPMS territorialement compétentes.

668. – L'automatisme de la procédure de placement en rétention de sûreté en cas d'échec d'une autre mesure de sûreté – En dehors de l'hypothèse que nous venons de voir, et dans laquelle la personne condamnée se trouve directement placée en rétention de sûreté à l'issue de l'exécution de sa peine, le législateur a également prévu que les personnes ayant manqué aux obligations de la surveillance sûreté ou ayant refusé le PSEM, peuvent se voir placer en rétention de sûreté à titre de sanction. En effet, l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale prévoit que « *si la méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées [dans le cadre de la surveillance de sûreté] fait apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13* », le président de la JRRS peut ordonner, en urgence, son placement provisoire dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Afin d'éviter des placements en centre socio-médico-judiciaire de sûreté trop hâtifs, le législateur a prévu, d'une part, « *le placement en centre socio-médico-judiciaire de sûreté ne peut être ordonné qu'à la condition qu'un renforcement des obligations de la surveillance de sûreté apparaisse insuffisant pour prévenir la commission des infractions mentionnées à l'article 706-53-13* » ; d'autre part, que « *ce placement doit être confirmé dans un délai maximal de trois mois par la juridiction régionale statuant conformément à l'article 706-53-15, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la rétention.* ». En dehors de l'hypothèse dans laquelle il apparaîtrait que le renforcement des obligations de la surveillance de sûreté soit suffisant pour garantir la protection du corps social, il doit être observé que le président de la JRRS n'a pas d'autre choix que de placer la personne, de manière provisoire au départ, dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Par ailleurs, il doit être observé que la loi n° 2010-242 du mars 2010 prévoit désormais que la personne qui refuse le port d'un PSEM peut faire l'objet d'une rétention de sûreté ; l'alinéa 5 de l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale prévoit expressément que « *le président de la*

juridiction régionale de la rétention de sûreté avertit la personne placée sous surveillance de sûreté que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en œuvre sans son consentement mais que, à défaut ou si elle manque à ses obligations, le placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté pourra être ordonné » selon la procédure prévue par ce texte. L'on voit bien dans ses différentes hypothèses que le déclenchement de la procédure s'impose au juge, en l'occurrence le président de la JRRS, dès lors que le renforcement des obligations de la surveillance de sûreté paraît insuffisant ou que la personne refuse le PSEM. Dans la première hypothèse, dès lors que la personne placée sous surveillance judiciaire viole les obligations qui lui incombent, le Jap ou, en cas d'urgence et d'empêchement de celui-ci ou du magistrat du siège qui le remplace, le procureur de la République, peut décerner mandat d'arrêt ou d'amener contre cette dernière, consécutivement à un placement en rétention ordonné sur le fondement de l'article 712-16-3 du Code de procédure pénale, pour permettre sa présentation devant le président de la JRRS qui décidera de la placer en « *rétention conservatoire* ». ¹⁷⁹² Dans la deuxième hypothèse, dès lors que la personne refuse de donner son consentement au port d'un PSEM, le président de la JRRS peut la placer en « *rétention conservatoire* ».

669. – Le rôle des CPMS dans l'élaboration de la décision de placement en rétention de sûreté – Bien qu'elles ne constituent pas en soi une « autorité judiciaire », les CPMS ont néanmoins vocation, au cours de la procédure susceptible de mener au prononcé d'une rétention de sûreté, à jouer le rôle d'un véritable organe d'instruction qui va, au terme de son examen, rendre un avis déterminant la saisine de la JRRS par le procureur de la République. D'ailleurs, il peut être observé que, bien qu'elles ne puissent être regardées comme une « autorité judiciaire », les CPMS comptent parmi les membres les composant un président de chambre à la cour d'appel, lequel est désigné pour une période de cinq ans par le premier président de la cour dans le ressort de laquelle siège cette commission. Cette observation nous conduit à nous interroger sur la pertinence de réunir au sein d'un organe dont la finalité est d'apprécier la dangerosité des condamnés sur le point d'être élargis, des personnalités telles que le préfet de région, un représentant d'une association nationale d'aide aux victimes ou encore un avocat, membre du Conseil de l'Ordre. Si la présence d'un expert psychiatre, qui ne peut être celui qui réalise l'expertise de l'individu susceptible de faire l'objet d'une rétention de sûreté, d'un expert psychologue ou même du directeur inter-régional des services d'insertion et de probation, peut paraître pertinente, l'on peine franchement à voir ce que la présence du préfet de région, d'un magistrat président de chambre à la cour d'appel, d'un avocat ou d'un représentant d'une association nationale d'aide aux victimes apporte aux décisions des CPMS ? En quoi ces personnalités présentent-elles une quelconque compétence dans l'évaluation clinique de la

¹⁷⁹² M. HERZOG –EVANS, Droit de l'exécution des peines, op. cit., n° 524.52

dangérosité criminologique d'un individu ? Il est regrettable que le critère retenu pour la sélection des membres composant la CPMS n'ait pas été fondé sur une compétence scientifique établie, plutôt que l'exercice d'une activité professionnelle plaçant ces derniers, à des degrés divers d'ailleurs, en contact avec des délinquants. C'est pourtant ce critère qui les autorise à émettre des opinions empiriques quant à l'évaluation de la dangérosité de certains criminels. Si certains auteurs font valoir que les CPMS n'ont finalement vocation qu'à constituer un « *agglomérat d'opinions empiriques* »¹⁷⁹³, alors autant dire qu'il manque de nombreux professionnels dont le regard pratique sur la délinquance serait fort utile, à commencer par un représentant des personnels pénitentiaires ; un représentant des personnels de police ou de gendarmerie ; ou encore un représentant d'une association de réinsertion des condamnés. La critique nous semble d'autant plus nécessaire que les CPMS jouent un rôle déterminant dans le placement des personnes concernées sous rétention de sûreté, d'une part, tout en faisant double emploi avec le CNE comme les juridictions elles-mêmes, d'autre part.

670. – L'initiative de l'instance en placement sous rétention de sûreté conditionnée par l'avis de la CPMS – Il résulte des dispositions de l'article 706-53-15, alinéa 2, du Code de procédure pénale que l'autorité judiciaire compétente pour saisir la JRRS n'est autre que le procureur général, ce qui est logique dans la mesure où celle-ci est une formation de la Cour d'appel. Or, comme le précise ce texte, « *cette juridiction est saisie à cette fin par le procureur général, sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue par l'article 763-10, au moins trois mois avant la date prévue pour la libération du condamné.* ». De fait, comme le fait remarquer Mme Herzog-Evans, la saisine de la JRRS par le procureur général est une « *saisine liée par la proposition de la CPMS* »¹⁷⁹⁴, ce dont il faut comprendre que le procureur général ne pourra saisir la JRRS qu'à compter de l'instant où il a reçu une « *proposition* » en ce sens de la CPMS au regard des conclusions du CNE. Si le pouvoir d'initiative de l'instance en rétention de sûreté se trouve bien entre les mains du parquet général, celui-ci se trouve néanmoins conditionné par l'avis motivé de la CPMS. Cette situation témoigne assurément de l'emprise des données expertales dans le contentieux post-sentenciel, comme le constate Mme le professeur Herzog-Evans en constatant que, si « *le droit de l'exécution des peines tend de manière croissante à lier les juridictions judiciaires, jusqu'alors, il s'agissait d'expertises, dont le contenu obligeait les magistrats dans un sens ou un autre ; voilà que désormais une simple commission vient lier le parquet lui-même, dans son pouvoir souverain de saisine des juridictions* ». ¹⁷⁹⁵ Si la solution retenue par la législateur témoigne de la volonté de ne réduire à néant le pouvoir

¹⁷⁹³ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.62.

¹⁷⁹⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.22.

¹⁷⁹⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, *ibid.*

d'appréciation du procureur de la République dans le déclenchement de l'instance, elle est toutefois fortement critiquable dans la mesure où l'on peine à comprendre pourquoi l'avis de la CPMS, qui ne repose pas sur une évaluation « scientifique » de la dangerosité, prime sur les conclusions formulées par le CNE qui « *rend des avis motivés s'appuyant réellement sur une observation pluridisciplinaire de six longues semaines* ». ¹⁷⁹⁶ Il est tout de même curieux, pour ne pas dire incompréhensible, que le législateur ait considéré que le procureur général se trouve lié par un agglomérat d'opinions empiriques, mais non par un avis motivé s'appuyant sur une observation réellement pluridisciplinaire menée pendant six semaines, au stade de l'initiative de l'instance.

671. – Le rôle central du juge dans la conduite de l'instance au stade décisoire – L'instance en rétention de sûreté déroge aux instances répressive ou en aménagement des peines en ce qu'il n'y a pas, à proprement parler, de phase préparatoire dans laquelle les parties et le juge auraient vocation à conduire l'instance dans la mise en état du dossier. Cela s'explique aisément par le fait que la « mise en état » du dossier porté devant la JRRS s'opère avant l'introduction de l'instance par la CPMS qui détermine, au sein de l'avis qu'elle rend, si la personne dont la dangerosité a été évaluée doit être placée en rétention de sûreté ou non. Reste que la JRRS, au stade décisoire, ne se trouve point dépossédée de tout pouvoir d'investigation. En effet, il doit être observé que le président de la JRRS dispose d'un pouvoir général d'enquête lui permettant « *de faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions ou vérifications utiles à l'exercice de ses attributions* ». ¹⁷⁹⁷ Il doit être rappelé que la récente loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a inséré un article 706-56-2 au sein du Code de procédure pénale permettant aux magistrats, ainsi qu'aux membres de la CPMS, d'accéder aux expertises effectuées tout au long du parcours pénal du condamné, lesquelles sont regroupées au sein d'un répertoire central créé par cette loi. L'audience en JRRS est marquée par un respect des principes du procès équitable ¹⁷⁹⁸ qui ne fait pas regretter l'éviction, en la matière, de la compétence des juridictions de l'application des peines. ¹⁷⁹⁹ Tout d'abord, l'audience en JRRS se montre plus respectueuse du principe contradictoire que ces dernières. En effet, du point de vue du parquet, il doit être noté que celui-ci est présent aux débats, et peut, s'il le souhaite, poser des questions aux témoins cités par le

¹⁷⁹⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.62.

¹⁷⁹⁷ Art. R. 53-8-40, al. 8, C. proc. pén.

¹⁷⁹⁸ J.-P. CÉRÉ, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ pénal* 2008, 220. – D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.* 2008, I, 1840. – B. LAVIELLE, « Une peine infinie. Libre propos sur la rétention de sûreté », *Gaz. Pal.* 2008, Doctr., 2. V° égal. : CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/ Allemagne* : *AJ pénal* 2010, 129, note Leblois-Happe.

¹⁷⁹⁹ M. HERZOG-EVANS, « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », *Gaz. Pal.* 2009, 22.

condamné, ou, plus curieusement, par la JRRS elle-même.¹⁸⁰⁰ L'ordre de prise de parole à l'audience en JRRS est calqué sur celui du droit commun, l'article R. 53-8-40, alinéa 6, prévoyant que le procureur général prend la parole avant la « *personne concernée* », qui elle-même prend la parole avant son avocat. Par ailleurs, nous y reviendrons, l'audience en JRRS peut se tenir en présence du public, si le condamné en fait la demande. Enfin, il doit être rappelé que la JRRS doit spécialement motiver ses décisions, exécutoires immédiatement et susceptibles d'appel de la part du condamné devant la JNRS au regard des conditions posées aux articles 706-53-14 et 706-53-13. Même si le juge s'impose comme la figure centrale dans la conduite de l'instance, il doit être observé que l'intervention de la CPMS au stade préparatoire ne lie pas uniquement le procureur de la République. En effet, l'avis de la CPMS figure au dossier, et dès lors que celui-ci propose le prononcé d'une rétention de sûreté au motif que le regard pluridisciplinaire de la commission aurait constaté que la personne présente « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive* », la JRRS est dans la quasi-impossibilité de passer outre cet avis. De fait, ce n'est pas seulement le procureur de la République qui se trouve lié par l'avis de la CPMS, mais également la juridiction chargée de prononcer le placement en rétention de sûreté. Ainsi, même si le juge occupe le devant de la scène dans la conduite de l'instance au stade décisoire, le poids de l'avis de la CPMS limite nécessairement l'intérêt réel de l'ensemble des prérogatives procédurales qui lui sont octroyées.

672. – Les droits du parquet dans l'exercice des voies de recours à l'encontre des décisions de la JRRS et de la JNRS – Il résulte de l'article 706-53-15, alinéa 3, du Code de procédure pénale que le procureur général ne peut interjeter appel de la décision par laquelle la JRRS ne procède pas au placement du condamné en rétention de sûreté. En effet, ce texte dispose que « *[la décision de placement en rétention de sûreté] est exécutoire immédiatement à l'issue de la peine du condamné* », et « *peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté, composée de trois conseillers à la Cour de cassation désignés pour une durée de trois ans par le premier président de cette cour* ». Il doit être remarqué que ce texte n'envisage que le cas du recours contre une décision de placement en rétention de sûreté, et non l'hypothèse du recours contre une décision refusant de placer la personne dont la dangerosité a été évaluée par la CPMS sous mesure de rétention de sûreté. De fait, il peut sembler que le parquet ne peut interjeter appel des décisions ne prononçant pas de placement en rétention de sûreté, ce qui serait particulièrement regrettable dès lors que cette « mesure de sûreté » a pour finalité d'assurer la protection de la collectivité par la neutralisation des criminels jugés dangereux à l'issue de l'exécution de leur peine. Parce qu'il serait

¹⁸⁰⁰ JRRS Paris, 6 avr. 2009 : D. 2009, II, 2146, note Herzog-Evans.

particulièrement choquant que le représentant de la société que la rétention de sûreté a vocation à protéger, et qui est au demeurant est le seul à pouvoir saisir la JRRS, ne puisse pas contester le refus de cette juridiction de placer le condamné en rétention de sûreté, l'Exécutif est venu rectifier la maladresse législative en affirmant plus largement, au sein d'un article R. 53-8-41 introduit par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008¹⁸⁰¹, que « *les décisions de la juridiction régionale de la rétention de sûreté peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté, qui doit être exercé dans le délai de dix jours à compter de leur notification soit par la personne concernée soit par le ministère public* » ; recours qui n'est pas suspensif. Par ailleurs, il doit être observé que l'article 706-53-15 prévoit que la décision de la JNRS est « *susceptible d'un pourvoi en cassation* », sans autre précision, de sorte qu'il peut être déduit de ce texte que le parquet est parfaitement recevable à se pourvoir en cassation à l'encontre des décisions prises par la JNRS.

2) Les prérogatives des autorités judiciaires dans le suivi de la décision de placement en rétention de sûreté

673. – Le rôle du juge dans le renouvellement de la rétention de sûreté – Tout le problème que pose la rétention de sûreté au regard des libertés publiques réside dans le fait que son renouvellement, pour une même durée que celle initialement prévue par la décision de placement, peut être ordonné sans qu'aucune limite maximale au nombre de renouvellements possibles n'ait été fixée par le législateur. D'année en année, la JRRS peut maintenir un individu en « détention de sûreté », du moins que tant que ce dernier présente une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* ». Cela sera d'autant plus aisé que le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 a allégé la procédure de renouvellement de la rétention de sûreté. Si la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 avait prévu que la procédure tendant au renouvellement de la mesure de rétention de sûreté serait identique à celle ayant été conduite pour son prononcé initial, le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 est venu démanteler l'œuvre législative en allégeant les garanties entourant la prolongation de la rétention de sûreté. Ce décret prévoit que le renouvellement de la rétention de sûreté doit être préparé six mois avant la fin de la mesure initiale. Dans ce délai, le Jap, qui se trouve chargé du suivi de l'exécution de la rétention de sûreté, doit faire connaître son avis au procureur général près la cour d'appel sur un éventuel renouvellement de la mesure. Le cas échéant, ce dernier doit alors saisir la CPMS qui procède de nouveau à l'évaluation de la dangerosité de la personne concernée de la même manière que pour la mesure initiale, sauf que cette fois, et c'est là que

¹⁸⁰¹ Relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté : *JORF* du 5 nov. 2008, 16867.

l'allègement se situe, le passage de la personne concernée par le CNE n'est plus nécessaire. Pour le reste, c'est toujours le procureur général qui saisit la JRRS après proposition de renouvellement, de mainlevée de la mesure ou de placement sous surveillance de sûreté, avec ou sans PSEM, par la CPMS. La suppression du passage par le CNE par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 nous semble contestable dans la mesure où, contrairement à la CPMS¹⁸⁰², le CNE « rend des avis motivés s'appuyant réellement sur une observation pluridisciplinaire de six longues semaines »¹⁸⁰³, et c'est bien parce que le renouvellement est aussi grave que le placement initial que le législateur avait voulu l'entourer des mêmes garanties que ce dernier. C'était d'ailleurs, nous semble-t-il, à ce prix que le Conseil Constitutionnel avait validé le dispositif. Or, le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008, en supprimant le passage devant le CNE prive le juge d'un avis réellement pluridisciplinaire reposant sur une observation du comportement du condamné pendant une période de six semaines qui aurait pu lui fournir les arguments nécessaires pour se dégager de l'avis de renouvellement délivré par la CPMS qui ne peut que le lier, comme dans la procédure de placement initial. De fait, si le juge s'impose comme l'acteur principal de la procédure de renouvellement du placement en rétention de sûreté, encore faut-il observer que son pouvoir de décision se trouve limité par le fait qu'il est lié par l'avis délivré par la CPMS, et de manière encore plus prégnante ici puisque le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008, en le privant de l'avis du CNE, lui retire des éléments d'analyse lui permettant de s'écarter de l'avis de la CPMS.

674. – Le rôle du juge dans la reprise de la rétention de sûreté en cas de suspension – La suspension est prévue en cas de réincarcération de la personne placée en rétention de sûreté, soit au titre d'une détention provisoire, soit au titre d'une nouvelle peine privative de liberté. Si la suspension a été inférieure à six mois, la reprise de la rétention de sûreté paraît automatique. En revanche, si la suspension a excédé un délai de six mois, la reprise de la rétention de sûreté doit être confirmée par la JRRS dans un délai de trois mois après la cessation de la détention, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la mesure, comme l'impose l'article 706-53-21 du Code de procédure pénale. Il doit être observé que le législateur n'est guère prolix quant aux modalités entourant la saisine de la JRRS après détention. Aucun décret d'application n'étant venu, à notre connaissance, préciser les conditions et les modalités de saisine de la JRRS dans ce cas précis, ainsi que le déroulement de l'audience en reprise de rétention de sûreté suite à une suspension de six mois, il doit être seulement noté que, au regard de la nature même de la suspension, il serait logique de prévoir qu'à l'issue de sa détention provisoire, ou de l'exécution de sa peine privative

¹⁸⁰² V° supra, n°...

¹⁸⁰³ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.62.

de liberté, le retenu reprend l'exécution de sa mesure de rétention de sûreté de manière automatique, à charge pour la JRRS de confirmer, dans un délai de trois mois, la poursuite de cette mesure. La décision de la JRRS supposant, au préalable, une nouvelle évaluation de la dangerosité du condamné dont la personnalité a pu évoluer durant le temps dans lequel il a été incarcéré de nouveau, soit au titre d'une détention provisoire, soit au titre de l'exécution d'une peine privative de liberté, il reviendrait alors à la CPMS de procéder à une telle évaluation selon les formes prévues par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 au terme de laquelle elle devrait rendre un avis proposant la poursuite ou la mainlevée de la mesure. Au stade décisoire, il nous semble important de maintenir l'exigence d'une audience dans les formes prévues par l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale en vue de respecter les canons du procès équitable, et permettre ainsi au condamné d'exercer pleinement ses droits de la défense.

675. – En conclusion – Si le rôle prégnant des autorités judiciaires dans la procédure de placement des personnes présentant un risque élevé de récidive en rétention de sûreté résulte de la prééminence de la figure du juge depuis le déclenchement de la procédure jusqu'à l'exécution de la mesure, encore faut-il observer que de manière plus prégnante qu'à propos de la surveillance judiciaire, celui-ci se trouve lié par l'avis de la CPMS. Véritable pierre angulaire de la procédure de placement en rétention de sûreté s'imposant, contrairement au CNE, comme un « *agglomérat d'opinions empiriques* »¹⁸⁰⁴, les CPMS ont la faculté de lier, par les avis qu'elles rendent, non seulement le procureur de la République, mais encore le juge. En effet, concernant le parquet, nous avons pu constater que ce dernier ne peut saisir la JRRS sans avis de la CPMS proposant un placement de l'intéressé sous rétention de sûreté, mais encore se voit-il obligé de saisir la JRRS en vue du prononcé du placement de l'intéressé dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté lorsque la CPMS rend un avis en ce sens. Du côté du juge, même si le Code de procédure pénale lui octroie des prérogatives importantes dans la direction de l'instance, force est d'admettre que ce dernier se trouve néanmoins lié dans une certaine mesure par l'avis de la CPMS auquel il sera bien difficile de déroger, surtout en cas de procédure de renouvellement puisqu'en supprimant le passage du retenu par le CNE, le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 a retiré au juge la possibilité de puiser dans l'expertise de dangerosité menée pendant six semaines par cet organisme des arguments scientifiques lui permettant de se dégager de l'avis de la CPMS.

¹⁸⁰⁴ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, ibid.

B - LES PRÉROGATIVES DU CONDAMNÉ DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT EN RÉTENTION DE SÛRETE

676. – Les droits et garanties de l'article 6 §.1 relativement respectés dans l'instance en placement en rétention de sûreté – Eu égard au caractère coercitif particulièrement marqué de la mesure de rétention de sûreté du fait de son effet privatif de liberté, le législateur, en vue d'assurer la constitutionnalité et la conventionnalité du dispositif, n'a pas hésité semble-t-il, à entourer le prononcé **(1)**, comme le suivi et le réexamen de la décision de placement sous rétention de sûreté **(2)**, des garanties processuelles issues de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1) Les droits du condamné dans l'élaboration de la décision de rétention de sûreté

677. – Les droits du condamné au stade de l'expertise de dangerosité – Contrairement à la surveillance judiciaire, le législateur entend mieux garantir ici le respect des droits des personnes susceptibles de faire l'objet d'un placement en rétention de sûreté. Cela résulte tout d'abord de la lettre même de l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale qui dispose que « *la contre-expertise sollicitée par le condamné est de droit* ». L'on pourrait *a priori* se réjouir de ce que la garantie ainsi offerte au condamné susceptible de faire l'objet d'une rétention de sûreté, mais il convient de ne point être dupe quant au poids de cette contre-expertise dans le dossier final présenté à la JRRS. En effet, la garantie n'est ici qu'apparente dès lors que la pratique démontre que l'intérêt de la contre-expertise dans le cadre de la procédure de rétention de sûreté est pour le moins réduite ; le placement du condamné éligible à une rétention de sûreté durant une période de six semaines au CNE a nettement plus de poids qu'une expertise ou une contre-expertise réalisée, au mieux, dans un délai maximal d'une heure. De fait, si la reconnaissance au profit du condamné de la faculté d'exiger la réalisation d'une contre-expertise peut sembler une bonne initiative en théorie, la pratique tend à démontrer qu'elle n'aura que peu de poids, surtout si elle est réalisée par un seul expert. De ce point de vue, il nous semble que le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 aurait dû laisser ouverte la possibilité pour le retenu, dans le cadre du renouvellement de la rétention de sûreté, de demander son placement pour une durée de six semaines dans un CNE en vue que soit réellement évalué sa dangerosité dans le cadre d'une véritable observation pluridisciplinaire assortie, comme le prévoit, l'alinéa 2 de l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale, d'une expertise médicale réalisée par deux experts. L'on ne peut que regretter que cette option n'ait pas

été choisie par l'Exécutif en vue de donner plus de poids à la contre-expertise du condamné dans la procédure de renouvellement de la mesure de rétention de sûreté.

678. – Le respect des garanties processuelles de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme au stade décisoire – La physionomie de l'audience en JRRS prend les traits de l'audience pénale classique pour le condamné, contrairement à ce qui pouvait être observé concernant le débat contradictoire mené devant les juridictions de l'application des peines.¹⁸⁰⁵ Cela s'explique, nous semble-t-il, par le caractère particulièrement attentatoire de la mesure de rétention de sûreté aux libertés publiques. Dans l'instance en rétention de sûreté, le condamné comparait personnellement devant la JRRS où il doit être assisté d'un avocat ; l'assistance de l'avocat étant obligatoire selon l'article 706-53-15, alinéa 3, du Code de procédure pénale. Assisté de son défenseur, le condamné retrouve ici la possibilité de participer activement à la conduite de l'audience, faculté qui lui était pleinement reconnue dans l'instance répressive mais que de manière extrêmement réduite dans l'instance en aménagement de peine, en demandant à ce que l'audience à laquelle il comparait soit tenue en présence du public, en faisant citer des témoins, en faisant poser des questions, par l'intermédiaire du président de la JRRS, aux témoins, aux experts, et plus largement à toute personne se présentant à la barre. Au stade décisoire, il peut être observé que le législateur, dans le strict respect des droits et garanties prévues à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment du principe de l'égalité des armes, octroie au condamné un rôle actif au stade de l'audience. Est-ce à dire pour autant que l'on assiste à une ascension des intérêts privés du condamné au stade du prononcé de la mesure de rétention de sûreté ? La réponse ne peut être que négative dans la mesure où celui-ci ne fait que bénéficier des droits et garanties fondamentaux reconnus à tout justiciable au titre de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires ; droits et garanties fondamentaux consacrés par ailleurs au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Or, l'on voit bien ici que le strict respect des principes processuels issus du modèle de procès équitable consacré au plan européen, s'il tend à favoriser une égalisation des droits procéduraux entre les parties en vue de leur permettre de s'affronter « à armes égales », maintient la défense dans une forme de passivité - caractéristique du modèle inquisitoire - en ce que le condamné ne dispose d'aucun levier au stade préparatoire lui permettant d'influer sur le déroulement de la procédure, si ce n'est la possibilité de demander la réalisation d'une contre-expertise dont on voit bien en pratique qu'elle ne pèse pas bien lourd devant la JRRS. Or, bien qu'elle respecte les principes processuels issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme - principe

¹⁸⁰⁵ V° supra, n°...

de publicité des débats ; principe contradictoire ; assistance d'un défenseur ; etc.) - le condamné ne dispose certainement pas de la faculté de s'emparer de son « procès » et d'influer, comme cela est le cas dans l'instance pénale et dans l'instance en aménagement de peine, sur la direction de l'instance comme sur la maîtrise de la matière litigieuse. De fait, l'on voit bien que si les droits fondamentaux peuvent renforcer le caractère accusatoire de la procédure pénale, ils ne constituent nullement la cause de l'émergence du principe d'initiative ou du principe dispositif dans le « procès pénal » ; principes propres au procès civil dont l'apparition en procédure pénale trouve sa cause dans l'ascension des intérêts privés dans l'objet procédural des différentes instances existant en matière pénale. C'est précisément parce que c'est l'intérêt général qui prédomine dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance en placement, renouvellement, suspension ou mainlevée de la mesure de rétention de sûreté que la maîtrise de la direction de l'instance comme de la matière litigieuse se trouve placée entre les mains des autorités judiciaires, et non du condamné qui ne dispose que des droits et garanties fondamentaux lui permettant d'assurer sa défense dans une procédure équitable susceptible de conduire au prononcé d'une mesure de sûreté qui apparaît, du fait de son caractère coercitif particulièrement prononcé, quasiment comme une « *peine après la peine* ». ¹⁸⁰⁶

679. – L'exercice des voies de recours par le condamné – À l'instar du parquet, le condamné se voit reconnaître le droit d'interjeter appel des jugements ordonnant son placement en rétention de sûreté. Il résulte de l'article 706-53-15, alinéa 5, du Code de procédure pénale qu'une telle décision « *peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté, composée de trois conseillers à la Cour de cassation désignés pour une durée de trois ans par le premier président de cette cour* », qui n'a point d'effet suspensif, le jugement de la JRRS étant exécutoire immédiatement. Cette fois, la procédure d'appel devant la JNRS est calquée sur la procédure d'appel suivie dans l'instance en aménagement de peine puisque ce n'est pas une audience, mais un simple débat contradictoire qui est organisé devant cette dernière. Cela implique que si le parquet général est entendu, seul l'avocat de la personne ayant fait l'objet d'une décision de placement en rétention de sûreté est invité à comparaître devant la JNRS. Une telle solution, au regard de la gravité de la mesure, n'est

¹⁸⁰⁶ V° en ce sens : C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel », RSC 2008, 731. Rappr. : CEDH, 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne : ibid. Dans cette décision relative à la détention de sûreté allemande, la Cour de Strasbourg retient que « *après être allée au-delà des apparences et avoir procédé à sa propre analyse, que la détention de sûreté prévue par le Code pénal allemand doit être qualifiée de « peine » aux fins de l'article 7, § 1 de la Convention* » (§.133), ce qui fait dire à M. le professeur Dreyer que « *cette démonstration limpide fait regretter les tergiversations de notre Conseil constitutionnel qui, tout en aboutissant à la même conclusion s'agissant de la « rétention de sûreté » française (impossibilité d'appliquer la loi nouvelle de façon rétroactive) n'a pas été capable de dire qu'il s'agissait également d'une peine devant, à ce titre, être soumise à toutes les garanties prévues par la Déclaration de 1789.* ». E. DREYER, « Un an de droit européen en matière pénale », Dr. pén. 2010, chron. 3, n°23.

tout simplement pas acceptable, et il nous semble que la JNRS, contrairement aux juridictions de l'application des peines, pourrait infléchir la solution retenue par le législateur en ce que l'organisation de la procédure suivie devant cette dernière relève d'un simple règlement. De fait, « *il suffirait que le juge identifie le principe du contradictoire comme un principe général de droit, ce qui serait aisé du fait qu'il se trouve déjà consacré comme principe directeur de la procédure pénale par l'article préliminaire du Code de procédure pénale ; comme principe fondamental du procès équitable par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour considérer que son application même contra legem, en présence d'un simple règlement, implique nécessairement celle de son corollaire, la comparution* ». ¹⁸⁰⁷ Reste qu'en l'état actuel du droit positif, le condamné, bien qu'il puisse interjeter appel des décisions de la JRRS, ne peut prétendre comparaître devant la JNRS pour y faire valoir ses observations. Dans tous les cas, la personne faisant l'objet d'un placement en rétention de sûreté dispose de la faculté de se pourvoir en cassation à l'encontre des arrêts de la JNRS, bien que celle-ci ne soit finalement qu'une formation de la Cour de cassation. Il doit être observé d'ailleurs que tout doute quant à la compétence de la chambre de criminelle de la Cour de cassation pour connaître des pourvois exercés à l'encontre des décisions de la JNRS a été levé par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008, le délai imparti à la personne faisant l'objet d'un placement en rétention de sûreté est celui de cinq jours prévu en droit commun, et celui-ci ne produit bien évidemment aucun effet suspensif. Naturellement, la procédure suivie devant la chambre criminelle de la Cour de cassation concernant l'instruction du recours et des audiences est celle prévue aux articles 601 et suivants du Code de procédure pénale.

2) Les droits du condamné dans l'exécution de la décision de rétention de sûreté

680. – L'initiative de la demande de mise en liberté trimestrielle – L'article 706-53-17 du Code de procédure pénale offre au retenu la faculté de saisir directement la JRRS d'une demande de mise en liberté qui ne peut toutefois intervenir avant un délai de trois mois à compter de la décision définitive de placement en rétention de sûreté, et à laquelle la JRRS a l'obligation de répondre dans un délai de trois mois, faute de quoi, il doit être mis fin à la mesure. Ce texte prévoit en effet qu'il est mis fin d'office à la rétention si la JRRS n'a pas statué dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande. L'intérêt pour le demandeur de formuler une telle demande réside bien évidemment dans l'obtention de la fin de la mesure de rétention de sûreté, soit par décision de la JRRS, soit par l'absence de décision dans le délai de trois mois qui lui est imparti à compter de la réception de la demande. Dans tous les cas, le retenu ne peut,

¹⁸⁰⁷ En ce sens : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.126.

après une décision de rejet, formuler une autre demande de mise en liberté avant l'expiration d'un délai de trois mois. L'article 706-53-17 ne fixant *a priori* aucune limite, il peut être déduit de ce texte que le condamné peut former autant de demande qu'il le souhaite, pourvu qu'il respecte ce fameux délai de trois mois entre chaque demande, et dès lors que la précédente a fait l'objet d'une décision de rejet. La JRRS ne pouvant prononcer la mainlevée de la mesure qu'à compter de l'instant où elle aura constaté la disparition des conditions prévues à l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale dont l'existence est vérifiée en principe par l'évaluation de la dangerosité de l'intéressé par la CPMS consécutivement à son placement dans un CNE pendant une période de six semaines, l'on peine à voir comment, en pratique, la JRRS pourra ordonner la mainlevée de la mesure de rétention de sûreté ? En effet, la disparition des conditions ne peut être constatée, en toute logique, que par la réalisation d'une nouvelle évaluation de la dangerosité du condamné qui ne peut résulter que de la CPMS. Le législateur étant demeuré silencieux sur la procédure à suivre concernant l'examen de la demande de remise en liberté trimestrielle, l'on peut supposer qu'en pratique, la JRRS devra saisir la CPMS qui procèdera alors comme dans le cadre d'une procédure tendant au renouvellement de la mesure, en application des dispositions du décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008.

681. – Le rôle du retenu dans le renouvellement de la rétention de sûreté – Le caractère potentiellement perpétuel de la rétention de sûreté est probablement ce qui apparaît comme le plus inquiétant au regard des libertés publiques. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, d'année en année, la JRRS peut maintenir le retenu en « détention de sûreté », du moins tant que ce dernier présente une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* ». Bien évidemment, nous avons évoqué déjà le fait que l'Exécutif était venu alléger la procédure de renouvellement en supprimant, à l'occasion du décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008, le passage de la personne placée sous rétention de sûreté par le CNE. Cet allègement porte naturellement aux intérêts du condamné, dès lors que la CPMS procède de nouveau à l'évaluation de la dangerosité du retenu en se passant toutefois de la véritable expertise pluridisciplinaire réalisée par le CNE. Or, contrairement à la CPMS, le CNE « *rend des avis motivés s'appuyant réellement sur une observation pluridisciplinaire de six longues semaines* »¹⁸⁰⁸, et c'est bien parce que le renouvellement est aussi grave que le placement initial que le législateur avait voulu, à l'origine, l'entourer des mêmes garanties que ce dernier ; volonté non suivie par l'Exécutif. Pour le reste, l'article 706-53-16 du Code de procédure pénale renvoie, pour la procédure de renouvellement à l'article 706-53-15 du même Code. Autrement dit, le retenu se

¹⁸⁰⁸ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, ibid.

voit reconnaître la faculté de demander la réalisation d'une contre-expertise, dont on sait qu'elle ne sera que d'une piètre utilité, ainsi que l'ensemble des garanties processuelles dont il dispose lors de l'audience devant la JRRS au stade du prononcé initial de la rétention de sûreté. De fait, le retenu peut demander à ce que l'audience à laquelle il comparait soit tenue en présence du public ; faire citer des témoins ; faire poser des questions, par l'intermédiaire du président de la JRRS, aux témoins, aux experts, et plus largement à toute personne se présentant à la barre. Ainsi, que ce soit au stade du placement initial en rétention de sûreté, ou lors du renouvellement d'un tel placement, il peut être observé que le législateur applique strictement les droits et garanties prévues à l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment le principe de l'égalité des armes, permettant ainsi au condamné/retenu de jouer un rôle actif au stade décisif. Pareillement à la procédure suivie lors du placement initial du retenu, celui-ci peut exercer à l'encontre des décisions de la JRRS statuant dans le cadre d'une procédure de renouvellement toutes les voies de recours que l'article 706-53-15 lui offre.

682. – Le rôle du retenu dans la reprise de la rétention de sûreté après suspension –

Comme nous l'avons vu précédemment, la suspension est prévue en cas de réincarcération de la personne placée en rétention de sûreté, soit au titre d'une détention provisoire, soit au titre d'une nouvelle peine privative de liberté. Si elle a été inférieure à six mois, la reprise de la rétention de sûreté paraît automatique. En revanche, si la suspension a excédé un délai de six mois, la reprise de la rétention de sûreté doit être confirmée par la JRRS dans un délai de trois mois après la cessation de la détention, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la mesure, comme l'impose l'article 706-53-21 du Code de procédure pénale. Aucun décret d'application n'étant venu, à notre connaissance, préciser les conditions et les modalités de saisine de la JRRS dans ce cas précis, ainsi que le déroulement de l'audience en reprise de rétention de sûreté suite à une suspension de six mois, aucune disposition ne précise donc les droits et garanties du retenu dans cette procédure particulière. Toutefois, nous avons fait observer que l'on pourrait fort bien imaginer qu'à l'issue de sa détention provisoire, ou de l'exécution de sa peine privative de liberté, le retenu reprenne l'exécution de sa mesure de rétention de sûreté de manière automatique, à charge pour la JRRS de confirmer, dans un délai de trois mois, la poursuite de cette mesure. La décision de la JRRS supposant, au préalable, une nouvelle évaluation de la dangerosité du retenu dont la personnalité a pu évoluer durant le temps dans lequel il a été incarcéré de nouveau, soit au titre d'une détention provisoire, soit au titre de l'exécution d'une peine privative de liberté, il reviendrait alors à la CPMS de procéder à une telle évaluation selon les formes prévues par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 au terme de laquelle elle devra rendre un avis proposant la poursuite ou la mainlevée de la mesure. Si dans la phase préparatoire, le retenu n'aurait pas vocation à

intervenir, il en irait alors bien autrement au stade décisoire où celui-ci retrouverait le droit de demander la réalisation d'une contre-expertise, ainsi que les droits et garanties processuelles issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme lors de l'audience.

683. – En conclusion – Si nous pouvons constater que la procédure suivie dans le placement, le renouvellement ou la reprise après suspension, d'une mesure de rétention de sûreté respecte les droits et garanties processuels issus de l'article 6 §. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ce n'est qu'au stade décisoire qu'un tel respect peut être observé, et non au stade préparatoire ou au stade exécutoire où le respect des droits de la personne subissent d'importantes variations. Et encore, même dans l'hypothèse de la phase décisoire, il peut être observé que ces droits et garanties fondamentaux ne sont pas réellement assurés dans le cadre de la procédure d'appel qui procède à une purge de certaines garanties en supprimant le recours à l'audience au profit de la tenue d'un débat contradictoire que nous avons déjà pu observer au stade de l'instance en aménagement de peine. Loin de pouvoir participer à la conduite de l'instance, le retenu se voit contraint à un rôle passif qui ne lui permet pas réellement de se défendre. Comme nous avons pu le constater, bien qu'il dispose de la faculté d'exiger la réalisation d'une contre-expertise, celle-ci n'aura que peu d'effet face à l'avis de la CPMS qui lie le procureur de la République comme la JRRS. En définitive, même si la procédure de rétention de sûreté semble plus respectueuse des droits et garanties issus du modèle européen de procès équitable, ce n'est pas pour permettre à la personne intéressée de se défendre et de lutter réellement à armes égales avec le parquet et le juge, mais simplement pour garantir la constitutionnalité comme la conventionnalité du dispositif légal. Le but du législateur est de protéger le corps social. Il a donc institué un mécanisme lui permettant de garantir une telle finalité en liant finalement les autorités judiciaires aux conclusions expertales, et comme le retenu n'a pas réellement la faculté de les contester, la reconnaissance des droits et garanties fondamentaux ne lui est ici d'aucun secours et ne risque pas de remettre en cause l'efficacité du dispositif, en revanche, il permet à ce dernier de passer le filtre du Conseil Constitutionnel.

684. – Conclusion du paragraphe 1 – La finalité de la rétention de la sûreté étant de neutraliser par l'enfermement les individus qui, à l'issue de l'exécution de leur peine, présentent un risque de récidive élevé, celle-ci a vocation à protéger prioritairement l'intérêt général ; intérêt général qui prédomine donc dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance en placement sous rétention de sûreté. La répartition des rôles processuels du juge, du parquet et du condamné étant le reflet de la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance en placement sous rétention de sûreté, il est somme toute logique que ce soit les autorités judiciaires qui occupent ici le rôle central, que ce soit dans la maîtrise de la direction de l'instance comme la maîtrise de la matière litigieuse, au détriment du condamné qui se voit assigner un rôle passif. La physionomie de l'instance en placement sous rétention de sûreté résultant de la répartition des rôles processuels du juge et des parties témoigne de la prééminence du modèle inquisitoire qui apparaît comme la conséquence directe de la prédominance de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance. Toutefois, parce qu'elle a vocation à conduire à l'enfermement des individus au-delà de l'exécution de leur peine, non parce que ces derniers se sont rendus coupables d'une infraction quelconque, mais seulement parce qu'ils sont présumés dangereux, d'une part, et que cet enfermement peut être, en théorie du moins, illimité, d'autre part, la constitutionnalité et la conventionnalité de la rétention de sûreté ne pouvait que se trouver conditionner, *a minima*, par l'application des droits et garanties issus de l'article 6 §.1. C'est parce que l'intérêt général prédomine dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance en placement en rétention de sûreté que la maîtrise de la direction de l'instance, comme de la matière litigieuse, se trouve placée entre les mains des autorités judiciaires dont le pouvoir d'appréciation et la liberté de décision sont liés par les conclusions expertales et l'avis de la CPMS. Le dispositif introduit par le législateur est un subterfuge, voire une mascarade, en ce sens qu'il revêt toutes les caractéristiques du « procès » alors qu'il n'en a que les apparences. Le but est de garantir la protection de la société, et pour parvenir à ce résultat sans encourir les foudres de la Cour de Strasbourg ou du Conseil Constitutionnel, le législateur donne l'illusion que ce sont les autorités judiciaires qui jouent le rôle central, alors qu'elles sont réduites la plupart du temps à un rôle d'agent d'exécution au regard du caractère automatique de la procédure et du fait qu'elles se trouvent liées par les conclusions des experts, d'une part, et que les droits et garanties issues du modèle du procès équitable sont respectées à l'encontre du retenu, alors même que cela n'est pas toujours le cas, et lorsqu'il en est ainsi, ils ne lui servent plus à assurer une défense efficace puisqu'il n'a pu intervenir au moment où il aurait été opportun qu'il intervienne, d'autre part.

§.2 - LE RÔLE PRÉGNANT DES AUTORITÉS JUDICIAIRES DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE DE SÛRETE

685. – De la répartition des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté – Dispositif ayant vocation à prendre le relais d'une autre mesure de sûreté se terminant alors que la dangerosité du condamné n'a pas disparue, la surveillance de sûreté dispose d'un régime juridique propre, qui n'est pas sans rappeler toutefois sur de nombreux points celui de la rétention de sûreté. Ceci explique notamment que les prérogatives reconnues aux autorités judiciaires **(A)**, comme les droits octroyés au condamné **(B)**, dans l'élaboration de la décision de placement sous surveillance de sûreté, comme dans son exécution, soient quasiment identiques à ceux étudiés dans l'instance en rétention de sûreté. De fait, il doit être observé que la répartition des rôles processuels du juge et des parties observée dans l'instance en placement sous rétention de sûreté se trouve transposée, par un effet de calque en quelque sorte, tenant à la nature de la mesure, dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté.

A – LE RÔLE DES AUTORITÉS JUDICIAIRES DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE DE SÛRETE

686. – Une figure centrale de l'instance en placement sous surveillance de sûreté – Parce qu'elle a vocation à prendre le relais d'une rétention de sûreté, mais également d'une surveillance judiciaire - avec ou sans PSEM - ou encore d'un suivi socio-judiciaire, le législateur a confié aux autorités judiciaires des prérogatives étendues dans le prononcé de la surveillance de sûreté **(1)**, comme dans son exécution **(2)**, afin que le condamné qui, à l'issue de l'exécution d'une des mesures de sûreté sus évoquées, présente encore un degré de dangerosité faisant craindre un risque significatif de récidive ne puisse réintégrer la société sans qu'aucune autre mesure de contrôle social ne puisse permettre de continuer à le surveiller.

1) Le rôle des autorités judiciaires dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté

687. – L'initiative de la procédure de placement sous surveillance de sûreté – À l'instar de ce qui a pu être observé à propos de la surveillance judiciaire, la loi organise le rôle concurrent du Jap et du procureur de la République dans le déclenchement de la procédure de placement sous

surveillance de sûreté. Cela sera bien évidemment le cas, lorsque la surveillance de sûreté aura vocation à prendre le relais d'une surveillance judiciaire, l'article 723-37, alinéa 2, du Code de procédure pénale prévoyant que la JRRS est saisie par le Jap ou le procureur de la République six mois avant la fin de ladite mesure. Dans l'hypothèse où la surveillance de sûreté a vocation à prendre le relais d'un suivi socio-judiciaire, l'article 763-8, alinéa 2, du Code de procédure pénale procède à un renvoi aux deuxième et septième alinéas de l'article 723-37 ainsi qu'aux dispositions de l'article 723-38, de sorte qu'ici aussi, il appartient bien au Jap et au procureur de la République d'impulser la procédure de placement sous surveillance de sûreté. Dans l'hypothèse où la surveillance de sûreté prend le relais d'une rétention de sûreté, il revient alors à la JRRS de prononcer le placement de la personne dont la mesure prend fin, soit sur le fondement de l'article 706-53-17, soit sur celui de l'article 706-53-18, sous surveillance de sûreté. Si le Jap ou le procureur de la République sont manifestement identifiés comme les acteurs auxquels la loi donne le pouvoir d'impulser la procédure de placement sous surveillance de sûreté, il convient de remarquer que leur liberté d'appréciation quant à l'opportunité de placer tel ou tel individu sous surveillance de sûreté, si elle semble garantie par la loi, demeure toutefois plus théorique qu'autre chose dans la mesure où, en présence d'un personne dont la situation « *paraît* » justifier une surveillance judiciaire, ceux-ci doivent déclencher la procédure.

688. – Le caractère automatique du déclenchement de la procédure – Il résulte de la lettre même des dispositions de l'article R. 53-8-46 du Code de procédure pénale que le Jap doit informer le procureur de la République de l'expiration prochaine de la surveillance judiciaire ou du suivi socio-judiciaire dont il suit l'exécution, et porter à sa connaissance son avis motivé quant à l'opportunité de mettre en œuvre une surveillance de sûreté. Dans tous les cas, l'alinéa 2 de l'article R. 53-8-46 du Code de procédure pénale prévoit une compétence partagée du Jap et du parquet dans la mise en œuvre des dispositifs tendant à l'évaluation de la dangerosité de la personne concernée. Ce texte prévoit en effet que « *si la situation de la personne paraît susceptible de justifier une surveillance de sûreté, le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, fait procéder à l'expertise médicale et saisit la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté.* ». De ce point de vue, la liberté d'appréciation du Jap ou du procureur de la République de faire procéder à une expertise médicale - et de saisir la CPMS - n'est que théorique dans la mesure où s'ils estiment que la situation de la personne « *paraît justifier* » une surveillance de sûreté, ils doivent déclencher la procédure. En pareille situation, ils doivent faire procéder à l'expertise médicale et saisir la CPMS afin de disposer d'un certain nombre d'éléments relatifs au degré de dangerosité criminologique leur permettant d'asseoir leur décision. Lorsque la surveillance de sûreté a vocation à prendre le relais d'une rétention de sûreté, l'article 706-53-19 du Code de procédure

pénale prévoit que, « *si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin en application des articles 706-53-17 ou 706-53-18 et si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée de deux ans.* ». Ici aussi, l'on peine à imaginer que la JRRS se hasarde à remettre en liberté une personne ayant fait l'objet d'une rétention de sûreté, sans qu'une telle décision ne soit assortie d'une mesure de contrôle social moins contraignante ayant pour effet d'assurer le suivi de cette dernière hors détention. En outre, comme pour toutes les mesures de contrôle social ayant vocation à être appliquée au-delà de l'exécution de la peine, ce sont des considérations criminologiques qui déterminent la position du juge, et non des considérations juridiques qui ne sont là que pour garantir la conformité du dispositif légal à la Constitution ou à la Convention européenne des droits de l'homme. Les décisions du parquet, du Jap ou de la JRRS, sont liées par les éléments psychiatriques ou criminologiques résultant de l'avis de la CPMS comme des résultats de l'expertise médicale. Le Jap comme le parquet sont contraint de demander la réalisation de l'expertise médicale et de saisir la CPMS pour avis compte tenu de la prééminence des données psychiatriques et criminologiques dans la décision qu'ils doivent prendre, et « *si l'expertise constate la persistance de la dangerosité de la personne et si la commission propose son placement sous surveillance de sûreté, le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, [doit saisir] la juridiction régionale de la rétention de sûreté, six mois avant la fin de la surveillance judiciaire ou du suivi socio-judiciaire* » en vue de placement de l'intéressé sous surveillance de sûreté.¹⁸⁰⁹ Ainsi, il doit être observé que le Jap comme le procureur de la République ne peuvent, en pratique, se dispenser des données criminologiques de l'expertise médicale ; qu'à compter de l'instant où celle-ci retient la persistance de la dangerosité de l'intéressé, la CPMS ne peut que rendre un avis tendant au placement de l'individu sous surveillance de sûreté ; avis auquel la JRRS ne pourra, là aussi, que se conformer. Ici, comme dans le cas des mesures de sûreté envisagées précédemment, ce sont les experts qui, par leurs conclusions, influent en réalité sur le cours de la procédure, et non le juge ou le représentant de la société qui se trouvent, l'un comme l'autre, liés par ces dernières.

689. – Le rôle central du juge au stade décisoire – Les développements consacrés à la phase décisoire de l'instance en rétention de sûreté peuvent être aisément transposés ici dès lors que le prononcé de la surveillance de sûreté relève de la compétence de la JRRS, et que l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale renvoie, dans les grandes lignes, aux dispositions de l'article 706-

¹⁸⁰⁹ R. 53-8-46 C. proc. pén.

53-15 quant au déroulement de l'audience. En effet, l'article 706-53-19 dispose que « *si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin en application des articles 706-53-17 ou 706-53-18 et si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée de deux ans.* ». De fait, à l'instar de ce qui a pu être observé précédemment dans le cadre de la rétention de sûreté, si le parquet est naturellement présent aux débats, et peut, s'il le souhaite, poser des questions aux témoins cités par le condamné, ou par la JRRS elle-même, c'est bien le juge qui s'impose comme la figure centrale de la phase décisive. De ce point de vue, et dans le silence des textes, il nous semble que le président de la JRRS peut faire, ici aussi, usage de son pouvoir général d'enquête prévu par l'article R. 53-8-40, alinéa 8, du Code de procédure pénale lui permettant « *de faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions ou vérifications utiles à l'exercice de ses attributions.* ». Cette analyse nous semble confirmée par le fait que l'article 706-56-2, alinéa 5, permet, notamment, aux magistrats d'accéder aux expertises effectuées tout au long du parcours pénal du condamné, « *préalablement au prononcé ou durant le déroulement d'une mesure de surveillance ou de rétention de sûreté.* ».¹⁸¹⁰ Pour le reste, l'ordre de prise de parole à l'audience est en principe là aussi calqué sur celui du droit commun. Faute de disposition particulière, l'on peut aisément supposer que l'article R. 53-8-40, alinéa 6, relatif à l'audience dans le cadre de l'instance en rétention de sûreté - qui prévoit que le procureur général prend la parole avant la « *personne concernée* », qui elle-même prend la parole avant son avocat - est pleinement applicable à l'audience au cours de laquelle la JRRS statue sur l'avis de la CPMS tendant au placement du retenu sous surveillance de sûreté.

690. – L'office du juge limité par l'avis de la CPMS – Même si le juge maîtrise la direction de l'instance au stade décisive, encore faut-il observer que la prééminence de son rôle masque mal une réalité dérangeante : la restriction de son office du fait du poids de l'avis de la CPMS dans l'élaboration de la décision de justice. En effet, à l'instar de ce qui a pu être observé à propos de la rétention de sûreté, et dans une certaine mesure de la surveillance judiciaire, le juge est lié par l'avis de la CPMS, et dans une certaine mesure, par les conclusions de l'expertise médicale. De la même manière que, « *si l'expertise constate la persistance de la dangerosité de la personne et si la commission propose son placement sous surveillance de sûreté, le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, [doit saisir] la juridiction régionale de la rétention de sûreté [...]* », cette dernière ne peut que prendre acte des conclusions des experts - le juge n'ayant aucune compétence au regard de sa

¹⁸¹⁰ Art. 706-56-2, al. 5, C. proc. pén.

formation pour apprécier la pertinence des conclusions expertales - et rendre la décision qui s'impose au regard de l'offre légale. C'est bien en ce sens qu'il faut comprendre le souci du législateur de procéder à une gradation des mesures de contrôle social ; ce n'est pas pour que le juge opte pour la mesure qui lui semble la mieux adaptée, mais pour qu'il prononce celle qui correspond au degré de risque de récidive indiqué par les experts. La décision du juge est prédéterminée par les conclusions expertales, et surtout par l'avis de la CPMS qui formule une « proposition » indiquant en réalité au juge la mesure qu'il convient de prononcer. C'est en ce sens qu'il faut bien voir que la JRRS, comme le procureur de la République d'ailleurs, se trouve en fait liée par les conclusions des experts, et si rien ne lui interdit, dès lors qu'elle rend une décision motivée, de se dégager de ces dernières, ce sera en pratique avec beaucoup de difficultés dans la mesure où le juge n'aura pas nécessairement les arguments « scientifiques » pour justifier l'éviction de l'avis de la CPMS ou des conclusions issues de l'expertise médicale sur laquelle d'ailleurs la CPMS se fonde. Un peu à l'instar du rôle de « juge homologuant » qu'il est amené à jouer à toutes les étapes du « procès pénal » - que ce soit en amont de l'instance pénale dans le cadre de la composition pénale, au stade de l'instance pénale proprement dite dans le cadre de la CRPC ou de l'ordonnance pénale, ou encore au stade de l'instance en aménagement de peine dans le cadre de la procédure simplifiée d'aménagement de peine prévue à l'article 723-19 du Code de procédure pénale - la JRRS voit, en grossissant quelque peu le trait, son office se restreindre à la « transcription » des avis de la CPMS dans un acte de nature juridictionnel.

691. – La question de l'exercice des voies de recours par le parquet – Les décisions de placement sous surveillance de sûreté sont susceptibles d'appel de la part du parquet devant la JNRS, l'article 706-53-19 précisant en son alinéa 1^{er} que « *le placement sous surveillance de sûreté peut faire l'objet des recours prévus à l'article 706-53-15.* ». Nous avons pu constater, dans le cas de la rétention de sûreté, que, sur le fondement de ce texte, le procureur général ne peut, *a priori*, interjeter appel de la décision par laquelle la JRRS ne procède pas au placement du condamné en rétention de sûreté, ce texte disposant que « *[la décision de placement en rétention de sûreté] est exécutoire immédiatement à l'issue de la peine du condamné* », et « *peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté, composée de trois conseillers à la Cour de cassation désignés pour une durée de trois ans par le premier président de cette cour* », mais que c'est l'article R. 53-8-41, introduit par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008, qui permet un tel appel en prévoyant expressément que « *les décisions de la juridiction régionale de la rétention de sûreté peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté, qui doit être exercé dans le délai de dix jours à compter de leur notification soit par la personne concernée soit par le ministère public* » ; recours qui n'est pas suspensif. Le contenu

général de ce texte permet au parquet général de frapper d'appel les décisions de la JRRS qui ne procéderaient pas au placement de l'intéressé sous rétention de sûreté. Si le législateur a entendu calquer la procédure de surveillance de sûreté sur celle applicable en matière de rétention de sûreté, *quid* de l'exercice des voies de recours dès lors que l'article 706-53-19 ne renvoie qu'aux dispositions de l'article 706-53-15 ?¹⁸¹¹ La lecture des dispositions contenues au sein de la section 2 - relative à la surveillance de sûreté - du chapitre III du titre XIX du livre IV de la partie réglementaire du Code de procédure pénale n'apporte aucune réponse dans la mesure où le seul texte contenant des dispositions relatives à l'exercice du droit d'appel du parquet général est l'article R. 53-8-48¹⁸¹², or ce texte ne concerne que les décisions modifiant, complétant ou supprimant les obligations de la surveillance de sûreté. À compter de l'instant où le parquet général peut faire appel des décisions modifiant, complétant ou supprimant les obligations de la surveillance de sûreté, il nous semble que, par déduction, celui-ci doit pouvoir également faire appel des décisions refusant de placer la personne concernée sous surveillance de sûreté. En outre, il nous semble que le renvoi à l'article 706-53-15 par l'article 706-53-19 emporte implicitement un renvoi à l'article R. 53-8-41 puisque le législateur a entendu calquer la procédure suivie en matière de rétention de sûreté sur celle suivie en matière de surveillance de sûreté. L'ensemble de ces éléments tend à nous conduire à considérer que le parquet général peut effectivement interjeter appel de l'ensemble des décisions rendues par la JRRS, à titre principal ou incident. Naturellement, eu égard au poids de l'expertise médicale et à l'avis de la CPMS, le procureur général n'interjettera appel qu'à l'encontre des décisions ayant refusé de placer un individu sous surveillance de sûreté malgré un avis favorable de la CPMS. Il n'y a que dans ce cas que la décision de la JRRS nous semble pouvoir être discutée par les parties. Pour le reste, il doit être observé que l'article 706-53-15 prévoit que la décision de la JNRS est « *susceptible d'un pourvoi en cassation* », sans autre précision, de sorte qu'il peut être déduit de ce texte que le parquet général est parfaitement recevable à se pourvoir en cassation à l'encontre des décisions prises par la JNRS.

¹⁸¹¹ V° not. : E. BONIS-GARÇON, « Les incohérences de la juridictionnalisation au stade de l'exécution des sanctions pénales », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, op. cit., spéc. 318.

¹⁸¹² En vertu duquel « *les obligations de la surveillance de sûreté peuvent être adaptées à tout moment pour tenir compte de l'évolution de la personne qui y est soumise. Elles peuvent être modifiées, complétées ou supprimées par ordonnance motivée du président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté soit d'office, soit à la demande de la personne placée sous surveillance, soit sur réquisitions du procureur général près la cour d'appel, soit sur requête du juge de l'application des peines. [...]. Les décisions prévues par le présent article peuvent, dans les dix jours de leur notification, faire l'objet d'un recours du procureur général près la cour d'appel ou de la personne placée sous surveillance de sûreté devant la juridiction régionale de la rétention de sûreté.* ».

2) *Les prérogatives des autorités judiciaires dans l'exécution de la mesure de surveillance de sûreté*

692. – Le contrôle de la surveillance de sûreté par le Jap – Il résulte en effet des dispositions du décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 que le contrôle des personnes placées sous surveillance de sûreté relève de la compétence exclusive du Jap, tâche pour laquelle il se trouve bien évidemment assisté par le service d'insertion et de probation. Reste que l'usage du terme « contrôle » est ici intéressant car, contrairement au « suivi », qui suppose que le Jap dispose de certaines prérogatives lui permettant d'aménager la peine ou la mesure de sûreté dont il surveille l'exécution, ce terme de « contrôle » place le Jap dans un rôle de « surveillant ». Cette analyse est confirmée par la lettre même de l'article R. 53-8-49, alinéa 2, du Code de procédure pénale qui affirme que le Jap ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel, celui-ci ne pouvant que rappeler « *à la personne placée sous surveillance de sûreté les obligations auxquelles elle est astreinte et l'informe des conséquences susceptibles de résulter de leur méconnaissance.* ». Toutefois, le Jap doit tirer les conséquences des éventuels manquements du condamné dans l'exécution des obligations entourant la surveillance de sûreté en saisissant le président de la JRRS, l'article R. 53-8-48 du Code de procédure pénale disposant que « *les obligations de la surveillance de sûreté peuvent être adaptées à tout moment pour tenir compte de l'évolution de la personne qui y est soumise. Elles peuvent être modifiées, complétées ou supprimées par ordonnance motivée du président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté soit d'office, soit à la demande de la personne placée sous surveillance, soit sur réquisitions du procureur général près la cour d'appel, soit sur requête du juge de l'application des peines. Le président de la juridiction peut également suspendre ces obligations dans les cas et pour la durée mentionnés à l'article R. 61-31-1.* ». Si l'on comprend aisément, au regard de la gravité des conséquences que le manquement du placé sous surveillance de sûreté à ses obligations entraîne¹⁸¹³, que le législateur ait souhaité que les décisions par lesquelles le comportement du condamné se trouve sanctionné relève d'un niveau de compétence plus élevé que celui du Jap, l'on peine dès lors à s'interroger sur la pertinence de donner à ce dernier une mission qui, au regard de l'étendue des pouvoirs dont il dispose, pourrait parfaitement être confiée au Spip, ce dernier étant tout à fait capable de détecter les incidents éventuels ainsi que l'inexécution des obligations entourant la surveillance de sûreté. Cela serait d'autant plus pertinent que le Spip est déjà chargé du suivi et du contrôle des personnes placées sous surveillance de sûreté, comme pour les autres mesures de sûreté issues de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005. Reste que le choix du législateur s'explique par les pouvoirs de contraintes que le Jap peut

¹⁸¹³ Renforcement des obligations entourant la surveillance de sûreté, voir placement provisoire dans un centre de socio-médico-judiciaire de sûreté.

mettre en œuvre en vue de neutraliser le plus rapidement possible une personne dont la gravité des manquements témoignerait d'une dangerosité certaine accentuant le risque de récidive. En effet, contrairement au Spip, le Jap peut, sur le fondement de l'article 712-16-3 du Code de procédure pénale, faire placer l'intéressé en rétention pour une durée de vingt-quatre heures ou faire délivrer un mandat d'amener sur le fondement de l'article 712-17, puis saisir le président de la JRRS en vue de son placement en urgence dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté à titre provisoire dans l'attente d'une décision définitive qui devra intervenir dans un délai maximal de trois mois.¹⁸¹⁴

693. – La modification des obligations entourant la surveillance de sûreté par le président de la JRRS – Puisque le Jap se trouve dépourvu de tout pouvoir décisionnel au stade de l'exécution de la surveillance de sûreté, il revient naturellement à la JRRS le soin de modifier les obligations entourant cette mesure ou de sanctionner leur violation. Concernant la possibilité de modifier les obligations entourant la mesure de surveillance de sûreté, le président de la JRRS étant compétent en la matière, selon l'article R. 53-8-48 du Code de procédure pénale, le législateur recourt à un mécanisme bien connu du droit de l'exécution des peines : celui de la procédure par ordonnance. Si le Jap et le président de la Chap sont amenés, sur le fondement des articles 712-4 et 712-12, à se prononcer sur un certain nombre de mesures d'aménagement de peine par voie d'ordonnance, nous avons vu que cette voie procédurale ne respecte pas vraiment ni les principes du procès équitable, ni les principes directeurs de la procédure pénale inscrits à l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Bien que le dispositif ne soit donc pas exempt de critiques, le législateur l'a non seulement étendu à la phase d'exécution des mesures de sûreté en octroyant au président de la JRRS la faculté de statuer par voie d'ordonnance motivée, mais il l'a épuré du peu de garanties procédurales dont il se trouvait revêtu dans l'instance en aménagement de peine. En effet, il peut être observé que l'ordonnance motivée du président de la JRRS est prise en dehors de tout débat contradictoire, ce qui induit bien évidemment l'absence de la personne placée sous surveillance de sûreté comme de son avocat, mais également impossibilité pour l'une comme pour l'autre de présenter des observations. Il n'y a que dans l'hypothèse où celui-ci aurait à se prononcer sur l'ajout d'une injonction de soin ou d'un PSEM non imposés par la décision initiale de la JRRS, ou supprimé antérieurement, qu'un débat contradictoire en présence de l'intéressé et de son avocat doit avoir lieu. Le dispositif retenu par le législateur nous semble franchement contestable dans la mesure où la tenue d'un débat contradictoire, au cours duquel l'intéressé et son avocat sont susceptibles de pouvoir présenter

¹⁸¹⁴ Art. 706-53-19, al. 3, C. proc. pén.

leurs observations, nous semble tout de même être le seuil *minimum* en-dessous duquel l'on peut encore se demander si la procédure suivie ne viole pas totalement les règles issues du modèle européen de procès équitable ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que l'on se trouve ici en présence d'une mesure restrictive de liberté fondée, non sur la culpabilité de la personne qu'elle frappe, mais sur un risque de récidive résultant d'une appréciation bien aléatoire du degré de dangerosité de cette dernière, ce qui supposerait davantage de garanties encore.

694. – La sanction de la violation des obligations entourant la surveillance de sûreté par la JRRS – Si la personne placée sous surveillance de sûreté viole ses obligations ou refuse de se soumettre au PSEM qui lui serait imposé, le Code de procédure pénale prévoit deux sanctions : la première est celle consistant pour la JRRS à renforcer les obligations accompagnant la surveillance de sûreté. La seconde est celle consistant dans le placement de la personne en rétention de sûreté. La procédure suivie est la suivante. Si le manquement des obligations accompagnant la surveillance de sûreté fait apparaître que la personne soumise à une telle mesure présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13, le Jap ou le procureur de la République, qui pourront déjà avoir placé l'intéressé en rétention, saisissent le président de la JRRS qui, si le renforcement des obligations accompagnant la surveillance de sûreté n'apparaît suffisant à prévenir le risque de récidive constaté¹⁸¹⁵, ordonne le placement provisoire de l'intéressé dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Ce placement provisoire devra faire l'objet d'une confirmation par la JRRS dans un délai maximal de trois mois, et après avis favorable de la CPMS, pour devenir définitif.¹⁸¹⁶ La décision de confirmation prise par la JRRS peut faire l'objet d'un recours devant la JNRS sur le fondement de l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale et d'un pourvoi en cassation.

695. – Le rôle du juge dans le renouvellement de la surveillance de sûreté – L'article R. 53-8-51 du Code de procédure pénale prévoit que « *trois mois au moins avant la fin prévue de la surveillance de sûreté, le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, fait procéder à l'expertise médicale et saisit éventuellement la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté pour avis. Le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, saisit la juridiction régionale de la rétention de sûreté un mois au moins avant l'expiration de la mesure, accompagné de son avis motivé.* ». Comme au stade du déclenchement de la procédure, la loi organise le rôle concurrent du juge et du parquet dans l'initiative de la procédure conduisant au renouvellement de la surveillance de sûreté dans le souci

¹⁸¹⁵ En l'occurrence, le renforcement des obligations peut résulter d'une assignation à domicile par exemple.

¹⁸¹⁶ En l'absence duquel il sera mis fin au placement provisoire au sein du centre socio-médico-judiciaire de sûreté.

évident de garantir l'efficacité du dispositif. Comme dans la procédure de placement initial, le Jap ou le procureur de la République, doit faire procéder à l'expertise médicale et, peut saisir la CPMS pour avis. Une fois que les conclusions de l'expertise médicale sont portées à sa connaissance, et ainsi que l'avis de la CPMS le cas échéant, le Jap ou le procureur de la République doit saisir la JRRS en joignant son avis motivé. Par sa lettre même, l'article R. 53-8-51 illustre une fois de plus l'automatisme du déclenchement de la procédure, puisqu'en réalité, la seule marge d'appréciation laissée au Jap comme au procureur de la République réside dans la faculté qui leur est reconnue de se dispenser de l'avis de la CPMS. Pour le reste, le Jap comme le procureur de la République doit faire procéder à l'expertise médicale, et dans tous les cas, saisir la JRRS en joignant un avis motivé par lequel le Jap ou le procureur de la République sollicite le renouvellement de la surveillance de sûreté ou sa mainlevée ou le prononcé d'une autre mesure de contrôle social. Si la JRRS n'est plus liée ici par l'avis de la CPMS, elle n'en demeure pas moins liée par l'avis motivé du Jap ou du magistrat du parquet qui se fonde, en principe, sur les conclusions expertales de dangerosité. Reste que le poids de l'expertise apparaît ici moins prégnant dans la mesure où la CPMS n'est pas nécessairement consultée ; que le Jap ou le procureur de la République rend un avis motivé au regard des conclusions de l'expertise médicale, mais également de l'ensemble des autres éléments contenus dans le dossier individuel du placé ; que le président de la JRRS, au stade décisif, pourra utiliser ses pouvoirs d'enquête en vue de compléter les informations dont la juridiction dispose pour se prononcer. Même si l'office du juge demeure encadré par les données criminologiques issues de l'expertise médicale, l'absence d'avis de la CPMS, dès lors que le Jap ou le procureur de la République ont fait le choix de ne pas la saisir, donne toutefois plus de latitude à la JRRS. En pratique, il y a toutefois peu de chance pour le Jap ou le procureur se passe de l'avis de la CPMS, sauf hypothèse où la personne ne présente plus, et ce, de manière évidente, la moindre dangerosité. En effet, l'intervention de la CPMS étant prévu dans toutes les procédures de placement sous mesure de contrôle social, d'une part, l'on peut parfaitement supposer que, du côté des magistrats, sa saisine finira pas s'imposer comme un automatisme, même lorsque la loi ne l'impose pas, et que d'autre part, son avis peut également constituer un gage de sécurité pour le Jap, le procureur de la République ou la JRRS quant au bien-fondé de leur position par rapport à la suite à donner à l'exécution d'une mesure de surveillance de sûreté arrivant à terme.

696. – En conclusion – Parce que la procédure suivie pour le prononcé, le renouvellement ou la mainlevée d'une surveillance de sûreté, comme la modification des obligations entourant une telle mesure d'ailleurs, est calquée sur celle suivie dans le cadre du prononcé, du renouvellement ou de la mainlevée d'une rétention de sûreté à laquelle elle a d'ailleurs vocation à succéder, il doit être

observé que le rôle des autorités judiciaires y est quasiment identique. Ainsi, il sera observé que le rôle prégnant des autorités judiciaires dans la procédure de placement des personnes présentant un risque de récidive sous surveillance de sûreté les conduit à occuper le centre de la scène, depuis le déclenchement de la procédure jusqu'à l'exécution de la mesure, leur apparente prééminence dans la maîtrise de la direction de l'instance masque mal le caractère artificiel des prérogatives dont elles disposent que l'analyse révèle. Le souci de garantir l'efficacité du dispositif de protection du corps social conduit le législateur à imposer le déclenchement de l'instance au Jap comme au procureur de la République qui dispose, ici aussi, d'un rôle concurrent, mais également à lier les décisions des autorités judiciaires aux conclusions des experts et à l'avis de la CPMS. À l'instar de ce qui a pu être observé à propos de la rétention de sûreté, les CPMS ont la faculté de lier, par les avis qu'elles rendent, non seulement le procureur de la République, mais encore le juge, dans les décisions qu'ils doivent prendre dans le cadre de la procédure de surveillance de sûreté. L'automatisme de la procédure et le poids des conclusions expertales tendent à confiner le juge comme le procureur de la République dans un rôle « d'agent d'exécution » qui témoigne de la volonté du législateur d'assurer le plus efficacement possible la protection du corps social en faisant reposer leur prononcé, leur modification, leur renouvellement ou leur mainlevée, sur des considérations criminologiques qui échappent à la compétence du juge. Dans un tel contexte, le rôle prégnant de l'institution judiciaire ne semble tendre finalement qu'à garantir de la constitutionnalité et de la conventionnalité du dispositif, puisque, à l'analyse, celui-ci apparaît plus artificiel qu'autre chose, le juge étant lié en réalité par les conclusions des experts.

B – LE RÔLE DU CONDAMNÉ DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE DE SÛRETE

697. – Des droits procéduraux similaires à ceux susceptibles d'être exercés dans le cadre de la procédure de placement en rétention de sûreté – Conséquence logique de la volonté du législateur de calquer, autant que faire se peut, la procédure applicable au placement sous rétention de sûreté à celle suivie en matière de surveillance de sûreté, les droits procéduraux et processuels dévolus à la personne susceptible de faire l'objet d'une telle mesure sont quasiment identiques, que la surveillance de sûreté soit le relais d'une rétention de sûreté ou qu'elle prolonge les obligations d'une mesure d'aménagement de peine ou d'une autre mesure de sûreté **(1)**. Au stade de l'exécution de la mesure, la dichotomie observée dans l'instance en aménagement de peine entre les jugements et les ordonnances au regard des garanties procédurales et processuelles

entourant leur élaboration fait sa réapparition ici selon que le président de la JRRS ou la JRRS elle-même se prononce sur la modification ou la suppression de la surveillance de sûreté (2).

1) Les droits du condamné dans la procédure de placement sous surveillance de sûreté.

698. – La surveillance judiciaire prenant le relais d’une rétention de sûreté – Le législateur a instauré la surveillance de sûreté pour qu’elle s’impose comme le prolongement naturel de la rétention de sûreté dès lors que la JRRS prononce la mainlevée de celle-ci parce que le degré de dangerosité de la personne qui en faisait l’objet a diminué, sans pour autant disparaître. La surveillance de sûreté apparaissant comme une mesure restrictive de liberté reposant sur une appréciation du risque de récidive que l’individu éligible à une telle mesure présente, son prononcé commande naturellement le respect d’un certain nombre de garanties fondamentales, à l’instar de ce qui a pu être observé à propos de la rétention de sûreté. Reste qu’à compter de l’instant où la surveillance de sûreté ne peut intervenir qu’à l’issue d’une procédure de renouvellement ou de mainlevée de la mesure de rétention de sûreté, il est, somme toute logique, que les garanties procédurales et processuelles dont dispose le placé soient celles dont il dispose tout au long de la procédure de placement en rétention de sûreté. Toutefois, il doit être observé que le condamné dispose, dans l’exercice de certains droits, d’une plus grande latitude dans la procédure tendant à son placement sous surveillance de sûreté que dans celle tendant à son placement en rétention de sûreté, ce qui est le cas, notamment, en ce qui concerne l’évaluation de sa dangerosité.

699. – Le droit de contester l’évaluation de dangerosité devant la JRRS – Nous savons que six mois avant la fin de la mesure de rétention de sûreté, le Jap ou le parquet doivent saisir la JRRS au vu d’une expertise médicale et de l’avis de la CPMS, soit que celle-ci « propose » le renouvellement ou la mainlevée de la rétention de sûreté, soit qu’elle propose le placement de l’individu sous surveillance de sûreté. Quelle que soit la teneur de l’avis émis par la CPMS, la personne susceptible de faire l’objet d’une surveillance de sûreté est en droit de solliciter auprès de la JRRS, sur le fondement de l’article 706-53-15 du Code de procédure pénale, la réalisation d’une contre-expertise. Que l’on se trouve dans le cadre de la procédure initiale de placement sous surveillance de sûreté ou dans celle de renouvellement d’une telle mesure, il doit être observé que l’intéressé ne fait pas nécessairement l’objet d’un placement au CNE durant une période de six semaines, une telle mesure n’étant obligatoire que dans le cadre d’une procédure de placement initial en rétention de sûreté. Dans ce cas, l’évaluation de la dangerosité du condamné ne résulte alors que de l’expertise médicale ordonnée par le Jap ou le parquet, et sur laquelle la

CPMS va s'appuyer pour rendre son avis. Ici, la demande de contre-expertise formulée par l'intéressé peut, *a priori*, présenter un réel intérêt, surtout dans le cas où l'expertise médicale ordonnée par le Jap ou le parquet a été réalisée par un seul expert. En effet, l'éclairage apportée par la contre-expertise aura autant d'importance et de poids que celui apporté par l'expertise ordonnée par le Jap ou le parquet, et elle placera donc la JRRS en mesure de réellement apprécier les éléments sur lesquels les experts s'appuient pour parvenir à telle ou telle conclusion puisque ces deux expertises sont finalement réalisées dans des conditions similaires. Le raisonnement, pour séduisant qu'il soit, ne résiste pas à l'analyse dès lors que le poids réel que les conclusions d'une contre-expertise demandée par le condamné auront face à celles de l'expertise médicale demandée par le Jap ou le parquet, lesquelles seront nécessairement « validées » par l'avis favorable émis par la CPMS, ne peut être que faible. Ainsi, même si le Code de procédure pénale reconnaît à l'intéressé le droit d'obtenir de la JRRS qu'elle ordonne la réalisation d'une contre-expertise, à l'instar de ce qui a été observé dans la procédure de rétention de sûreté, il n'est pas sur qu'en pratique, celle-ci ait suffisamment de poids pour permettre au juge de se délier de l'avis de la CPMS.

700. – La problématique de l'évaluation de dangerosité lorsque la surveillance de sûreté prend le relais d'autres mesures que la rétention de sûreté – Nous savons que la surveillance de sûreté peut constituer le prolongement d'une mesure de surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire. Reste que la procédure suivie pour le prononcé, le renouvellement ou le prolongement d'une de ces deux mesures est nettement moins contraignante que celle suivie pour le prononcé d'une mesure de rétention de sûreté. Ceci s'explique par la force contraignante nécessairement supérieure de la seconde par rapport aux deux premières. Il s'ensuit donc que la procédure conduisant au prolongement d'une surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire par le prononcé d'une surveillance de sûreté ne peut qu'être plus lourde que celle par laquelle une telle mesure prend le relais d'une rétention de sûreté. En ce sens, il doit être observé que la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 prévoit que le réclusionnaire à perpétuité condamné pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, dont la libération conditionnelle prend fin, peut voir les obligations qui accompagnaient une telle mesure être prolongées, pour une durée maximale de deux ans, par le placement de ce dernier sous surveillance de sûreté par la JRRS, dès lors que les conditions de subsidiarité et de dangerosité sont réunies. Dans l'hypothèse où le condamné est éligible à une mesure de surveillance de sûreté susceptible de prendre le relais d'un aménagement de peine ou d'une autre mesure de sûreté, la procédure diffère de celle envisagée précédemment en ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité de l'intéressé. Tout d'abord, contrairement à la procédure suivie consécutivement à la

mainlevée d'une rétention de sûreté, il doit être observé que, dans le silence des textes, l'expertise médicale obligatoire ne sera réalisée que par un seul expert, et ce, dans le cas où la surveillance de sûreté aurait vocation à prendre le relais d'une surveillance judiciaire, d'un suivi socio-judiciaire ou à prolonger les obligations accompagnant une libération conditionnelle prenant fin.¹⁸¹⁷ Ensuite, il doit être rappelé que le seul fait que l'expertise médicale obligatoire affirme la persistance de la dangerosité de la personne susceptible d'être placée sous surveillance de sûreté suffit pour que la JRRS, après avis en ce sens de la CPMS, puisse prononcer le placement de l'intéressé sous une telle mesure. *Quid* du passage de ce dernier au CNE ? La surveillance de sûreté n'ayant pas pour effet de priver un individu de la liberté, il semble que le législateur n'ait point pris la peine de rendre le séjour de la personne éligible à une surveillance de sûreté au CNE obligatoire, comme en témoigne les dispositions de l'article R. 53-8-45 du Code de procédure pénale.¹⁸¹⁸ Cette solution nous semble particulièrement choquante dans la mesure où, si elle ne prive pas de liberté la personne à l'encontre de laquelle elle est prononcée, la surveillance de sûreté n'emporte pas moins restriction de liberté en ce qu'elle soumet celui qu'elle frappe au respect d'un certain nombre d'obligations toutes plus contraignantes les unes que les autres. Si l'on admet sans aucune difficulté que le placement du condamné au CNE ne soit pas prévue lorsque la surveillance de sûreté prend le relais d'une rétention de sûreté, un tel placement étant obligatoire pour le prononcé de cette dernière, il nous semble regrettable que le législateur n'ait point rendu le séjour de la personne susceptible de faire l'objet d'une surveillance de sûreté au CNE obligatoire, même nous avons bien conscience qu'une telle mesure serait difficile à mettre en œuvre au regard du manque de moyens actuel. La raison en est fort simple. La surveillance de sûreté constitue une mesure qui a vocation à imposer à une personne le respect d'un certain nombre d'obligations qui restreignent sa liberté au-delà de l'exécution de sa peine fondée sur la persistance d'un état dangereux dont les critères - « scientifiques » si l'on peut dire - laissent perplexes. Sur ce point, il doit être rappelé que l'évaluation de la dangerosité d'un individu, en l'état actuel des connaissances humaines dans les domaines de la psychologie et de la criminologie, est pour le moins très aléatoire étant donné qu'elle relève en pratique des données issues du parcours pénal de ce dernier. Autrement dit, on puise dans le passé les signes ou indices d'une dangerosité desquels on déduit un risque de récidive pour l'avenir, et dont l'importance est quantifiée au regard des éléments inscrits au dossier pénal par les différents acteurs de l'exécution

¹⁸¹⁷ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 535.23.

¹⁸¹⁸ Pour rappel, ce texte précise que « l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté proposant le placement sous surveillance de sûreté ou le renouvellement de cette mesure est rendu au vu des éléments figurant dans le dossier individuel de la personne tenu, selon le cas, à l'établissement pénitentiaire ou par le juge de l'application des peines et d'une expertise médicale constatant la persistance de sa dangerosité, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'évaluation pluridisciplinaire dans le service spécialisé prévu par le deuxième alinéa de l'article 706-53-14. ».

de la peine privative de liberté à laquelle il a été condamné. En outre, parce que la rétention de sûreté peut constituer la sanction d'une violation de ses obligations par le placé sous surveillance de sûreté, et que dans ce cas, la procédure suivie devant le président de la JRRS ne fait nullement état d'un quelconque séjour au CNE, alors même que son travail présente tout de même plus d'intérêt que celui mené par la CPMS dont l'avis est requis dans toutes les procédures, il nous semble que le passage de l'intéressé par le CNE devrait être consacré dans la procédure de surveillance de sûreté, du moins, lorsque cette dernière constitue le relais d'une mesure autre qu'une rétention de sûreté. Naturellement, il nous sera opposé le fait que le placé dispose tout de même de la faculté de d'exiger la réalisation d'une contre-expertise sur le fondement de l'article 706-53-15, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Certes, mais comme nous l'avons déjà évoqué, l'impact réel de cette contre-expertise face à l'expertise médicale demandée par le Jap ou le parquet, et qui se trouve nécessairement validée par l'avis favorable au placement émis par la CPMS, nous semble bien relatif.

701. – Le respect des garanties procédurales au stade décisoire et dans l'exercice des voies de recours – Rien ne distingue l'audience tendant au placement en rétention de sûreté de l'audience en placement sous surveillance de sûreté dans la mesure où ce sont les dispositions de l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale qui sont applicables. De fait, ici aussi, le condamné doit être assisté d'un avocat, et comparait personnellement devant la JRRS ; celui-ci peut également demander à ce que l'audience à laquelle il comparait soit tenue en présence du public ; il peut faire citer des témoins, faire poser des questions, par l'intermédiaire du président de cette juridiction spécialisée, aux témoins, aux experts, et plus largement à toute personne se présentant à la barre. La calque de la procédure suivie dans le cadre de la procédure de rétention de sûreté est donc total ici puisque l'intéressé retrouve l'ensemble des garanties issues de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁸¹⁹ Dans la droite ligne de ce qui vient d'être dit, le placé dispose de la faculté d'interjeter appel des décisions de la JRRS par lesquelles celle-ci ordonne son placement sous surveillance de sûreté. Concernant la procédure d'appel devant la JNRS, celle-ci ne diffère en rien de la procédure d'appel suivie à l'encontre des décisions prononçant le placement d'une personne en rétention de sûreté, l'article 706-53-19 du Code de procédure pénale renvoyant à l'article 706-53-15 du même Code applicable à la rétention de sûreté. Pour rappel, nous ferons observer que ce n'est pas une audience, mais un simple débat contradictoire qui est organisé devant la JNRS, ce qui implique, comme dans l'instance en aménagement de peine, que seul l'avocat de la personne ayant fait l'objet d'une décision de

¹⁸¹⁹ V° supra, n°...

placement en surveillance de sûreté est invité à comparaître. À l’instar de ce que nous avons fait observé précédemment, il nous semble ici aussi que la JNRS pourrait infléchir la solution retenue par le législateur en ce que l’organisation de la procédure suivie devant cette dernière relève d’un simple règlement ; il suffirait donc que le juge identifie le principe du contradictoire comme un principe général de droit¹⁸²⁰ pour considérer que son application, même *contra legem*, en présence d’un simple règlement, implique nécessairement celle de son corollaire, la comparution.¹⁸²¹ Dans tous les cas, la personne faisant l’objet d’un placement sous surveillance de sûreté dispose de la faculté de se pourvoir en cassation à l’encontre des arrêts de la JNRS, bien que celle-ci ne soit finalement qu’une formation de la Cour de cassation, et la procédure suivie devant la chambre criminelle relativement à l’instruction du recours et aux audiences est celle prévue aux articles 601 et suivants du Code de procédure pénale.

2) *Les droits du condamné au stade de l’exécution de la surveillance de sûreté.*

702. – Le respect des droits de la défense dans la mise en œuvre des mesures coercitives prises par le juge – Nous avons pu observer que le Jap exerce une mission de contrôle au stade de l’exécution de la mesure de surveillance de sûreté, et que la loi lui octroie un certain nombre de prérogatives en vue de lui permettre de neutraliser de manière temporaire le placé qui viendrait à manquer à ses obligations. En effet, la violation de ses obligations par le placé emporte faculté pour le Jap, ou le procureur de la République, « d’appréhender » et de « retenir » ce dernier dans le cadre de la rétention, qualifiée par certains auteurs de « *garde à vue d’application des peines* »¹⁸²², ou le « retenu » bénéficie de certains droits du gardé à vue, l’article 712-16-3, alinéa 3, du Code de procédure pénale renvoyant, pour les droits reconnus au « retenu », aux articles 63-2 à 63-4 du même Code. Ainsi, le retenu placé en rétention sur le fondement de l’article 712-16-3 se voit-il reconnaître le droit de « *faire prévenir, par téléphone, une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l’un de ses parents en ligne directe, l’un de ses frères et soeurs ou son curateur ou son tuteur de la mesure [ou] son employeur* » de la mesure dont elle l’objet ; du droit d’être « *examinée par un médecin désigné par le procureur de la République ou l’officier de police judiciaire* » ; du droit d’être assisté par un avocat ; du droit de communiquer avec ce dernier dans des conditions garantissant la confidentialité de l’entretien. Si jusque là, les droits de la défense sont relativement respectés, une fois la mesure de

¹⁸²⁰ Cela serait d’autant plus aisé que ce dernier se trouve déjà consacré comme principe directeur de la procédure pénale par l’article préliminaire du Code de procédure pénale, mais surtout, comme un principe fondamental du procès équitable par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme.

¹⁸²¹ En ce sens : M. HERZOG-EVANS, *Droit de l’exécution des peines*, op. cit., ibid.

¹⁸²² M. HERZOG-EVANS, La loi “récidive III” : extension et aggravation de la “probation” obligatoire, ibid.

réten-tion terminée, le placé peut se voir provisoirement placé dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté par le président de la JRRS, dès lors que le renforcement des obligations entourant la surveillance de sûreté n'apparaît pas comme une mesure suffisante. C'est naturellement par voie d'ordonnance, insusceptible de recours, prise en dehors de tout débat contradictoire, que le président de la JRRS prononce le placement provisoire de la personne en centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Il faudra attendre la confirmation de l'ordre de placement en réten-tion de sûreté par la JRRS siégeant en formation plénière pour que le placé puisse enfin exercer les droits de la défense qui lui sont reconnus au stade décisoire devant cette juridiction, le prononcé de la réten-tion de sûreté au titre de sanction d'une violation des obligations accompagnant la surveillance de sûreté relevant de la procédure visée à l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale. De fait, ce n'est qu'à ce moment là que le placé va comparaître personnellement devant la JRRS, assisté de son avocat, et pourra demander à ce que l'audience à laquelle il comparaît soit tenue en présence du public ; faire citer des témoins ; poser des questions, par l'intermédiaire du président de cette juridiction spécialisée, aux témoins, aux experts, et plus largement à toute personne se présentant à la barre.

703. – Le rôle du placé dans la procédure de modification des obligations entourant la surveillance de sûreté – Puisque le Jap se trouve dépourvu de tout pouvoir décisionnel au stade de l'exécution de la surveillance de sûreté, il revient naturellement à la JRRS le soin de modifier les obligations entourant cette mesure ou de sanctionner leur violation. Concernant la possibilité de modifier les obligations entourant la mesure de surveillance de sûreté, sans qu'il y ait nécessairement violation des obligations qui lui incombent par le placé, il doit être rappelé que le législateur a fait le choix d'une procédure par voie d'ordonnance qui ne respecte plus du tout ni les principes du procès équitable, ni les principes directeurs de la procédure pénale inscrits à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, puisque le dispositif se trouve ici épuré du peu de garanties procédurales dont il se trouvait revêtu dans l'instance en aménagement de peine. En effet, le Code de procédure pénale prévoit que l'ordonnance motivée du président de la JRRS est prise en dehors de tout débat contradictoire, ce qui induit bien évidemment l'absence de la personne placée sous surveillance de sûreté comme de son avocat, mais également impossibilité pour l'une comme pour l'autre de présenter leurs observations. Il n'y a que dans l'hypothèse où le président de la JRRS souhaite assortir la surveillance de sûreté d'une mesure d'injonction de soin ou d'un PSEM non imposés par la décision initiale de la JRRS, ou supprimé antérieurement, qu'il est alors contraint de tenir un débat contradictoire en présence de l'intéressé et de son avocat. Naturellement, nous ne pouvons que réitérer ici notre propos précédemment développé

concernant le caractère particulièrement contestable de l'absence de débat contradictoire qui est tout de même le seuil *minimum* en-dessous duquel l'on peut encore se demander si la procédure suivie ne viole pas totalement les règles issues du modèle européen de procès équitable ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que l'on se trouve ici en présence d'une mesure restrictive de liberté fondée, non sur la culpabilité de la personne qu'elle frappe, mais sur un risque de récidive résultant d'une appréciation bien aléatoire du degré de dangerosité de cette dernière, ce qui supposerait davantage de garanties encore.

704. – Le rôle du placé dans la procédure de sanction de la violation des obligations entourant la surveillance de sûreté – Si la personne placée sous surveillance de sûreté viole ses obligations ou refuse de se soumettre au PSEM qui lui serait imposé, le Code de procédure pénale prévoit deux sanctions : la première est celle consistant pour la JRRS à renforcer les obligations accompagnant la surveillance de sûreté ; la seconde est celle consistant dans le placement de la personne en rétention de sûreté. Si le manquement aux obligations conditionnant la surveillance de sûreté fait apparaître que la personne soumise à une telle mesure présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13, le Jap ou le procureur de la République, qui pourront déjà avoir placé l'intéressé en rétention, saisissent le président de la JRRS qui, si le renforcement des obligations accompagnant la surveillance de sûreté n'apparaît pas suffisant à prévenir le risque de récidive constaté, ordonne le placement provisoire de l'intéressé dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Ce placement provisoire devra faire l'objet d'une confirmation par la JRRS dans un délai maximal de trois mois, et après avis favorable de la CPMS, pour devenir définitif. Or, comme nous l'avons déjà fait observer¹⁸²³, C'est par voie d'ordonnance, insusceptible de recours, prise en dehors de toute débat contradictoire, que le président de la JRRS prononce le placement provisoire de la personne en centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Comme il lui faudra attendre la confirmation de l'ordre de placement en rétention de sûreté par la JRRS siégeant en formation plénière dans un délai maximal de trois mois pour qu'il puisse enfin jouir des droits et garanties fondamentaux issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il faut donc en déduire que le placé peut demeurer trois mois dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté sans avoir aucune possibilité ni de contester un tel placement, ni de saisir un juge pour que ce dernier confirme la décision du président de la JRRS avant l'écoulement de ce délai. Voilà donc une véritable « incarcération » prononcée hors de tout débat contradictoire, de toute comparution de l'intéressé

¹⁸²³ V° supra, n°...

devant un magistrat du siège ou du parquet, ou de toute comparution de son avocat, sans possibilité de recours contre une telle décision. Il peut sembler pour le moins surprenant qu'une telle solution ait pu être admise, et validée par les sages de la rue Montpensier, notamment au regard des premiers arrêts rendus, à l'époque de l'adoption de ces dispositions, par la Cour européenne des droits de l'homme relativement à l'effectivité de l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue. Alors certes, le placé ne fait pas l'objet d'une « accusation en matière pénale », mais par les conséquences qu'elle emporte - privation de liberté - et au regard de l'utilisation extensive du concept de « matière pénale » par la Cour européenne des droits de l'homme, l'on aurait pu tout de même entourer la procédure de la violation des obligations de la surveillance de sûreté de davantage de garanties nous semble-t-il. Le caractère particulièrement violent de la procédure prévue à l'article 706-53-19 témoigne du souci particulier de limiter au maximum les droits procéduraux et processuels du placé en vue de garantir l'effectivité de la protection du corps social. En supprimant toute possibilité pour le placé de contester son placement en urgence dans un centre socio-médico-judiciaire, le législateur s'assure de son impossibilité de faire annuler une telle décision, et garantir donc son enfermement pour une durée de trois mois qui laisse le temps à la JRRS de préparer le dossier. L'on voit bien ici que la prééminence de l'intérêt général conduit le législateur à restreindre, jusqu'à les annihiler d'ailleurs, les droits procéduraux et processuels du placé pour garantir la protection du corps social. De ce point de vue, la prédominance du modèle inquisitoire ne saurait faire ici le moindre doute, et conduit même à un refoulement des droits et garanties issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme comme de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Il est bien évident dans de telles circonstances qu'il est rigoureusement impossible de voir émerger des principes procéduraux, tels que le principe d'initiative ou le principe dispositif, précisément parce que ces derniers ne peuvent s'épanouir que dans un modèle procédural de type accusatoire ou « équitable » au sens européen du terme. Or, aucun des deux systèmes n'est consacré ou respecté ici.

705. – Le rôle du placé dans le renouvellement de la surveillance de sûreté – L'article R. 53-8-51 du Code de procédure pénale prévoit que « *trois mois au moins avant la fin prévue de la surveillance de sûreté, le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, fait procéder à l'expertise médicale et saisit éventuellement la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté pour avis. Le juge de l'application des peines, ou à défaut le procureur de la République, saisit la juridiction régionale de la rétention de sûreté un mois au moins avant l'expiration de la mesure, accompagné de son avis motivé.* ». Comme dans la procédure de placement initial, le placé ne joue aucun rôle dans la phase préparatoire à la saisine de la JRRS, mais une fois cette dernière saisie par le Jap ou le parquet, il ne fait plus de doute que celui-ci recouvre l'ensemble des droits procéduraux et processuels dont il se trouve être titulaire

au stade décisoire. Ainsi, le placé pourra exiger la réalisation d'une contre-expertise qui pourra réellement peser ici si le Jap ou le procureur de la République se sont dispensés de saisir la CPMS, et que l'expertise médicale à laquelle ils ont fait procéder n'a été réalisée que par un seul expert. Si le Jap ou le parquet a saisi la CPMS, alors il nous semble plus douteux que la contre-expertise du placé pèse lourd face aux conclusions de l'expertise médicale, surtout si elles sont validées par la CPMS. Ainsi, sauf dans l'hypothèse où l'expertise médicale conclut à l'absence de dangerosité, ou que l'avis de la CPMS préconise la mainlevée de la mesure de surveillance judiciaire, il y a peu de chances pour que la contre-expertise change quoi que ce soit à la décision du juge qui est, de toute façon, lié par l'avis de la CPMS, comme par les conclusions des experts. Pour le reste, le placé doit être assisté d'un avocat ; il comparaît personnellement devant la JRRS ; il peut également demander à ce que l'audience à laquelle il comparaît soit tenue en présence du public ; il peut faire citer des témoins, faire poser des questions, par l'intermédiaire du président de cette juridiction spécialisée, aux témoins, aux experts, et plus largement à toute personne se présentant à la barre. Le placé dispose également de la faculté d'interjeter appel des décisions de la JRRS par lesquelles celle-ci ordonne le renouvellement de la mesure de surveillance de sûreté, avec les lacunes déjà évoquées quant au fait que, seul l'avocat de la personne ayant fait l'objet de la décision de renouvellement de la mesure de surveillance de sûreté est invité à comparaître, et non le placé lui-même. Dans tous les cas, la personne faisant l'objet d'une décision de renouvellement de la mesure de surveillance de sûreté peut se pourvoir en cassation à l'encontre des arrêts de la JNRS, et la procédure suivie devant la chambre criminelle relativement à l'instruction du recours et aux audiences est celle prévue aux articles 601 et suivants du Code de procédure pénale.

706. – En conclusion – La surveillance de sûreté ayant pour finalité de favoriser le prolongement du contrôle social exercé à l'encontre des personnes qui présentent des signes d'une dangerosité persistantes au terme de la mise en œuvre d'une surveillance judiciaire, d'un suivi socio-judiciaire, ou encore d'une rétention de sûreté, les droits procéduraux et processuels octroyés au placé, que ce soit dans l'instance en placement initial ou dans les autres instances, sont relativement restreints, pour ne pas dire totalement annihilés par moment. Tel est le cas bien évidemment au stade préparatoire où le placé ne joue en définitive aucun rôle, mais également aux stades décisoire et exécutoire où il dispose de droits à géométrie variables selon qu'il se trouve en première instance ou en appel, voir selon la finalité de la procédure engagée. L'étude des droits procéduraux et processuels du placé témoigne de la logique défensive suivie par le législateur en ce que le placé se voit, à l'instar du retenu dans la rétention de sûreté, contraint le placé à un rôle passif typique de la position de défendeur dans le système inquisitoire. En définitive, à l'instar de ce qui a pu être observé dans la procédure de rétention de sûreté, et dans la

droite ligne du constat opéré à propos du rôle des autorités judiciaires dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté, il peut être observé que le relatif respect des droits et garanties issus du modèle européen de procès équitable n'est pas fait pour permettre au placé de se défendre activement et de lutter réellement à armes égales avec le parquet et le juge, mais simplement de garantir, *a minima*, la constitutionnalité et la conventionnalité du dispositif légal. Le but du législateur étant de protéger le corps social, il a institué avec la surveillance de sûreté un mécanisme qui lui permet de garantir une telle finalité, mais ce dernier devant passer le filtre du Conseil Constitutionnel, et peut-être celui de la Cour européenne des droits de l'homme, il l'a rendu acceptable en apparence en donnant faisant bénéficier le placé des droits et garanties issus de l'article 6 §.1, tout en prenant grand soin d'en restreindre l'exercice de telle manière que ceux-ci ne lui permettent pas de compromettre l'efficacité du dispositif.

707. – Conclusion du paragraphe 2 – La finalité de la surveillance de sûreté étant de permettre l'exercice d'un contrôle social renforcé sur les individus qui, à l'issue de l'exécution d'une autre mesure de sûreté, dont une rétention de sûreté, présentent les signes d'une dangerosité persistante, c'est ici encore l'intérêt général qui prédomine dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance en placement sous surveillance de sûreté. Pour ne pas compromettre l'efficacité du dispositif tout en lui assurant une conformité à la Constitution comme à la Convention européenne des droits de l'homme indispensable à sa pérennité, le législateur a érigé, de manière totalement artificielle, le juge et le procureur au rang de figure centrale, donnant ainsi l'illusion que ce sont eux qui maîtrisent de la direction de l'instance comme la matière litigieuse, au détriment du condamné qui se voit assigner un rôle passif, tout en garantissant *a minima* les droits processuels que lui reconnaît l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, nous avons pu constater que la prééminence de l'intérêt général a conduit le législateur à restreindre considérablement l'office du juge comme les prérogatives du parquet dans la conduite de l'instance puisque, d'une part, le déclenchement de l'instance revêt un caractère automatique en s'imposant aux autorités judiciaires qui n'ont bien souvent qu'une marge de manœuvre extrêmement réduite, d'autre part, les décisions de ces dernières sont liées par les conclusions des experts, et surtout, l'avis de la CPMS. En fait de « figure centrale », les autorités judiciaires se voient contraintes à jouer le rôle de simples « agents d'exécution ». Du point de vue de placé, sa situation est encore moins enviable dans la mesure où, s'il dispose en principe des droits et garanties issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il peut être observé justement que ce n'est que de manière très inégale selon les étapes du processus ou la finalité de la procédure engagée, le législateur ne lui octroyant le plein exercice des droits et garanties processuels issus du modèle européen de

procès équitable que dans des circonstances - ou à des étapes du processus - où ceux-ci ne risquent pas de compromettre l'efficacité du dispositif, et ce dans l'unique objectif de garantir la protection du corps social. Parée des atours d'une procédure de type inquisitoire respectueuse, dans les grandes lignes, des droits et garanties processuels issus du modèle européen de procès équitable. Il n'en demeure pas moins que l'on voit bien que la préservation de la sécurité du corps social s'opère au prix d'un double sacrifice : sacrifice de la liberté d'appréciation et de décision des autorités judiciaires ; sacrifice de l'effectivité des droits et garanties processuels du placé alors même qu'il s'agit ici de mesures de contrôle social ayant vocation à intervenir au-delà de l'exécution de la peine fondées sur une « dangerosité criminologique » dont l'évaluation paraît plus qu'aléatoire et discutable.

708. – Conclusion de la section 2 – Que ce soit dans l'hypothèse de la rétention de sûreté ou de la surveillance de sûreté, force est d'admettre que la prééminence de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance conduit le législateur à opter pour une procédure de type inquisitoire dans laquelle le rôle central du déclenchement de l'instance jusqu'à la phase exécutoire de la mesure de contrôle social prononcée est occupé par les autorités judiciaires en la personne du juge et du procureur de la République, au détriment de la personne présumée dangereuse qui se voit assigner un rôle passif tout au long de l'instance. L'effectivité de la protection du corps social par les mesures de sûreté introduites à l'occasion de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 se trouve renforcé par le fait que le législateur restreint considérablement l'office du juge comme les prérogatives du parquet dans la conduite de l'instance puisque, d'une part, le déclenchement de l'instance revêt un caractère automatique en s'imposant aux autorités judiciaires qui n'ont bien souvent qu'une marge de manœuvre extrêmement réduite, d'autre part, les décisions de ces dernières sont liées par l'avis de la CPMS. La présence des magistrats du siège comme du parquet apparaît davantage, de ce point de vue, comme un moyen de tenter de sauvegarder la constitutionnalité et la conventionnalité de la rétention de sûreté comme de la surveillance de sûreté, plutôt que l'expression d'une réelle volonté législative de leur permettre d'exercer pleinement les prérogatives qui sont les leurs, au risque alors de rééquilibrer les intérêts en présence du fait de la mission assignée à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la Constitution, et donc de faire perdre au dispositif sa redoutable efficacité. Le même raisonnement peut être tenu à propos de l'application très disparate des droits et garanties processuels issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il doit être observé en effet que, pour ne pas compromettre l'efficacité du dispositif tout en lui assurant une conformité à la Constitution comme à la Convention

européenne des droits de l'homme indispensable à sa pérennité, le législateur garantit *a minima* les droits processuels de la personne présumée dangereuse en ce sens qu'il n'octroie le bénéfice de tels droits que de manière très inégale selon les étapes du processus ou la finalité de la procédure engagée, en vue de maintenir celle-ci dans un rôle passif, et sans jamais lui permettre de jouer un rôle actif dans la conduite de l'instance pour ne pas compromettre l'efficacité du dispositif dans la protection du corps social. Par ce subtil jeu d'équilibriste, le législateur entend garantir *a minima* la constitutionnalité et la conventionnalité de la rétention de sûreté comme de la surveillance de sûreté tout en assurant à son dispositif une efficacité optimale, laquelle se fait au prix du double sacrifice de la liberté d'action des autorités judiciaires et de l'effectivité des droits et garanties de la personne humaine alors même qu'il s'agit de mesures de contrôle social à forte coloration répressive ayant vocation à intervenir au-delà de l'exécution de la peine.

CONCLUSION DU CHAPITRE DEUXIEME.

709. – L'impossible émergence du principe d'initiative résultant de la prééminence du modèle inquisitoire – Le modèle inquisitoire donnant en principe au parquet la maîtrise de la matière litigieuse et au juge celle de la direction de l'instance, tandis que la défense se trouve contrainte dans une certaine passivité, l'on aurait pu s'attendre à ce que l'étude des procédures conduisant au prononcé de mesures de sûreté ayant vocation à prolonger les effets de la peine, en permettant que soit exercé un contrôle social sur les personnes dangereuses à l'issue de leur peine ou de l'exécution d'autres mesures de sûreté, confirme cette répartition classique en matière des rôles processuels du juge et des parties, compte tenu de la prééminence de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence. Pourtant, l'étude révèle une toute autre réalité. Si le modèle inquisitoire s'impose bien dans les différentes procédures tendant au placement des personnes présumées dangereuses sous mesure de contrôle social, ce que confirme notamment le rôle passif dans lequel celles-ci se trouvent cantonnées, sauf au stade décisif où les droits processuels issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ont naturellement vocation à s'appliquer avec force au regard de son caractère accusatoire plus marqué, encore faut-il observer que le législateur a également restreint de manière drastique les prérogatives du parquet et du juge en donnant au déroulement de ces procédures un caractère quasi-automatique résultant de ce que l'un comme l'autre se voit contraint de réaliser certains actes ou certaines saisines, d'une part, et en liant les décisions qu'ils ont à prendre aux conclusions des expertises, de sorte que leur liberté de décision se trouve sévèrement bridée. En réalité, si le cantonnement de la personne présumée dangereuse dans un rôle passif trouve aisément son explication dans la prééminence du modèle inquisitoire qui s'impose assurément du fait de la prédominance de l'intérêt général dans la balance des intérêts en présence ; le modèle accusatoire privilégiant plutôt le rôle des parties au détriment du juge, il donne de fait à la défense un rôle actif dans la conduite de l'instance ; il en va toute autrement de la réduction du rôle du juge comme du parquet à de simples « agents d'exécution ». Alors que le modèle inquisitoire fait du juge la figure centrale du « procès », le législateur a fait le choix ici de restreindre considérablement son office dans le but, nous semble-t-il, de garantir l'efficacité des différents dispositifs. En imposant la présence du juge, le législateur garantit la constitutionnalité et de la conventionnalité des différents mécanismes de contrôle social ; mais en réduisant son office à celui d'un simple « agent d'exécution », il lui interdit de procéder à un rééquilibrage des intérêts en présence dans l'équation que ce dernier doit résoudre, et auquel l'article 66 de la Constitution le contraindrait inévitablement.

710. – L'impossible émergence du principe dispositif résultant de la prééminence du modèle inquisitoire – La matière litigieuse ne relève pas ici de faits que les parties pourraient alléguer, mais de données criminologiques qui échappent à l'appréciation du juge comme du procureur qui n'ont pas reçu la formation scientifique leur permettant de discuter la pertinence des conclusions expertales ou de l'avis de la CPMS. Ceci explique que le législateur ait instauré finalement des procédures qui dans lesquelles les autorités judiciaires sont réduites à un simple rôle « d'agent d'exécution » que traduit l'automatisme de la procédure comme la subordination des décisions du parquet ou du juge à l'avis de la CPMS ou aux conclusions des experts. Ni le juge ni le procureur ne délimitent ici la matière litigieuse qui se trouve circonscrite par les experts. Le déclenchement de la procédure conduisant à l'évaluation de la dangerosité de la personne à l'issue de sa peine ou de l'exécution d'une autre mesure de sûreté est automatique, le procureur comme le juge doivent déclencher la procédure en repérant les personnes éligibles à une mesure de sûreté, ils ont l'obligation de faire procéder à une expertise médicale, et dans la très grande majorité des cas, saisir la CPMS dont l'avis, lorsqu'il conclut à un risque de récidive dont il détermine approximativement le degré, comporte une proposition de placement ou de renouvellement d'une mesure de sûreté qui emporte saisine de la juridiction compétente. De fait, à aucun moment les autorités judiciaires n'interviennent dans la délimitation de la matière litigieuse, tout simplement parce que celle-ci leur échappe dans la mesure où elles n'ont pas la formation théorique pour apprécier et discuter le contenu des expertises comme de l'avis de la CPMS. Cela explique l'obligation faite au Jap ou au procureur de saisir le Tap ou la JRRS en présence de conclusions expertales constatant un risque de récidive ou d'un avis de la CPMS proposant le placement de l'individu concerné sous telle ou telle mesure de sûreté. Cela explique également que le Tap ou la JRRS se trouve lié par l'avis de la CPMS au stade décisif, et qu'il sera bien difficile en pratique pour le juge de ne pas se conformer à la proposition de cette commission. Même si le Code de procédure pénale offre à la personne dont le placement est envisagé la possibilité de demander ou d'exiger, selon les procédures, la réalisation d'une contre-expertise, le poids de celle-ci dans le débat judiciaire sera relativement insignifiant, de sorte que le défendeur n'a pas davantage la maîtrise de la matière litigieuse. De fait, parce que les parties n'ont pas la maîtrise de la matière litigieuse, elles n'ont pas, *de facto*, l'utilité de disposer de droits processuels leur permettant d'intervenir de manière significative dans la conduite de l'instance. Ainsi, le parquet voit son rôle réduit à celui d'un simple « agent d'exécution » tandis que la personne dont le placement sous une mesure de contrôle social est envisagé se voit cantonnée dans un rôle passif typique de la position de défendeur dans les procédures à dominante inquisitoire.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIEME.

711. – La répartition des rôles processuels du juge et des parties déterminée par la balance des intérêts en présence au stade *post-sentenciel* – L'étude de la répartition des rôles processuels du juge et des parties dans l'instance en aménagement de peine et dans l'instance en placement sous mesure de contrôle social permet de vérifier que la répartition des rôles processuels du juge et des parties est déterminée par la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural de l'instance. Lorsque c'est l'intérêt général qui prédomine, comme dans l'instance en placement sous mesure de contrôle social, le modèle inquisitoire s'impose en ce qu'il fait en principe prévaloir la figure du juge dans la direction de l'instance et celle du parquet dans la délimitation de la matière litigieuse, cantonnant la défense des intérêts privés dans un rôle passif. *A contrario*, lorsque la balance des intérêts tend à placer à égalité de valeur l'intérêt général et les intérêts privés, alors il peut être observé que le modèle accusatoire s'impose en ce qu'il fait en principe prévaloir le rôle des parties dans la direction de l'instance comme dans la délimitation de la matière litigieuse sur celui du juge. L'ascension des intérêts privés dans l'objet procédural de l'instance en aménagement de peine, sous l'influence des idées du mouvement de défense sociale nouvelle, a progressivement conduit le législateur à octroyer aux condamnés des droits procéduraux leur permettant de participer activement à la conduite de l'instance ordinaire d'aménagement de peine comme à la maîtrise de la matière litigieuse, mais également, et de manière plus récente, à la victime, dont on voit bien que le statut évolue vers celui de « partie » à l'instance en aménagement de peine. Si le juge conserve à l'évidence un rôle actif dans la conduite de l'instance comme dans la maîtrise de la matière litigieuse, les évolutions les plus récentes du droit positif semblent indiquer une restriction prochaine de certaines des prérogatives, et non des moindres, actuellement dévolues à ce dernier, nous songerons notamment à la suppression du pouvoir de saisine d'office, comme de saisine du Tap, reconnu au Jap, qu'induit certaines décisions récentes du Conseil Constitutionnel. L'ascension des intérêts privés du condamné et de la victime dans l'instance en aménagement de peine rapproche la physionomie du « procès en application de la peine » du procès civil en ce qu'elle conduit à une reconfiguration progressive des rôles processuels du juge et des parties qui tend à faire de l'instance en aménagement de peine un « duel judiciaire » entre les parties défendant leurs intérêts sous l'œil d'un « juge arbitre » chargé de veiller au bon déroulement de la procédure, d'une part, et de statuer sur les demandes formulées par ces dernières, d'autre part. Cette évolution confirme la répartition des rôles processuels du juge et des parties s'impose comme le miroir ou le reflet de la balance des intérêts en présence.

712. – L'émergence du principe d'initiative et du principe dispositif subordonnée à la balance des intérêts en présence. – L'ascension des intérêts privés au stade *post-sentenciel* ne peut emporter une reconfiguration de la répartition des rôles processuels du juge et des parties rapprochant la physionomie du « procès pénal » de celle du procès civil qu'à compter de l'instant où la balance des intérêts en présence fait prévaloir ou place à égalité les intérêts privés et l'intérêt général. Tel nous semble être le cas au stade de l'application des peines où les plateaux de la balance des intérêts en présence tendent à s'équilibrer, ce qui conduit nécessairement à faire du « procès en application des peines » un « duel judiciaire » dans lequel les parties s'affrontent à armes égales tout au long de la procédure sous l'œil vigilant d'un « juge arbitre » chargé de veiller au bon déroulement de la procédure, et de statuer sur les demandes formulées par ces dernières. La reconfiguration des rôles processuels du juge et des parties se traduit par un renforcement du caractère accusatoire de la procédure pénale résultant de l'émergence de certains principes directeurs propres au procès civil : le principe d'initiative et le principe dispositif. Si l'on ne peut nier que l'influence du modèle européen de procès équitable renforce l'ampleur du phénomène, elle n'est cependant ni la cause ni la conséquence de ce phénomène, au mieux a-t-elle pour effet de faciliter cette évolution en la soutenant. Nous en voulons pour preuve que les principes issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'imposent ni le principe d'initiative, ni le principe dispositif, qui ne sont pas des principes processuels, mais procéduraux, propres au procès civil. Or, ce sont bien ces principes qui émergent actuellement au stade *post-sentenciel* dans l'instance en aménagement de peine où le condamné participe à la maîtrise de la direction de l'instance - qu'il peut déclencher - et à la maîtrise de la matière litigieuse par les demandes qu'il peut formuler, aux côtés du parquet, et bientôt de la victime. Si les parties privées sont autorisées à participer à la maîtrise de la direction de l'instance (fonction normalement dévolue au juge) et à la maîtrise de la matière litigieuse (fonction normalement dévolue au parquet), c'est bien parce que leurs intérêts privés sont hissés au même niveau que l'intérêt général dans l'équation se situant au cœur de l'objet procédural de l'instance en aménagement de peine. *A contrario*, c'est bien parce que l'intérêt général prédomine dans l'instance en placement sous mesure de contrôle social que tout rapprochement entre la physionomie de ce « procès » et le procès civil est rigoureusement exclu, comme en témoigne le rôle passif du défendeur qui dispose pourtant, du moins au stade décisoire, des droits processuels issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La physionomie classique en matière pénale de l'instance en placement sous mesure de contrôle social témoigne de l'effet de la prééminence de l'intérêt général que la répartition des rôles processuels du juge et des parties dans la maîtrise de la direction de l'instance comme dans la maîtrise de la matière litigieuse.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

713. – L’ascension des intérêts privés dans l’objet procédural du « procès pénal » – Que ce soit au stade *sentenciel* ou *post-sentenciel*, l’étude démontre que l’on assiste ces dernières décennies à un véritable rééquilibrage des plateaux de la balance des intérêts en présence dans le « procès pénal ». Alors que l’intérêt général prédomine traditionnellement dans la balance des intérêts en présence dans l’objet procédural du « procès pénal », il doit être observé que celui-ci se trouve concurrencé par des intérêts privés qui se sont progressivement immiscer dans l’équation décisionnelle que les juridictions répressives ont à résoudre, que ce soit au stade *sentenciel* ou *post-sentenciel* d’ailleurs. L’intérêt général se trouve tout d’abord concurrencé par les intérêts privés de la victime qui s’est vu reconnaître par la Cour européenne des droits de l’homme un intérêt à la répression que le juge doit intégrer à son action comme à sa réflexion à toutes les étapes du processus de répression, y compris au stade du prononcé de la peine, et qui peut se trouver d’ailleurs en contradiction avec l’action menée par le représentant de la société, notamment quant au choix de la qualification pénale des faits. L’intérêt à la répression de la victime modifie assurément le contenu de l’objet procédural du « procès pénal » qui n’est plus seulement un « procès » opposant la société à l’auteur de l’infraction, mais un « procès » opposant la société, la victime et l’auteur de l’infraction, chacun dans la défense de ses intérêts. Or, sur ce point, il peut être observé que l’émergence d’un modèle de « procès pénal » orienté vers les parties sous l’influence du modèle européen de procès équitable a contribué à l’ascension des intérêts privés en procédure pénale en obtenant progressivement une égalité des armes entre les parties qui se trouve aujourd’hui transposée au sein du contentieux de l’exécution des peines ou, sous l’influence des idées du mouvement de défense sociale nouvelle, les intérêts privés du condamné sont venus progressivement concurrencer l’intérêt général dans l’objet procédural de l’instance en aménagement de peine du moins. Plus récemment, ce sont les intérêts privés de la victime qui tendent progressivement à être pris en compte dans le « procès en application des peines », confirmant ainsi l’ascension des intérêts privés dans l’objet procédural de l’instance en aménagement de peine qui correspond aux mutations affectant la finalité de la peine comme de son exécution. Que ce soit au stade *sentenciel* ou *post-sentenciel*, si l’on excepte l’instance en placement sous mesure de contrôle social où l’intérêt général prédomine assurément, force est de constater que l’ascension des intérêts privés dans l’objet procédural du « procès pénal » apparaît comme une réalité tangible qui se traduit concrètement par une mutation de la physionomie classique du modèle procédural pénal.

714. – La configuration des rôles du juge et des parties influencée par le modèle procédural civil – Si le modèle inquisitoire impose que la maîtrise de la direction de l'instance soit placée entre les mains du juge et que la maîtrise de la matière litigieuse le soit entre celles du procureur, tandis que la défense est contrainte à une certaine passivité, ce n'est que parce que l'intérêt général prédomine dans la balance des intérêts en présence dans l'objet procédural du « procès pénal ». Dès lors que les intérêts privés tendent à se placer au même niveau que l'intérêt général, cette répartition des rôles processuels du juge et des parties ne peut être que remise en cause au profit d'une répartition plus conforme à l'équilibre des intérêts en présence ; répartition qui renvoie bien évidemment davantage au modèle accusatoire. C'est en ce sens nous semble-t-il que le législateur permet à la « victime pénale » de l'infraction de mettre en mouvement l'action publique, par l'exercice d'une « action pénale privée » innommée pour l'heure dans le Code de procédure pénale, qui lui permet de concurrencer le juge comme le parquet dans la maîtrise de la direction de l'instance et dans la délimitation de la matière litigieuse tout au long du processus répressif, ou que le mis en cause se voit offrir la possibilité de sortir du rôle passif dans lequel il se trouve cantonné traditionnellement en matière pénale pour venir, lui aussi, concurrencer le juge, le parquet, et la partie civile dans la conduite de l'instance comme dans la délimitation de la matière litigieuse. Cette mutation, que l'on retrouve également dans l'instance en aménagement de peine, où le condamné se voit même reconnaître la faculté de déclencher l'instance en saisissant la juridiction de l'application des peines en formulant des demandes par lesquelles il délimite assurément la matière litigieuse, témoigne d'un rapprochement certain de la physionomie du « procès pénal » de celle du procès civil, comme en témoigne l'émergence du principe d'initiative et du principe dispositif, principes directeurs propres au procès civil, tant dans l'instance pénale que dans l'instance en aménagement de peine. Si le « procès pénal » n'est pas ce « duel judiciaire » qui oppose les parties sous l'œil vigilant d'un « juge arbitre » chargé de veiller au bon déroulement de la procédure et de statuer sur les demandes formulées par ces dernières qui caractérise, de manière quelque peu caricaturale, le procès civil, force est d'admettre qu'il s'en rapproche diantrement dès lors que, contrairement au schéma classique résultant de la dominante inquisitoire de la procédure pénale, ce sont les parties qui, de manière croissante, tendent à avoir la maîtrise de la direction de l'instance et la maîtrise de la matière litigieuse, ce qui restreint progressivement l'office du juge à celui d'un rôle « d'observateur actif », à l'instar du juge civil dont les pouvoirs ne cessent de se renforcer. Bien évidemment, l'influence des principes issus du modèle européen de procès équitable joue un rôle évident de catalyseur dans cette évolution, mais l'analyse démontre bien que c'est l'ascension des intérêts privés en matière pénale qui est en la cause.

CONCLUSION GÉNÉRALE

715. – L’ascension des intérêts privés dans le champ de la protection pénale. – Qu’ils soient individuels ou collectifs, force est de constater que les intérêts privés tendent à occuper aujourd’hui une place prégnante dans le champ de la répression pénale. Il a pu être constaté que, sous l’impulsion d’une montée de l’individualisme et de l’idéologie des droits de l’homme comme valeur sociale dominante, l’ordre public pénal s’est recentré sur les valeurs individualistes de la personne et de la propriété. Il en est résulté une réévaluation de la place des intérêts particuliers dans l’ordre des valeurs pénalement protégées contenu dans la grande majorité des incriminations ayant pour objet la défense de l’intérêt général ordinaire, voire commun, comme en témoignent les réformes législatives les plus récentes en la matière. Ainsi, nous avons pu observer que le Code pénal comporte de nombreuses incriminations qui ont pour objet la protection de la liberté de décision des individus, que ce soit dans leurs relations personnelles, professionnelles ou d’affaires, même lorsque ces dernières semblent protéger prioritairement une autre valeur (l’intégrité physique, la vie, le droit de propriété, *etc.*). Il en est ainsi de l’incrimination de viol, par exemple, ou encore celle, beaucoup plus récente, de travail forcé. Dans la première comme dans la seconde, l’intégrité physique et la dignité de la personne humaine n’apparaissent plus aujourd’hui au premier rang de l’ordre des priorités de la protection pénale ; elles sont supplantées, et la grande majorité des décisions jurisprudentielles le démontre, par l’intérêt privé du titulaire du bien juridique lésé par l’infraction : la victime. Parce que l’ordre public pénal s’est recentré sur les valeurs individualistes de la personne humaine et de la propriété, ce sont aujourd’hui les intérêts privés des particuliers qui se trouvent hissés au premier rang, et c’est tout naturellement dans la perspective de préserver ces derniers que le juge interprète la loi. De ce point de vue, la privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale tend à faire apparaître que la protection de l’intérêt général passe désormais par le prisme de la défense des intérêts privés, qu’ils soient individuels ou collectifs. Leur prééminence dans l’ordre des valeurs pénalement protégées se manifeste d’ailleurs par la faculté reconnue à la victime, du moins lorsque les intérêts prioritairement protégés par l’incrimination sont disponibles, de lever l’interdit pénal en consentant à l’acte infractionnel. Les hypothèses de consentement permissif illustrent le fait que l’intérêt général se trouve aujourd’hui supplanté dans l’ordre des valeurs pénalement protégées par des intérêts subjectifs appartenant à des titulaires particuliers, dès lors que ce sont ces derniers qui ont la faculté de neutraliser, à partir de la manifestation de leur volonté, l’application de la loi pénale.

716. – L’ascension du litige privé dans le procès pénal – Tant que l’intérêt général prédomine dans l’ordre des valeurs pénalement protégés, le litige privé sous-jacent au litige public se trouve totalement annihilé, ou presque, par ce dernier. Historiquement, c’est bien parce qu’il a été considéré, à un moment de notre histoire, qu’au-delà de la lésion des intérêts particuliers de la victime, l’infraction lésait plus largement l’ensemble du corps social, que l’État a pu confisquer le litige pénal aux particuliers. Le droit pénal moderne entendait évacuer le litige privé issu de l’infraction en distinguant les notions de peine et de réparation, et partant, les notions de responsabilité pénale et de responsabilité civile, et en limitant l’action de la victime à la réparation de son dommage, ce que traduit toujours l’article 2 du Code de procédure pénale. Le raisonnement tient tant que l’intérêt général apparaît au premier rang de l’ordre des valeurs pénalement protégées, mais à compter de l’instant où ce sont les intérêts privés des particuliers qui figurent en tête des valeurs protégées par la norme pénale, il ne tient plus. La privatisation de la fonction protectrice de la loi pénale ne peut qu’entraîner, par voie de conséquence, une résurgence de la dimension privée du litige pénal ; laquelle résurgence se traduit par une régression de la part de l’autorité publique dans le conflit. Nous avons pu vérifier la réalité du phénomène que nous décrivons, notamment en constatant que la partie civile dispose aujourd’hui d’un ensemble de prérogatives pénales lui permettant de déclencher l’instance pénale, et de participer activement à la manifestation de « sa » vérité tout au long du processus répressif. Loin d’être un simple collaborateur privé du parquet, la partie civile, à laquelle la Cour européenne des droits de l’homme reconnaît, sur le fondement de l’article 6 §1. de la Convention européenne des droits de l’homme, un intérêt à la répression, ne corrobore pas l’action publique, pour reprendre la formule de la Cour de cassation, elle exerce une véritable action pénale privée poursuivant une finalité qui peut être identique à celle poursuivie par le représentant de la société sur le fondement de l’action publique, ou s’en distinguer. Si la partie civile dispose de prérogatives procédurales lui permettant de participer à la maîtrise de la direction de l’instance pénale et de la matière litigieuse, à égalité de droits ou presque, avec le représentant de la société, ce n’est pas pour corroborer l’action de ce dernier, mais bien pour soutenir une « accusation privée » sur laquelle le juge pénal va devoir se prononcer. Si le litige privé demeure intrinsèquement lié au litige public, l’augmentation des prérogatives pénales dévolues aux « victimes », personnes physiques ou morales, comme en témoigne d’ailleurs l’insertion récente d’un article 2-22 au sein du Code de procédure pénale reconnaissant aux associations luttant contre la traite des êtres humains et l’esclavage peut exercer les droits reconnus à la partie civile, tend à mettre en évidence le fait que le litige privé s’impose progressivement dans le procès pénal. Les praticiens l’ont bien compris, et la manière dont les audiences en cour d’assises se déroulent aujourd’hui illustre cette évolution.

En effet, pour avoir assisté à de nombreuses sessions d'assises, nous avons été surpris de constater, y compris dans sa configuration spatiale, que celui-ci tend à être organisé comme un duel judiciaire opposant la victime à son auteur, sous l'œil vigilant et attentif du corps social représenté par le procureur général, lequel se tient, en général, en retrait, évitant d'interférer ou de s'immiscer dans les échanges entre les parties privées. Cette mutation des comportements procéduraux nous semble correspondre, d'une part, au basculement de l'ordre des valeurs pénalement protégées dans le champ de la protection pénale, d'autre part, à une prise de conscience des professionnels du droit relativement à la fonction cathartique du procès pénal.

717. – L'ascension du litige privé renforcée par la fonction cathartique du procès pénal –

Si le droit civil tend à assimiler les notions de réparation et d'indemnisation, il nous semble que le droit pénal comme la procédure pénale tendent aujourd'hui à dissocier en offrant aux victimes d'infraction pénale une réparation patrimoniale et symbolique de leur dommage. Si la réparation patrimoniale que le droit pénal est en mesure d'apporter aux victimes nous semble relever davantage d'un mouvement de civilisation que d'un mouvement de privatisation, il en va différemment de la réparation symbolique qui a vocation à compenser la souffrance émotionnelle de la victime ; souffrance qui ne peut être compensée par la seule allocation d'une indemnité pécuniaire. La réparation symbolique de la victime passe, d'une part, par l'intégration, dans les textes d'incrimination, d'éléments matériels ou moraux propres à représenter idéellement la faute morale dans laquelle la souffrance de la victime a trouvé naissance, permettant ainsi la manifestation de la fonction cathartique de l'interdit pénal au stade de la qualification des faits par le juge, d'autre part, par l'intégration de ces intérêts en critère légal de personnalisation de la peine, comme en témoigne le contenu des articles 132-24 du Code pénal et 707 du Code de procédure pénale. Même si l'effet cathartique du procès pénal ne se manifeste pas pour l'ensemble des victimes, il se manifeste pour un certain nombre d'entre elles qui n'auraient pu trouver dans le procès civil cette forme particulière de réparation que, seul, le procès pénal, par sa physionomie, son rituel, du moins en cour d'assises, peut offrir.

718. – L'attrait de la voie pénale renforcé par les mutations de la responsabilité civile –

Si le procès pénal participe assurément à la réparation symbolique des victimes, il ne faudrait point sous-estimer l'attrait que la responsabilité pénale, et la sanction pénale qui l'accompagne, peuvent présenter pour les victimes qui attendent autre chose du « procès » que la seule indemnisation de leurs préjudices. En effet, alors que dans le domaine de la responsabilité civile, le souci de garantir l'indemnisation des préjudices a conduit la jurisprudence, et le législateur à sa suite, à détacher la

norme de responsabilité civile de ses fondements moraux afin de désigner plus efficacement des débiteurs d'assurance en mesure d'indemniser les victimes, quand bien même ces derniers n'auraient joué qu'un rôle causal indirect, voir aucun rôle causal, dans la survenance du dommage, la responsabilité pénale continue de désigner, au plus juste des faits, l'auteur de la faute à l'origine du dommage. Comment s'étonner que les victimes privilégient le recours à la voie pénale pour résoudre leurs litiges, ce d'autant que, dans le même temps, leurs intérêts subjectifs ou collectifs se retrouvent au premier rang de l'ordre des valeurs pénalement protégées dans de nombreux textes d'incrimination ? Celles-ci bénéficiant en droit français d'un droit d'option leur permettant, sous certaines conditions, de choisir de porter leur demande indemnitaire devant le juge pénal ou le juge civil, ce n'est plus sur le terrain d'une responsabilité civile qui ne leur donnera que des débiteurs d'assurance prédéterminés que ces dernières, lorsqu'elles attendent autre chose du « procès » qu'une simple indemnité, mais sur celui d'une responsabilité pénale, qui seule, dit la faute et en désigne l'auteur véritable. Cela est d'autant plus vrai que dans le domaine du fait générateur de dommage comme dans celui du fait générateur de risque, la responsabilité civile a progressivement abandonné sa fonction normative au profit de sa seule fonction indemnitaire en multipliant notamment les présomptions de responsabilité dont l'efficacité redoutable a été renforcée par une application restrictive des causes exonératoires de responsabilité, ou encore l'utilisation des présomptions de causalité permettant de garantir la réparation des dommages dont la cause est pourtant incertaine. Par ailleurs, il doit être observé qu'en terme de conséquence, alors que la responsabilité pénale s'accompagne d'une peine, la responsabilité civile s'accompagne d'une indemnisation que le civilement responsable peut transférer à la collectivité, soit par le biais du système assurantiel, soit par le biais des fonds publics de garantie ou d'indemnisation instaurés pour certains types de dommages et certaines catégories de victimes. De ce point de vue, la déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation est totale. Naturellement, si la victime ne souhaite obtenir que l'indemnisation de ses préjudices, la voie civile est particulièrement attrayante, mais si elle souhaite obtenir davantage que la seule indemnisation de ses préjudices, alors le choix de la voie pénale s'imposera.

179. – La reconfiguration des rôles processuels du juge et des parties dans le procès pénal

– Parce que le procès pénal n'est plus seulement le lieu de résolution d'un litige public opposant le corps social à l'auteur de l'infraction, mais également celui d'un litige privé sous-jacent, opposant la victime à son auteur, qui tend progressivement à affirmer son autonomie, cette mutation ne pouvait qu'emporter une reconfiguration des rôles processuels du juge et des parties pour se rapprocher d'ailleurs de celle du procès civil. Cette évolution, si elle s'inscrit dans la

mise en conformité de notre procédure pénale aux canons européens du procès équitable, a conduit le législateur, et dans une certaine mesure le juge, à consacrer au profit des « victimes » qui souffrent personnellement et directement de l'infraction, et non de ses seules conséquences dommageables, le droit d'impulser l'instance pénale en se constituant partie civile. Dissocié de l'action civile par la finalité répressive qu'il poursuit, le droit de se constituer partie civile - par les effets qu'il emporte sur l'action publique - s'impose comme le premier élément d'un ensemble de prérogatives procédurales attachées à l'action pénale privée que la « *victime pénale principale* » peut exercer devant les juridictions répressives en vue de participer à la manifestation de la vérité et à l'établissement de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction. Mais au-delà de la « victime », ce sont également les droits de la personne pénalement poursuivie, et condamnée, qui se sont considérablement accrus, notamment dans la phase d'exécution des peines avec la juridictionnalisation de l'application des peines. La montée des droits des parties privées dans l'instance pénale, et dans une certaine mesure dans la phase d'application des peines, atténue le caractère inquisitoire de la procédure pénale au profit de son caractère accusatoire, la rapprochant ainsi de la procédure civile, et le procès pénal du procès civil. Cela se vérifie d'autant mieux que, dans l'instance pénale, où l'on retrouve la classique triangulation propre au procès civil, mais également dans l'instance en aménagement de peine, il a pu être démontré que la montée des droits des parties privées emporte comme conséquence l'émergence de certains principes propres au procès civil en procédure pénale, principalement le principe d'initiative et le principe dispositif. L'ascension du litige privé opposant la victime et l'auteur, sous-jacent au litige public, sur la scène pénale rapproche indéniablement la physionomie du procès pénal de celle du procès civil, ce qui restreint nécessairement la part de l'autorité publique dans le conflit.

720. – La privatisation de la répression pénale : déclin ou redéploiement de l'État ? – Parce que la privatisation des qualifications pénales, et de l'objet procédural du procès pénal qu'elle emporte, réduit de manière significative la part de l'autorité publique dans le conflit, l'on serait tenté d'adhérer aux thèses doctrinales voyant dans le phénomène de privatisation de la répression pénale un déclin de l'autorité de l'État. Pourtant, il nous semble que le phénomène de privatisation emporte davantage un redéploiement de l'autorité de l'État qu'un déclin. En effet, tout d'abord, il doit être observé que le rapprochement des matières civile et pénale profite à l'État qui a trouvé dans certains mécanismes propres au droit civil et à la procédure civile le moyen de renforcer l'efficacité de son action dans le domaine pénal. En effet, il peut être observé que la procédure pénale, en amont de l'instance pénale, dans l'instance pénale, et également en aval de cette dernière, au stade de l'application des peines, fait une large place aux

modes transactionnels de règlement du litige qui permettent aux magistrats du parquet, dans l'exercice de leur ministère public, de régler le litige pénal par voie d'accord transactionnel, que ce soit en amont de l'instance pénale, par recours aux articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale, ou en introduisant une « *instance de règlement transactionnel* » du litige pénal par l'utilisation de la CRPC. Or, ces procédures peuvent faire échec au droit d'impulsion de l'instance reconnu aux « victimes », et la priver de procès pénal. Par ailleurs, même si elles sont conditionnées au consentement de l'auteur, celui-ci se voit privé des garanties processuelles issues notamment de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le domaine de l'exécution des peines, au cœur même de la coercition, l'autorité de l'État se révèle dans toute sa vigueur. Même si le condamné a vu ses droits s'accroître, et de manière progressive la victime, par l'effet de la juridictionnalisation de l'application des peines, il peut être observer que les procédures judiciaires d'aménagement de peine dérogent très largement aux respects des droits processuels issus de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais encore les récentes réformes intervenues en la matière, en introduisant des procédures simplifiées d'aménagement de peine, procèdent à une déjudiciarisation du contentieux de l'aménagement de peine qui place le condamné dans un rôle plus passif que dans les procédures judiciaires ordinaires. En outre, l'insertion ces dernières années de mesures de contrôle social à forte coloration pénale ayant vocation à être appliquée au-delà de la peine en vue de défendre le corps social des individus présentant un risque de récidive important ont généré un contentieux dans lequel le condamné se trouve cantonné à un rôle purement passif. L'on pourrait même dire que, au regard du rôle prégnant de l'État dans ces procédures de placement sous mesure de contrôle social, et de leur caractère quasi-automatique, que l'on assiste à une « administrativisation » du contentieux post-sentenciel.

721. – En définitive, si nous assistons bien à un mouvement de privatisation de la répression pénale, résultant d'une prise en compte croissante des intérêts privés des particuliers dans le domaine pénal, il nous semble qu'un tel mouvement s'harmonise en réalité avec le redéploiement de l'action de l'État en la matière qui correspond aux attentes sociales contemporaines. La préservation de l'intérêt général, et de l'ordre public qui le sous-tend, passe désormais par le prisme de la préservation des intérêts privés, et l'État doit désormais composer avec cette exigence nouvelle, laquelle puise ses fondements dans l'idéologie individualiste dominante, et qui s'inscrit, nous semble-t-il, dans la continuité de la philosophie émancipatrice de 1789. Mais, l'État n'a rien perdu de son autorité dans le domaine pénal, comme en témoigne le redéploiement des modalités de son action.

INDEX

Les nombres renvoient aux paragraphes, ceux en caractère gras indiquent le paragraphe où la matière est spécialement traitée.

A

ACCORD :

- Condamné : 542, 582, **595 et s.**, **608 et s.**
- Transactionnel : 227, 359, 376, **377 et s.**, 386
- Victime : **313**, 323

ACTION À FIN PUBLIQUE : 378, **538 et s.**

ACTION CIVILE : 7, 81, 317, 340, 358, 403, 404, **406**, **411**, 487, **505**, **510 et s.**

ACTION CIVILE COLLECTIVE : **82**, 98, 101, **106 et s.**, 426

ACTION CIVILE ORDINALE : **86**

ACTION SUCCESSORALE : **372**

ACTION SOCIALE : **82**

ACTION SYNDICALE : **94**, **425**

ACTION PÉNALE PRIVÉE : 369, 372, **403 et s.**, **487 et s.**, 495, **505 et s.**, **514 et s.**

ACTION PÉNALE PRIVÉE COLLECTIVE : **427**

ACTION PUBLIQUE : 4, 7, 96

- Prescription : **230 et s.**

- Privatisation : **369**

ASSOCIATIONS : **8**, 26, **96**, 98, 101, 104, 119

- Habilitation législative : **104 et s.**

ASSOCIÉS : **81 et s.**

ASSURANCE : **158 et s.**

- Faute intentionnelle : **163 et s.**

- Faute d'imprudence : **164**

- Obligation légale : **161**

AMENAGEMENT DE PEINE :

- Procédures ordinaires : **577 et s.**, **588 et s.**, **602 et s.**

- Procédures simplifiées : **582 et s.**, **593 et s.**, **608 et s.**

B

BUREAU D'AIDE AUX VICTIMES : **261**

BUREAU DE L'EXÉCUTION DES PEINES : 184, 259, **260**

C

CATHARTIS : 24, 195, **198 et s.**

- Interdit légal : **200**

- Qualification : **221**

CAUSALITÉ : 117, **124 et s.**, **149 et s.**,

- Directe : 151, **152**

- Indirecte : 151, 153

- Présomptions de : **125**, 136

CIVILISATION : 15, 16, 18, **20 et s.**, 541

CLASSEMENT SANS SUITE : 9, 320, **321 et s.**, 363, 411, 414, 433, 438, 446, 492

COMPARUTION SUR RECONNAISSANCE PRÉALABLE DE CULPABILITÉ : 6, 9, 224, 227, 325, **381 et s.**, 389, **392 et s.**, 396 et s., 452, 456, **458 et s.**, 478.

- Caractère transactionnel : **382**
- Échec (impulsion de l'instance) : **595**
- Garanties procédurales : **393**
- Homologation : **397 et s.**, 459, 478
- Négociation : **391**

COMPOSITION PÉNALE : **379 et s.**, 391

CONSENTEMENT :

- Alternatives aux poursuites : **387, 391**
- Aménagement de peine simplifié : **595**
- Composition pénale : **391**
- Défaut de : **31 et s.**
- Dol : **37**
- Peine : **242**
- Erreur : **38**, 48, 104
- Exclusion : **32 et s.**
- Intégrité : **35 et s.**
- Peine : 382,
- Permissif : **40 et s.**
- CRPC : 392
- Recueil : **34 et s.**, 594
- Rétractation : **33 et s.**
- Sanction : **48 et s.**
 - Violence : **36**
 -

CONTRACTUALISATION : 2, 3, **9**, 16, **401 et s.**

CONTRAVENTION DE GRANDE VOIRE : \checkmark°
Domaine public

CONTRÔLE SOCIAL : **624 et s.**

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : 6, 7, 226, 353, 365, 396, 466, 483, 484, 512, 525, 558, 564, 565, 567, 572, 600, 615, 618, 621, 625, 645, 656, 656, 676,

CRÉANCIERS : **83**

CONDAMNÉ : **545 et s.**, **587 et s.**, **645 et s.**, **676 et s.**, **699 et s.**

- Contre-expertise : **648 et s.**
- Droit d'action : **546 et s.**
- Droit d'appel : **591**, 597
- Procédure ordinaire d'aménagement de peine (rôle) : **546 et s.**, **588 et s.**
- Procédure simplifiée d'aménagement de peine (rôle) : **551 et s.**, **593 et s.**

CONSOMMATEURS : **89 et s.**

- Association de : 90, 91, 106

CONTRADICTOIRE (DÉBAT) : 262, 509, 544, 549, 557, 558, 565, 579 et s., 590, 605 et s., 614, 632, 637 et s., 652 et s.

D

DANGEROUSITÉ : 604, 625, 627, 642, 667, 670 et s., 685 et s.

- Expertise de : **629 et s.**, **677**,
- Centre national d'évaluation : 629, 649, 670
- Contre-expertise : **648 et s.**
- Commission pluridisciplinaire des mesures de sûretés (CPMS) : 629, 631, 637, **669 et s.**, 688, **690 et s.**

DROITS RÉELS : **66 et s.**

DROITS PERSONNELS : **70 et s.**

- Consommateurs : **89 et s.**
- Professions réglementées : **84 et s.**
- Salariés : **92 et s.**

DISPOSITIF (PRINCIPE) : \checkmark° *Principe dispositif*

DOMAINE PUBLIC : **282 et s.**

DOMMAGE : 116 et s.

- Certain : **126**
- Idéal : **283**
- Incertain : **134**
- Moral : 282, 287, 291, 292, 309
- Mixte : **280 et s.**
- Réparable : **116**
- Symbolique : 276, 299

DROITS FONDAMENTAUX : 5, 144, 393, 497, 533, 576, 633

DROITS SUBJECTIFS : 29, 51, 77, 92, 612 et s
- Volontaire : **214**

E

EXPERTISE : V^o *dangerosité*

F

FISCALE (SANCTION) : 285 et s.

FONDS PUBLICS D'INDEMNISATION OU DE GARANTIE : 5, 144, 393, 497, 533, 576, 633

H

HARCÈLEMENT MORAL : 208, 209, 215

- Créanciers : **82**
- Créanciers : **82**

HARCÈLEMENT SEXUEL : 210, 216

HÉRITIERS : 369, 372, 407, 419,

I

IMMEUBLE : 54 et s., 67

- Par destination : **57**
- Par nature : **56**

IMPRUDENCE : 124, 149 et s., 164, 200 et s.

- État psychologique : **202**

- Consciente : 202, 214

- Inconscience : 164, 202, 214

IMPUTATION : 118 et s., 144, 147, 155

IMPULSION (DE L'INSTANCE) : 358 et s.,

- Condamné : **546**
- Juge de l'application des peines : **555**
- Parquet : **359, 631**
- Victimes : **403 et s.**

INCESTE : 211, 217

INDIVIDUALISATION (PRINCIPE D') : 177, 179, 180, 531, 599

- Critique : **186**

INSTANCE (DEFINITION) : 355

INSTANCE EN RÉGLEMENT

TRANSACTIONELLE : 376, 381, 384, 402

INDEMNISATION : 19, 114 et s., 121, 123, 126 et s., 158, 164 et s., 191, 197, 275, 281, 293, 299 et s., 310, 316, 317, 324, 329, 330, 334, 345, 351, 407, 505, 512, 564, 566, 569

INTÉRÊTS COLLECTIFS : 78 et s.

- Associés : **81 et s.**

INTÉRÊTS PRIVÉS INDIVIDUELS : 29 et s.

INSTRUCTION : 78 et s.

- Application des peines : **577 et s., 588 et s., 603,**

- Juge d'instruction :

- Mis en cause (rôle) : **470 et s.**

- Partie civile (rôle) : **511 et s.**

J

JUDEVI : 561, 565, 571, 614

JUGE DE L'APPLICATION DES PEINES :

- Enquête (pouvoirs d') : **603**

- Homologation : 609

- Maîtrise de la matière litigieuse : **557 et s.**
- Rétention de sûreté (rôle) : **667 et s.**
- Saisine d'office : **555 et s.**
- Surveillance judiciaire (rôle) : **628 et s., 640**
- Surveillance de sûreté (rôle) : **692 et s.**
- Rétention de sûreté (rôle) : **667 et s.**

JUGEMENT ACCÉLÉRÉE (PROCÉDURE DE) :
458, 506, 522

JUSTICE RESTAURATIVE : **323, 332, 342, 343**

L

LÉGALITE DES POURSUITES : **361 et s**

M

MAJEUR PROTÉGÉ : **44**

MATIÈRE LITIGIEUSE : 356, 358, 441, **443 et s.**, 453, **471 et s.**, **480 et s.**, **491 et s.**, **500 et s.**, **512 et s.**, 519, 527, 528, **540 et s.**, **557 et s.**, 575, **581**, 586, **592 et s.**, 620, 622, 646

MEDIATION PÉNALE : **323 et s.**

- Citation directe : **406**
- Instruction (droits procéduraux) : **514 et s.**
- Plainte avec constitution de partie civile : 368, 371, 409 et s., 417, 433, 497, 500, 510, 713

MESURE PÉNALE : 9, **317 et s.**, 387

MEUBLES : **60 et s.**, **68 et s.**

- Intégrité matérielle : **60 et s.**
- Intégrité juridique : **68 et s.**
- Tags : **61**

MINEUR :

- Patient : **43**

MINISTÈRE PUBLIC : *V° Parquet*

MONOPOLE D'EXERCICE : *V° Professions réglementées*

N

NÉGOCIATION : **383**

NULLITÉ : 392, **449**, 467, 468, 472, **478**, 502, 514, 520, 528, 547, **580**,

O

OBJET SOCIAL : **101, 107**

PERSONNALISATION (PRINCIPE DE) : 290, 304,

OPPORTUNITÉ DES POURSUITES : 301, **364 et s.**, 439,

ORGANISATION FRAUDULEUSE D'INSOLVABILITÉ : **71**

ORDONNANCE D'HOMOLOGATION : *V° CRPC*

ORDONNANCE PÉNALE : 452, **461, 483**, 499, 506, 522

P

PATRIMOINE : **52 et s.**

PARAMÈTRE DÉTERMINANT : 152 et s.

PARTIE CIVILE : **403 et s.**, **487 et s.**

- Action pénale privée : *V° action pénale privée*
- Appel (droit d') : **515, 521**
- Constitution de partie civile (droit) : **415 et s.**
- Impulsion de l'instance pénale : **424 et s.**

PARQUET : 6 et s., **359 et s.**, **443 et s.**, **536 et s.**, **576 et s.**, 627 et s.

- Aménagement de peine simplifié : **582 et s.**
- Correctionnalisation : **225**
- Droit de transaction : **376 et s.**
- Indemnisation : **324**

PEINE :

- Aménagement de : *V° Aménagement de peine*

- Exécution : **185 et s., 531 et s.**

- Prononcé : **173 et s.**

- Mise à exécution : **183 et s.**

- Mixte : 302 et s.

- Réparatrice : 335. *V° sanction-réparation*

- Victimes : **266**

PRINCIPE DISPOSITIF : 354 , **356**, 441, 446, 464, 471 et s., 485, 498, 517 et s., 530 et s., 553, 573, 592, 597, **621 et s., 712**

PRINCIPE D'INITIATIVE : 354 , 356, 418, 531 et s., 562, 572, 573, 586, 592, 598, **621 et s., 634, 644, 678, 704, 709, 712**

PRINCIPE DE PRÉCAUTION : **131 et s.**

- Privatisation : **133**

PROCÈS CIVIL : 7, 115, 356, 375, 402, 428, 439, 447, 469, 471, 527, 529, 530, 532, 581, 598, 622, 678, 712, 713

- Principes directeurs propres au : **354**

PROCÈS ÉQUITABLE : 3, 6, 262, 270, **353**, 356, 357, 463, 480 , 483, 508, 511, 530, **558**, 570, 588, 599, 618, 621

PROFESSIONS RÉGLEMENTÉES : **86 et s.**

PROPRIÉTÉ (DROIT DE) : 32, 37, 51, **54**, 56, **60**

- Propriété mobilière corporelle : **68**

- Propriété mobilière incorporelle : **69**

- Causé à autrui : **204**, 214

- Potentiel : **131 et s.**

PRIVATISATION : **2 et s.**

- Déclin du monopole étatique : **3 et s.**

- Définition : **18**

- Fonction normative de la loi pénale : **26 et s.**

- Fonction réparatrice de la norme pénale : **195 et s.**

- Objet procédural de l'instance pénale :

- Objet procédural de l'instance en aménagement de peine : 577, 599

Q

QUALIFICATION PÉNALE : 7, **198 et s.**, 202, 211, 214, 217, **220 et s.**, 228, 235, 241, 253, 447, - Placement initial : **668 et s.**

- Renouvellement : **673 et s., 681 et s.**

- Reprise : **682**

R

RÉCIDIVE : 85, **178 et s.**, 187, 259, 288, 332

RÉDUCTION DE PEINE : 186, 578

RÉPARATION : 1, 118, 195, **207 et s., 259 et s.**, 268, 275,

- Patrimoniale : *V° indemnisation*

- Civile : 324

- Composition pénale : **380**

- Indemnisation : **345**

- Réparation du dommage (obligation) : **329**

- Réinsertion sociale : **332**

RESPONSABILITÉ CIVILE: 12, 19, 26, 27, **115 et s.**

- Assurance de responsabilité : *V° assurance*

- Causale : **121 et s.**

- Causalité : *V° causalité*

- Conditions : **117 et s.**

- Fait d'autrui : **119**, 120, 163

- Fait des choses : **119, 120 et s.**

- Faute morale : **117**

- Père et mère : 120

- Plein droit : **120**

- Régimes spéciaux : **123**

T

RESPONSABILITÉ PÉNALE : 139 et s.

- Faute contraventionnelle : **142**
- Chef d'entreprise : **146**
- Fait d'autrui : **146**
- Personnes morales : **147**
- Plein droit : **141 et s.**
- Présomptions de : **146 et s.**

RÉTRIBUTION : 244 et s.

RÉTENTION DE SÛRETE : 665 et s.

- Automaticité de la procédure : **667 et s.**
- CRPC : **382**
- Mise en liberté trimestrielle : **680**

RISQUE :

- Avéré : 130, **134 et s.**

S

SANCTION-RÉPARATION : 167, 303, 310, 327 et s.

- Assurabilité : **337**

SURVEILLANCE JURIDICIAIRE : 625 et s.

- Cessation : **659**
- Modification (obligations) : **656**
- Placement : **628**
- Prolongation : **642, 660**
- Prononcé : **639**
- Suspension : **657**
- Violation des obligations (sanction) : **694**

SURVEILLANCE DE SÛRETÉ: 685 et s.

- Automaticité de la procédure : **688**
- Modification des obligations : **693**
- Renouvellement : **695**
- Office du juge : **690**
- Rétention de sûreté (relais) : **689**

- Violation des obligations (sanction) : **694**

T

TRANSACTION : 387, 396, 402, 408

- Alternative aux poursuites : **378**

V

VALEURS SOCIALES : 278 et s.

- Distinction norme sociale : **279**

VICTIMES :

- Application des peines (rôle) : **563 et s., 612 et s.**
- Civiles : 368, 425, 500, **510 et s., 523 et s.**
- Droits des :
- Pénales : 370, 373, **403 et s., 422 et s.,** 500, 512, 514, 523, 529
- Par ricochet : 407, 419

VICTIMISATION : 15, 16, 19

VIOL : 32, 237

VISIOCONFÉRENCE : 262, 590, 606

BIBLIOGRAPHIE

I – TEXTES JURIDIQUES

A – Lois, lois organiques, ordonnances

Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante

Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération

Loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951 relative aux comptes spéciaux du trésor pour l'année 1952

Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité

Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs

Loi n° 75-299 du 9 avril 1975 habilitant les associations constituées pour la lutte contre le proxénétisme à exercer l'action civile

Loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme

Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction

Loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière

Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs

Loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infractions

Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

Loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance

Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs

Loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions

Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme

Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale

Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur

Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence

Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom

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

Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

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

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels

Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001

Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière

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

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement

Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales

Loi n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort

Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 relative à l'équilibre de la procédure pénale

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail

Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs

Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

Loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 relative aux cultures OGM

Loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite « pénitentiaire »

Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux

Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public

Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale

Loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale

Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants

Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles

Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure

Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines

Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel

Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France

B – Décrets

Décret n° 92-478 du 29 mai 1992 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie: Décrets en Conseil d'Etat)

Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile

Décret n° 2000-1213 du 13 décembre 2000 portant modification du code de procédure pénale et relatif à l'application des peines

Décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires

Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile

Décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines

Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom

Décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007 instituant le juge délégué aux victimes

Décret n° 2007-1627 du 16 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale et renforçant le recours aux aménagements de peines et la lutte contre la récidive

Décret n° 2010-1276 du 27 octobre 2010 relatif aux procédures simplifiées d'aménagement des peines et à diverses dispositions concernant l'application des peines

Décret n° 2011-932 du 1^{er} août 2011 relatif à l'indemnisation des victimes du benfluorex

Décret n° 2012-681 du 7 mai 2012 relatif aux bureaux d'aide aux victimes

C - Circulaires du secrétariat général, de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces (DACG) et sur Service de l'Accès au Droit et à la Justice et de la Politique de la Ville (SADJPV) du Ministère de la Justice

Circulaire DAP n° 88-06 D1 du 10 mai 1988

Circulaire n° CRIM 2000-15 F1/18-12-2000 du 18 décembre 2000 de présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant l'application des peines et du décret du 13 décembre 2000 relatif à l'application des peines

Circulaire n° CRIM 2000-09 F1/11-10-2000 du 11 octobre 2000. Présentation des dispositions de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

Circulaire n° CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004 présentant les 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 de préalable de culpabilité

Circulaire du 8 janvier 2013 relative à la présentation des articles 13 et 14 de la loi 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines et portant transposition de la

décision-cadre 2008/675/JAI du 24 juillet 2008 et de la décision-cadre 2009/315/JAI du 26 février 2009

Circulaire du 9 janvier 2013 relative à la présentation des bureaux d'aide aux victimes et des conditions de mise en œuvre de leur généralisation

Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre

II – JURISPRUDENCE

A – Conseil Constitutionnel

Conseil Constitutionnel n° 81-127 DC du 20 janvier 1981 – « Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes »

Conseil Constitutionnel n° 82-144 DC du 22 octobre 1982 – « Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel »

Conseil Constitutionnel n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 – « Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance »

Conseil Constitutionnel n° 87-151 DC du 23 septembre 1987 – « Nature juridique de certaines dispositions de l'article L 69-1 du code des postes et télécommunications »

Conseil Constitutionnel n° 95-360 DC du 2 février 1995 – « Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative »

Conseil Constitutionnel n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 – « Traité portant statut de la Cour pénale internationale »

Conseil Constitutionnel n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 – « Loi relative au pacte civil de solidarité »

Conseil Constitutionnel n° 2002-461 DC du 29 août 2002 – « Loi d'orientation et de programmation pour la justice »

Conseil Constitutionnel n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 – « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité »

Conseil Constitutionnel n° 2005-31 REF du 24 mars 2005 – « sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Alain Meyet »

Conseil Constitutionnel n° 2005-514 DC du 28 avril 2005 – « Loi relative à la création du registre international français »

Conseil Constitutionnel n° 2005-517 DC du 7 juillet 2005 – « Loi organique modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances »

Conseil Constitutionnel n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005 – « Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité »

Conseil Constitutionnel n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005 – « Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales »

Conseil Constitutionnel n° 2007-554 DC du 9 août 2007 – « Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs »

Conseil Constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 – « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental »

Conseil Constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 – « Loi relative aux organismes génétiquement modifiés »

Conseil Constitutionnel n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010 – « Région Languedoc Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale] »

Conseil Constitutionnel n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010 – « M. Jean-Yves G. [Amende forfaitaire et droit au recours] »

Conseil Constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 – « Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public »

Conseil Constitutionnel n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 – « Mme Barta Z. [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité] »

Conseil Constitutionnel n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 – « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure »

Conseil Constitutionnel n° 2011-113-115 QPC du 1^{er} avril 2011 – « M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises] »

Conseil Constitutionnel n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011 – « M. Ion C. [Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons] »

Conseil Constitutionnel n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011 – « M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants] »

Conseil Constitutionnel n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011 – « M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux] »

Conseil Constitutionnel n° 2011-492 DC du 8 décembre 2011 – « Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles »

Conseil Constitutionnel n° 2011-222 QPC du 17 février 2012 – « M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses] »

Conseil Constitutionnel n° 2012-651 DC du 22 mars 2012 – « Loi de programmation relative à l'exécution des peines »

Conseil Constitutionnel n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 – « M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel] »

Conseil Constitutionnel n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012 – « Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire] »

B – Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 17 janvier 1970 : *Delcourt c/ Belgique*

CEDH, 8 décembre 1983 : *Pretto et a. c/ Italie*

CEDH, 8 décembre 1983 : *Axen c/ Allemagne*

CEDH, 28 juin 1984 : *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*

CEDH, 23 novembre 1993 : *Poitrimol c/ France*

CEDH, 9 décembre 1994 : *Hiro Balani et Ruiz Torija c/ Espagne*

CEDH, 26 septembre 1995 : *Diennet c/ France*

CEDH, 4 décembre 1995 : *Bellet c/ France*

CEDH, 26 janvier 1996 : *Singh c/ Royaume-Uni*

CEDH, 20 octobre 1997 : *Serves c/ France*

CEDH, 20 mai 1998 : *Gautrin et a. c/ France*

CEDH, 6 juin 2000 : *Morel c/ France*

CEDH, 15 juillet 2001 : *Ezēh et Connors c/ Royaume-Uni*

CEDH, 31 juillet 2001 : *García Manibardo c/ Espagne*

CEDH, 31 juill. 2001 : *Mortier c/ France*

CEDH, 17 janvier 2002 : *Calvelli et Ciglio c/ Italie*

CEDH, 21 mai 2002 : *Peltier c/ France*

CEDH, 11 février 2003 : *Y. c/ Norvège ; Ringvold c/ Norvège*

CEDH, 9 décembre 2003 : *Chalmont c. France*

CEDH, 8 juillet 2004 : *Vo c/ France*

CEDH, 17 février 2005 : *K. A et A. D c/ Belgique*

CEDH, 20 décembre 2005 : *Wisse c/ France*

CEDH, 11 avril 2006 : *L. c/ France*

CEDH, 24 juillet 2007 : *Baucher c/ France*

CEDH, 12 février 2008 : *K. c/ Chypre*

CEDH, 15 janvier 2009 : *Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c/ France*

CEDH, 3 février 2009 : *Poelmans c/ Belgique*

CEDH, 17 décembre 2009 : *M. c/ Allemagne*

CEDH, 29 mars 2010 : *Medvedyev c. France*

CEDH, 16 novembre 2010 : *Taxquet c/ Belgique*

CEDH, 23 novembre 2010 : *Moulin c/ France*
CEDH, 21 juin 2011 : *Carballo et Pinero c. Portugal*
CEDH, 8 novembre 2011 : *V. C. c/ Slovaquie*
CEDH, 17 janvier 2012 : *O, V. et a. c/ Royaume-Uni*
CEDH, 17 janvier 2012 : *H. et E. c/ Royaume-Uni*
CEDH, 17 janvier 2012 : *C. et C. c/ Grèce*
CEDH, 3 avril 2012 : *B. c/ Luxembourg*
CEDH, 31 mai 2012 : *Dirioz c/ Turquie*
CEDH, 24 octobre 2012 : *M. c/ Italie*
CEDH, 9 avril 2013 : *Mehmet Sentürk et Bekir Sentürk c/ Turquie*
CEDH, 11 avril 2013 : *Rappaz c/ Suisse*
CEDH, 27 juin 2013 : *Vassis et autres c. France*

C – Tribunal des Conflits

Trib. Confl., 14 mai 2012 : n° C3844
Trib. Confl., 14 mai 2012 : n° C3846
Trib. Confl., 14 mai 2012 : n° C3848
Trib. Confl., 14 mai 2012 : n° C3850
Trib. Confl., 14 mai 2012 : n° C3852
Trib. Confl., 14 mai 2012 : n° C3854

D – Cour de cassation

Cass. crim., 6 juin 1811 : *Bull. crim.* n° 83
Cass. crim., 1^{er} août 1822 : *Bull. crim.*, n° 104
Cass. crim., 16 novembre 1827 : S. 1828, 1, 135
Cass. crim., 2 juillet 1835 : *Bull. crim.*, n° 198
Cass. crim. 23 septembre 1837 : *Bull. crim.*, n° 293
Cass. crim., 23 juin 1838 : S. 1838, 1, 626
Cass. crim., 1^{er} avr. 1848 : *Bull. crim.*, n° 45
Cass. crim. 27 septembre 1850 : *Bull. crim.*, n° 333

Cass. crim., 21 août 1851 : D.P. 1851, 5, 237
Cass. crim., 10 juillet 1852 : D. 1852, 1, 207
Cass. crim., 25 juin 1857 : *Bull. crim.*, n° 202
Cass. crim., 11 juillet 1862 : *Bull. crim.*, n° 256
Cass. crim., 12 novembre 1864 : *Bull. crim.*, n° 257
Cass. crim., 12 novembre 1864 : D.P. 1865, 5, 158
Cass. crim., 27 avril 1866 : *Bull. crim.*, n° 109
Cass. civ., 20 juin 1876 : *Bull. civ.*, I, n° 107
Cass. crim., 7 juillet 1876 : *Bull. crim.*, n° 96
Cass. crim., 30 août 1877 : *Bull. crim.*, n° 211
Cass. crim., 14 mars 1878 : *Bull. crim.*, n° 69
Cass. crim., 12 mars 1885 : *Bull. crim.*, n° 63
Cass. crim., 26 juin 1885 : *Bull. crim.*, n° 156
Cass. crim., 28 février 1889 : *Bull. crim.*, n° 86
Cass. req., 5 janvier 1897 : D. 1897, 1, 120
Cass. crim., 21 octobre 1898 : D.P. 1898, 1, 176
Cass. crim., 17 mars 1899 : *Bull. crim.*, n° 144
Cass. ch. réunies, 5 avril 1913 : *Bull. ch. réunies*, n° 38
Cass. Req., 19 janvier 1914 : D. 1914, 1, 303
Cass. crim., 25 juillet 1913 : *Bull. crim.*, n° 52
Cass. crim., 18 octobre 1913 : *Bull. crim.*, n° 46
Cass. crim., 7 mars 1917 : *Bull. crim.*, n° 18
Cass. civ., 18 janvier 1905 : D. 1908, 1, 27
Cass. crim., 8 décembre 1906 : *Bull. crim.*, n° 443
Cass. crim., 29 juillet 1907 : D. 1907, 1, 129
Cass. crim., 20 décembre 1907 : *Bull. crim.*, n° 512
Cass. civ., 26 novembre 1912 : *Bull. crim.*, n° 77
Cass. civ., 26 novembre 1912 : *Bull. crim.*, n° 78
Cass. req., 10 avr. 1922 : *S.* 1924, II, 153
Cass. crim., 24 novembre 1927 : *Bull. crim.* n° 266
Cass. civ. 27 mars 1928 : *Bull. civ.*, n° 146

Cass. ch. Réunies, 13 février 1930 : *Bull. ch. réunies*, n° 4
Cass. crim., 23 décembre 1931 : *Bull. crim.*, n° 306
Cass. crim., 1^{er} juillet 1937 : *Bull. crim.*, n° 203
Cass. crim., 20 mai 1938 : *Bull. crim.*, n° 7
Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 1938 : *Bull. civ.*, I, n° 209
Cass. Ch. réunies, 2 décembre 1941 : *Bull. ch. réunies*, n° 33
Cass. crim., 21 avril 1944 : *Bull. crim.*, n° 117
Cass. civ. 27 févr. 1951 : *Bull. civ.*, n° 28
Cass. crim., 1^{er} mars 1951 : *Bull. crim.*, n° 124
Cass. crim. 12 décembre 1951 : *Bull. crim.*, n° 340
Cass. crim., 20 décembre 1951 : *Bull. crim.*, n° 342
Cass. crim., 13 novembre 1952 : *Bull. crim.*, n° 251
Cass. crim., 23 juin 1953 : *Bull. crim.*, n° 202
Cass. crim., 13 mars 1954 : *Bull. crim.* n° 179
Cass. crim., 25 mars 1954 : *Bull. crim.*, n° 123
Cass. crim., 19 janvier 1955 : *Bull. crim.* n° 48
Cass. crim., 6 octobre 1955 : *Bull. crim.*, n° 383
Cass. crim., 23 décembre 1955 : *Bull. crim.*, n° 599
Cass. crim., 28 février 1956 : *Bull. crim.*, n° 205
Cass. crim., 24 juillet 1956 : *Bull. crim.*, n° 570
Cass. crim., 8 juillet 1958 : *Bull. crim.*, n° 526
Cass. crim., 4 mars 1959 : *Bull. crim.*, n° 149
Cass. crim., 10 avril 1959 : *Bull. crim.*, n° 110
Cass. crim., 29 avril 1960 : *Bull. crim.*, n° 225
Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1960 : *Bull. civ.*, I, n° 178
Cass. crim., 20 juillet 1960 : *Bull. crim.*, n° 382
Cass. crim., 9 novembre 1961 : n° 60-77.203
Cass. crim., 21 avril 1964 : *Bull. crim.*, n° 87
Cass. crim., 20 octobre 1964 : *Bull. crim.*, n° 268
Cass. crim., 4 novembre 1965 : *Bull. crim.*, n° 222
Cass. crim., 2 février 1966 : *Bull. crim.*, n° 32

Cass. crim., 20 octobre 1966 : *Bull. crim.*, n° 235
Cass. crim., 23 décembre 1966 : *Bull. crim.*, n° 376
Cass. crim., 17 octobre 1967 : *Bull. crim.*, n° 250
Cass. crim., 10 oct. 1968 : *Bull. crim.*, n° 248
Cass. Ch. mixte, 20 décembre 1968 : *Bull. ch. mixtes*, n° 78
Cass. crim. 15 octobre 1969 : *Bull. crim.*, n° 249
Cass. crim. 4 novembre 1969 : *Bull. crim.*, n° 281
Cass. crim., 5 février 1970 : *Bull. crim.* n° 53
Cass. crim., 16 mars 1970 : *Bull. crim.*, n° 107
Cass. crim., 29 avril 1970 : *Bull. crim.* n° 149
Cass. crim., 14 janvier 1971 : *Bull. crim.*, n°14
Cass. crim., 4 mars 1971 : *Bull. crim.* n° 76
Cass. crim., 23 avril 1971 : *Bull. crim.*, n° 165
Cass. crim., 8 juin 1971 : *Bull. crim.*, n° 182
Cass. crim., 11 juillet 1972 : *Bull. crim.*, n° 235
Cass. crim., 1^{er} mars 1973 : *Bull. crim.*, n° 105
Cass. crim., 10 avril 1973 : *Bull. crim.*, n° 188
Cass. crim., 4 juillet 1973 : *Bull. crim.*, n° 316
Cass. crim., 3 janvier 1973 : *Bull. crim.*, n° 1
Cass. crim., 14 février 1973 : *Bull. crim.* n° 81
Cass. crim., 29 mars 1973 : *Bull. crim.*, n° 162
Cass. crim., 24 mai 1973 : *Bull. crim.*, n° 238
Cass. crim., 4 juillet 1973 : *Bull. crim.*, n° 315
Cass. crim., 24 octobre 1973 : *Bull. crim.* n° 379
Cass. crim., 12 février 1974 : *Bull. crim.*, n° 62
Cass. crim., 5 mars 1974 : *Bull. crim.*, n° 92
Cass. crim., 27 mars 1974 : *Bull. crim.*, n° 133
Cass. crim., 7 novembre 1974 : *Bull. crim.*, n° 323
Cass. crim., 20 novembre 1974 : *Bull. crim.*, n° 171
Cass. crim., 29 janvier 1975 : *Bull. crim.* n° 34
Cass. ch. mixte, 30 avril 1976 : *Bull. crim.*, n° 135 et n° 136

Cass. crim., 17 mars 1977 : *Bull. crim.*, n° 102
Cass. crim., 26 avril 1977 : *Bull. crim.*, n° 136
Cass. crim., 28 avril 1977 : *Bull. crim.*, n° 147
Cass. crim., 31 mai 1978 : n° 77-89.234
Cass. crim., 15 octobre 1979 : *Bull. crim.*, n° 277
Cass. crim., 19 octobre 1978 : *Bull. crim.*, n° 282
Cass. crim., 10 décembre 1890 : *Bull. crim.*, n° 287
Cass. crim., 16 décembre 1980 : *Bull. crim.*, n° 348
Cass. crim., 20 janvier 1981 : *Bull. crim.*, n° 21
Cass. crim., 28 avr. 1981 : *Bull. crim.*, n° 128
Cass. crim., 10 août 1981 : *Bull. crim.*, n° 244
Cass. crim., 4 novembre 1981 : *Bull. crim.*, n° 292
Cass. com., 5 novembre 1981 : *Bull. civ.*, IV, n° 381
Cass. crim., 23 novembre 1982 : *Bull. crim.*, n° 264
Cass. crim., 22 février 1983 : n°82-78.254
Cass. crim., 9 mars 1983 : *Bull. crim.* n° 76
Cass. crim., 7 juin 1983 : *Bull. crim.*, n° 172
Cass. crim., 25 juillet 1983 : *Bull. crim.* n° 225
Cass. com., 24 novembre 1983 : *Bull. civ.*, IV, n° 324
Cass. crim., 7 février 1984 : *Bull. crim.*, n° 41
Cass. Ass. plén., 9 mai 1984 : *Bull. Ass. plén.*, n° 1
Cass. crim. 15 mai 1984 : *Bull. crim.*, 1984, n° 178
Cass. crim., 30 octobre 1984 : *Bull. crim.*, n° 326
Cass. crim., 20 novembre 1984 : *Bull. crim.*, n° 478
Cass. crim., 19 juin 1985 : *Bull. crim.*, n° 236
Cass. crim., 22 octobre 1985 : *Bull. crim.*, n° 270
Cass. civ. 2^e, 5 mars 1986 : *Bull. civ.*, II, n° 28
Cass. crim., 29 avril 1986 : *Bull. crim.*, n° 146
Cass. crim., 10 févr. 1987 : *Bull. crim.*, n°64
Cass. crim., 17 févr. 1987 : *Bull. crim.*, n° 77
Cass. crim., 24 juin 1987 : *Bull. crim.* n° 265

Cass. crim., 1^{er} septembre 1987 : *Bull. crim.*, n° 308
Cass. Ass. plén., 19 mai 1988 : *Bull. Ass. plén.*, n° 2
Cass. crim., 4 novembre 1988 : *Bull. crim.*, n° 373
Cass. crim., 30 janvier 1989 : *Bull. crim.* n° 33
Cass. crim., 9 février 1989 : *Bull. crim.*, n° 63
Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1989 : *Bull. civ. I*, n° 156
Cass. crim., 11 octobre 1989 : *Bull. crim.*, n° 346
Cass. crim., 5 septembre 1990 : *Bull. crim.*, n° 313
Cass. crim., 19 septembre 1990 : *Bull. crim.*, n° 319
Cass. crim., 12 décembre 1990 : *Bull. crim.*, n°430
Cass. crim., 9 janvier 1991 : *Bull. crim.*, n° 17
Cass. crim., 18 mars 1991 : *Bull. crim.*, n° 131
Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991 : *Bull. Ass. plén.*, n° 1
Cass. crim., 27 mai 1991 : *Bull. crim.*, n° 232
Cass. crim., 30 mai 1991 : *Bull. crim.*, n° 232
Cass. crim., 27 juin 1991 : *Bull. crim.*, n° 285.
Cass. crim., 27 novembre 1991 : *Bull. crim.*, n° 439
Cass. crim., 17 décembre 1991, *Bull. crim.* n° 481
Cass. crim., 5 février 1992 : *Bull. crim.*, n°56
Cass. crim., 11 février 1992 : n° 91-86.391
Cass. crim., 27 février 1992 : *Bull. crim.*, n° 91
Cass. crim., 15 juin 1992 : *Bull. crim.* n° 235
Cass. crim., 3 septembre 1992 : *Bull. crim.*, n° 281
Cass. crim., 29 septembre 1992 : *Bull. crim.*, n° 288
Cass. crim., 9 novembre 1992 : *Bull. crim.*, n° 361
Cass. crim., 8 février 1993 : *Bull. crim.*, n° 65
Cass. com., 16 mars 1993 : *Bull. civ., IV*, n° 106
Cass. ass. plén., 7 mai 1993 : *Bull. ass. plén.*, n° 10
Cass. civ. 1^{re}, 20 juillet 1993 : *Bull. civ., I*, n° 273
Cass. crim., 6 juillet 1993 : *Bull. crim.*, n° 243
Cass. civ. 2^e, 2 févr. 1994 : *Bull. civ., II*, n° 43

Cass. crim. 9 mars 1994 : *Bull. crim.* n° 94
Cass. crim., 1^{er} juin 1994 : *Bull. crim.*, n° 135
Cass. crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 167
Cass. crim. 8 février 1995 : *Bull. crim.*, n° 56
Cass. crim., 8 mars 1995 : *Bull. crim.*, n° 94
Cass. crim., 3 avril 1995 : *Bull. crim.* n° 142
Cass. crim., 11 mai 1995 : *Bull. crim.* n° 172
Cass. civ. 2^e, 22 mai 1995 : *Bull. civ.*, II, n° 155
Cass. crim., 27 juin 1995 : *Bull. crim.*, n° 236
Cass. crim., 26 sept. 1995 : *Bull. crim.*, n° 297
Cass. crim., 30 octobre 1995 : *Bull. crim.*, n° 335
Cass. civ. 2^e, 22 novembre 1995 : *Bull. civ.* n° 286
Cass. crim., 6 décembre 1995 : *Bull. crim.* n° 372
Cass. crim., 6 février 1996 : *Bull. crim.*, n° 60
Cass. crim., 27 février 1996 : *Bull. crim.* n° 96
Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 1996 : *Bull. civ.*, I, n° 306
Cass. crim., 9 juillet 1996 : *Bull. crim.*, n° 287
Cass. crim., 1^{er} octobre 1996 : *Bull. crim.*, n°338
Cass. crim., 29 octobre 1996 : *Bull. crim.*, n°375
Cass. crim. 29 octobre 1996 : *Bull. crim.*, n° 379
Cass. crim. 14 novembre 1996 : *Bull. crim.*, n° 407
Cass. crim., 27 novembre 1996 : *Bull. crim.*, n° 431
Cass. crim., 22 janvier 1997 : *Bull. crim.* n° 31
Cass. crim., 23 janvier 1997 : *Bull. crim.* n° 34
Cass. crim., 6 février 1997 : *Bull. crim.* n° 51
Cass. civ. 2^e, 19 février 1997 : *Bull. civ.*, II, n° 55
Cass. crim., 10 avril 1997 : *Bull. crim.* n° 98
Cass. crim., 28 avril 1997 : *Bull. crim.* n° 149
Cass. com., 29 avril 1997 : *Bull. civ.*, IV, n° 112
Cass. crim., 5 mai 1997 : n° 96-45.546
Cass. crim., 5 mai 1997 : *Bull. crim.*, n° 159

Cass. crim., 13 mai 1997 : *Bull. crim.* n° 104
Cass. com., 3 juin 1997 : *Bull. civ.*, IV, n° 163
Cass. crim., 22 juin 1997 : *Bull. crim.*, n° 251
Cass. crim., 8 octobre 1997 : *Bull. crim.*, n° 304
Cass. crim., 14 octobre 1997 : *Bull. crim.*, n° 332
Cass. crim., 23 octobre 1997 : *Bull. crim.*, n° 348
Cass. crim. 2 décembre 1997 : *Bull. crim.*, n° 408
Cass. crim., 16 décembre 1997 : *Bull. crim.* n° 429
Cass. crim., 11 mars 1998 : *Bull. crim.*, n° 99
Cass. crim., 7 mai 1998 : *Bull. crim.*, n° 157
Cass. crim., 2 juillet 1998, *Bull. crim.* n° 127
Cass. crim., 20 octobre 1998 : *Bull. crim.*, n° 264
Cass. crim., 21 octobre 1998 : *Bull. crim.* n° 274
Cass. crim., 8 décembre 1998 : *Bull. crim.*, n° 336
Cass. crim., 16 février 1999 : *Bull. crim.*, n° 18
Cass. crim., 16 février 1999 : *Bull. crim.*, n° 25
Cass. crim., 9 mars 1999 : *Bull. crim.*, n° 34
Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999 : n° 97-67.312
Cass. crim., 30 mars 1999 : *Bull. crim.*, n° 58
Cass. crim., 27 mai 1999 : *Bull. crim.*, n° 109
Cass. crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 115
Cass. crim., 30 juin 1999 : *Bull. crim.*, n° 174
Cass. crim., 21 septembre 1999 : *Bull. crim.*, n° 188
Cass. com., 14 décembre 1999 : *Bull. civ.*, IV, n° 230
Cass. crim., 23 février 2000 : *Bull. crim.*, n° 318
Cass. crim., 23 février 2000 : *Bull. crim.*, n° 78
Cass. crim., 23 février 2000 : *Bull. crim.*, n° 22
Cass. crim., 25 février 2000 : *Bull. crim.*, n° 318
Cass. Ass. plén., 25 février 2000 : *Bull. d'inf.* n° 512
Cass. crim., 21 mars 2000 : *Bull. crim.*, n° 128
Cass. civ. 2^e, 18 mai 2000 : n° 99-22.376

Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *Bull. civ.*, I, n° 69
Cass. civ. 2^e, 15 juin 2000 : *Bull. d'inf.*, n° 520
Cass. crim., 20 septembre 2000 : n° 99-83.206
Cass. crim., 14 novembre 2000 : *Bull. crim.*, n° 338
Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000 : *Bull. Ass. plén.*, n° 14
Cass. crim., 13 décembre 2000 : *Bull. crim.*, n° 373
Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000 : *Bull. civ.* n° 341
Cass. crim., 30 janvier 2001 : n° 99-86.245
Cass. crim., 13 mars 2001 : n° 00-99.214
Cass. crim., 24 avril 2001 : *Bull. crim.*, n° 98
Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001 : *Bull. civ.*, II, n° 96
Cass. crim., 27 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 111
Cass. Ass. plén. 29 juin 2001 : *Bull. crim.*, n° 165
Cass. crim., 22 août 2001 : *Bull. crim.* n° 169
Cass. crim., 25 septembre 2001 : *Bull. crim.*, n° 188
Cass. crim., 10 octobre 2001 : n° 00-77.876
Cass. civ. 2^e, 4 décembre 2001 : *Bull. civ.*, II, n° 1878
Cass. Ass. plén., 14 décembre 2001 : *Bull. d'inf.*, n° 551
Cass. crim., 23 janvier 2002 : *Bull. crim.*, n° 12
Cass. crim., 20 février 2002 : *Bull. crim.*, n° 37
Cass. crim., 20 février 2002 : *Bull. crim.*, n° 42
Cass. crim., 5 juin 2002 : *Bull. crim.*, n° 129
Cass. crim. 25 juin 2002 : *Bull. crim.*, n° 144
Cass. crim., 26 juin 2002 : *Bull. crim.*, n° 148
Cass. crim., 26 juin 2002 : *Bull. crim.* n° 145
Cass. crim., 29 octobre 2002 : *Bull. crim.*, n° 196
Cass. crim., 13 novembre 2002 : *Bull. crim.* n° 203
Cass. crim., 19 novembre 2002 : *Bull. crim.*, n° 443
Cass. Ass. plén., 13 décembre 2002 : *Bull. Ass. plén.*, n° 5
Cass. Ass. plén., 13 décembre 2002 : *Bull. Ass. plén.*, n° 3
Cass. crim., 17 décembre 2002 : *Bull. crim.*, n° 234

Cass. com., 7 janvier 2003 : *Bull. civ.*, IV, n° 1
Cass. crim., 19 février 2003 : *Bull. crim.* n° 43
Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003 : *Bull. civ.*, I, n° 67
Cass. crim., 28 mai 2003 : *Bull. crim.*, n° 109
Cass. crim., 18 juin 2003 : *Bull. crim.*, 2003, n° 127
Cass. crim., 17 septembre 2003 : *Bull. crim.*, n° 165
Cass. civ., 2^e, 18 septembre 2003 : *Bull. civ.*, II, n° 287
Cass. civ. 2^e, 20 novembre 2003 : *Bull. civ.*, II, n° 356
Cass. crim., 2 décembre 2003 : *Bull. crim.* n° 226
Cass. crim., 24 mars 2004 : *Bull. crim.*, n° 78
Cass. crim., 27 avril 2004 : *Bull. crim.*, n° 96
Cass. crim., 5 mai 2004 : n° 02-84.235
Cass. crim., 27 mai 2004 : *Bull. crim.*, n° 141
Cass. civ. 2^e, 27 mai 2004 : *Bull. civ.*, n° 239
Cass. crim., 23 juin 2004 : *Bull. crim.*, n° 173
Cass. crim., 30 juin 2004 : *Bull. crim.*, n° 178
Cass. crim., 22 septembre 2004 : *Bull. crim.*, n° 234
Cass. crim., 22 septembre 2004 : n°03-78.456
Cass. crim., 6 octobre 2004 : *Bull. crim.*, n° 234
Cass. com., 9 novembre 2004 : *Bull. civ.*, IV, n° 193
Cass. civ. 2^e, 25 novembre 2004 : *Bull. civ.* II, n° 507
Cass. civ. 2^e, 24 février 2005 : *Bull. civ.* II, n° 51
Cass. crim., 9 mars 2005 : n°04-89.132
Cass. avis, 18 avr. 2005 : *Bull. crim. avis*, n° 1
Cass. crim., 31 mai 2005 : *Bull. crim.*, n° 166
Cass. crim., 1^{er} juin 2005 : *Bull. crim.*, n° 210
Cass. crim., 1^{er} juin 2005 : *Bull. crim.*, n°145
Cass. crim., 28 juin 2005 : *Bull. crim.*, n° 196
Cass. crim., 29 juin 2005 : *Bull. crim.*, n° 198
Cass. com., 4 octobre 2005 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 195
Cass. crim., 11 octobre 2005 : *Bull. crim.*, n° 254

Cass. civ. 2^e, 20 octobre 2005 : *Bull. civ.*, II, n° 678
Cass. crim., 10 janvier 2006 : *Bull. crim.*, n° 11
Cass. crim., 25 janvier 2006 : *Bull. crim.*, n° 11
Cass. crim., 17 janvier 2006 : *Bull. crim.*, n° 21
Cass. crim. 14 février 2006 : *Bull. crim.*, n° 42
Cass. crim., 14 février 2006 : *Bull. crim.*, n° 38
Cass. crim., 28 février 2006 : *Bull. crim.*, n° 45
Cass. crim., 1^{er} mars 2006 : *Bull. crim.*, n° 59
Cass. crim., 15 mars 2006 : *Bull. crim.*, n° 81
Cass. crim., 20 juin 2006 : *Bull. crim.*, n° 188
Cass. crim., 6 septembre 2006 : *Bull. crim.*, n° 211
Cass. crim., 6 septembre 2006 : *Bull. crim.*, n° 212
Cass. crim., 12 septembre 2006 : *Bull. crim.*, n° 219
Cass. crim., 4 octobre 2006 : *Bull. crim.*, n° 244
Cass. crim., 31 octobre 2006 : *Bull. crim.*, n° 270
Cass. crim., 31 octobre 2006 : *Bull. crim.*, n° 270
Cass. crim., 24 janvier 2007 : *Bull. crim.*, n° 18
Cass. crim., 31 janvier 2007 : *Bull. crim.*, n° 19
Cass. crim., 7 février 2007 : *Bull. crim.*, n° 32
Cass. crim., 14 février 2007 : *Bull. crim.*, n° 48
Cass. crim., 26 février 2007 : *Bull. crim.*, n° 49
Cass. crim., 27 février 2007 : *Bull. crim.* n° 61
Cass. crim., 4 avril 2007 : n° 06-84.117
Cass. crim., 4 avril 2007 : n°06-80.512
Cass. crim., 2 mai 2007 : *Bull. crim.*, n° 115
Cass. crim., 10 mai 2007 : n° 06-86.173
Cass. crim., 31 mai 2007 : *Bull. civ. I.*, n° 211
Cass. crim., 12 juin 2007 : *Bull. crim.* n° 157
Cass. crim., 20 juin 2007 : n° 06-32.745
Cass. Ass. plén., 29 juin 2007 : *Bull. Ass. plén.*, n° 7
Cass. crim., 5 septembre 2007 : *Bull. crim.*, n° 194

Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2007 : *Bull. civ.*, n° 255
Cass. crim., 7 novembre 2007 : *Bull. crim.*, n° 75
Cass. crim., 20 nov. 2007 : *Bull. crim.*, n° 287
Cass. crim., 19 mars 2008 : *Bull. crim.*, n° 82
Cass. crim., 27 mars 2008 : n° 07-86.309
Cass. crim., 27 mars 2008 : *Bull. crim.*, n° 81
Cass. crim., 27 mars 2008 : *Bull. crim.*, n° 84
Cass. crim., 1^{er} avril 2008 : *Bull. crim.*, n° 88
Cass. Ass. plén., 9 mai 2008 : *Bull. Ass. plén.*, n° 1
Cass. crim., 14 mai 2008 : *Bull. crim.*, n° 113
Cass. crim., 20 mai 2008 : *Bull. crim.*, n° 123
Cass. crim., 20 mai 2008 : *Bull. crim.*, n° 123
Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008 : *Bull. civ.*, I, n° 149
Cass. crim., 18 juin 2008 : *Bull. crim.*, n° 158
Cass. crim., 25 juin 2008 : *Bull. crim.*, n° 167
Cass. crim., 17 septembre 2008 : *Bull. crim.*, n° 192
Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008 : *Bull. civ.*, n° 201
Cass. crim., 14 octobre 2008 : *Bull. crim.*, n° 208
Cass. civ. 2^e, 16 octobre 2008 : *Bull. civ.*, II, n° 455
Cass. crim., 29 octobre 2008 : *Bull. crim.*, n° 219
Cass. crim., 18 novembre 2008 : *Bull. crim.*, n° 133
Cass. crim., 17 décembre 2008 : *Bull. crim.*, n° 142
Cass. crim., 16 décembre 2008 : n° 07-77.176
Cass. crim., 14 janvier 2009 : n° 08-23.433
Cass. crim., 20 janvier 2009 : *Bull. crim.*, n° 17
Cass. crim., 28 janvier 2009 : n° 07-81.674
Cass. crim., 25 février 2009 : *Bull. crim.*, n° 56
Cass. crim., 24 mars 2009 : *Bull. crim.*, n° 60
Cass. civ. 2^e, 7 mai 2009 : *Bull. civ.*, II, n° 117
Cass. crim., 12 mai 2009 : n° 08-87.145
Cass. crim., 27 mai 2009 : *Bull. crim.*, n° 107

Cass. civ. 2^e, 28 mai 2009 : *Bull. civ.*, II, n° 128
Cass. civ. 3^e, 1^{er} juill. 2009 : *Bull. civ.*, III, n° 143
Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *Bull. civ.* n° 176
Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009 : *Bull. civ.*, I, n° 187
Cass. crim., 30 septembre 2009 : *Bull. crim.*, n° 257
Cass. crim., 14 octobre 2009 : n° 07-46.444
Cass. crim., 14 octobre 2009 : *Bull. crim.*, n° 143
Cass. crim., 10 novembre 2009 : *Bull. crim.*, n° 185
Cass. crim., 24 novembre 2009 : *Bull. crim.*, n° 192
Cass. crim., 9 décembre 2009 : n° 09-82.261
Cass. crim., 9 décembre 2009 : n° 08-77.456
Cass. crim., 15 décembre 2009 : *Bull. crim.*, n° 487
Cass. crim., 16 décembre 2009 : n° 07-86.584
Cass. crim., 16 décembre 2009 : *Bull. inf. C. cass.*, n° 787
Cass. crim., 13 janvier 2010 : *Bull. crim.*, n° 6
Cass. crim., 20 janvier 2010 : *Bull. crim.*, n° 14
Cass. crim., 3 février 2010 : n° 09-83.799
Cass. crim., 3 février 2010 : *Bull. crim.*, n° 77
Cass. civ. 2^e, 18 février 2010 : *Bull. civ.*, II, n° 23
Cass. civ. 3^e, 3 mars 2010 : *Bull. civ.*, III, n° 53
Cass. crim., 9 mars 2010 : n° 08-76.645
Cass. crim., 1^{er} juin 2010 : *Bull. crim.*, n° 223
Cass. crim. QPC, 16 juillet 2010 : n° 10-81.659
Cass. crim., 1^{er} septembre 2010 : *Bull. crim.*, n° 127
Cass. crim., 1^{er} sept. 2010 : *Bull. crim.*, n° 126
Cass. crim., 21 septembre 2010 : *Bull. crim.*, n° 401
Cass. crim., 6 octobre 2010 : n° 07-83.426
Cass. crim., 6 octobre 2010 : n° 09-86.628
Cass. crim., 26 octobre 2010 : *Bull. crim.*, n° 190
Cass. crim., 30 novembre 2010 : n° 10-82.261
Cass. civ., 1^{re}, 25 novembre 2010 : n°09-16556

Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2010 : *Bull. civ.*, I, n° 245
Cass. crim. QPC, 26 janvier 2011 : *Bull. crim.*, n° 17
Cass. crim., 22 févr. 2011 : n° 10-82.834
Cass. crim., 2 mars 2011 : *Bull. crim.*, n° 46
Cass. crim., 8 mars 2011 : *Bull. crim.*, n° 46
Cass. crim., 15 mars 2011 : n° 10-84.072
Cass. crim., 10 mai 2011 : n° 10-80.643
Cass. civ. 3^e, 18 mai 2011 : *Bull. civ.*, III, n° 80
Cass. Ass. plén., 20 mai 2011 : *Bull. d'inf.*, n° 5
Cass. crim., 24 mai 2011 : *Bull. crim.*, n° 132
Cass. crim., 25 mai 2011 : n° 10-86.996
Cass. crim., 15 juin 2011 : *Bull. crim.*, n° 128
Cass. crim., 21 juin 2011 : *Bull. crim.*, n° 141
Cass. crim., 20 juillet 2011 : *Bull. crim.*, n° 178
Cass. crim. QPC, 1^{er} septembre 2011 : n° 11-90.070
Cass. crim., 20 septembre 2011 : *Bull. crim.*, n° 181
Cass. civ. 2^e, 6 octobre 2011 : *Bull. civ.*, II, n° 181
Cass. crim., 11 octobre 2011 : *Bull. crim.*, n° 202
Cass. crim., 12 octobre 2011 : n° 10-86.691
Cass. com., 8 novembre 2011 : n°10-78.434
Cass. crim., 16 novembre 2011 : *Bull. crim.*, n° 245
Cass. crim., 6 décembre 2011 : *Bull. inf. C. Cass.* 2012, n° 473
Cass. crim., 6 décembre 2011 : *Bull. crim.*, n° 276
Cass. crim., 1^{er} févr. 2012 : *Bull. crim.*, n° 213
Cass. crim., 7 nov. 2012 : *Bull. crim.*, n° 213
Cass. crim., 8 février 2012 : *Bull. crim.*, n° 215
Cass. crim., 22 février 2012 : *Bull. crim.*, n° 215
Cass. civ. 1^{re}, 23 février 2012 : n° 10-97.264
Cass. civ. 2^e, 29 mars 2012 : *Bull. civ.*, II, n° 66
Cass. crim., 11 avril 2012 : *Bull. crim.*, n° 94
Cass. civ. 2^e, 14 juin 2012 : *Bull. civ.*, II, n° 105

Cass. crim., 27 juin 2012 : *Bull. crim.*, n° 160
Cass. crim., 11 juillet 2012 : *Bull. crim.*, n° 170
Cass. soc., 11 juillet 2012 : *Bull. civ.*, V, n° 220
Cass. soc., 11 septembre 2012 : *Bull. soc.*, V, n° 226
Cass. crim., 25 septembre 2012 : *Bull. crim.*, n° 198
Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012 : *Bull. civ.*, I, n° 187
Cass. crim. QPC, 9 janvier 2013 : n° 12-86.832
Cass. crim., 5 février 2013 : *Bull. crim.*, n° 35
Cass. crim., 5 février 2013 : n° 11-89.125
Cass. crim., 12 févr. 2013 : *Bull. crim.*, n° 76
Cass. crim., 23 avril 2013 : *Bull. crim.*, n° 278
Cass. crim., 27 mars 2013 : n° 12-82.398
Cass. civ. 1^{re}, 10 avril 2013 : n° 12-13.672
Cass. civ., 1^{re}, 29 mai 2013 : n° 12-20.903

D – Conseil d’État

CE, 21 janvier 1925 : *Recueil CE* 1925, 66
CE, 26 octobre 1934 : *Recueil Lebon*, 33
CE 10 janv. 1940 : *Recueil Lebon*, 9
CE, 15 mars 1961: *Recueil CE* 1961, 184
CE, 22 mars 1961: *Recueil Lebon*, 204
CE, 22 décembre 1965 : *Recueil CE* 1965, 703
CE, 19 avril 1972 : *Recueil Lebon*, 298
CE, 29 mai 1974 : *Recueil Lebon*, 329
CE, 22, juillet 1987 : *Recueil Lebon*, 44
CE, 21 avril 1997 : n° 180274
CE, 26 avril 2005 : n° 279834
CE, 28 décembre 2009 : n° 312314

E – Autres juridictions judiciaires

T. corr. Châlons-sur-Saône, 17 février 1950 : n° 275/35
CA Toulouse, 9 août 1973 : n° 1456/00009
CA Poitiers, 16 déc. 1986 : n° 86/00297
CA Lyon, 30 mars 1990 : 133/02345
C. Assises Paris, 8 mars 1991 : *RSC* 1992, 74, obs. Levasseur
TGI Paris, 23 octobre 1992 : n° 1123/1992
TGI Saint-Etienne, 10 août 1994 : n°
CA Douai, 11 janvier 1995 :
TGI Cusset, 29 février 1996 : n° 87/1996
CA Grenoble, 22 janvier 1997 : n° 07/00224
CA Angers, 18 décembre 1997 : n° 1123/00008
TGI La Rochelle, 7 septembre 2000 : n° 345/1675
CA Poitiers, 2 février 2001 : n° 24/4765
CA Paris, 14 mars 2001 : n° 09/01234
CA Lyon, 28 juin 2001 : n° 786/1278
JNLC, 26 décembre 2001 : *Bull. crim.* n° 276
CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2002 : n° 122/06546
CA Aix-en-Provence, 9 octobre 2003 : n° 43/04356
CA Colmar, 4 janvier 2004 : n° 05/00003
CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : n° 03/12630
Trib. Corr. Orléans, 9 déc. 2005 : n° 1423/2005
CA Rouen, 27 juin 2006 : n° 150/2008
CA Orléans, 26 févr. 2008 : n°07/00472
CA Orléans, 27 juin 2006 : n° 2006/00090
CA Lyon, 2 novembre 2006 : n° 1158/00006
CA Aix-en-Provence, 6 févr. 2007 : n° 05/09002
CA Versailles, 22 mars 2007 : n° 06/01902
CA Toulouse, 21 novembre 2007 : 07/00476
Trib. corr. Chartres, 5 juin 2008 : n° 965/2008
CA Montpellier, 4 sept. 2008 : n° 78/0089
TGI Nanterre, 18 sept. 2008 : n° 07/02173

CA Montpellier, 28 janvier 2009 : n° 08/01116
CA Versailles, 4 février 2009 : n° 08/08775
TGI Carpentras, 16 févr. 2009 : n°08/00707
TGI Grenoble, 19 févr. 2009 : n°07/00312
TGI Angers, 5 mars 2009 : n°08/00765
TGI Aix-en-Provence, 9 juin 2009 : n°09/00628
TGI Bourgoin-Jallieu, 30 juin 2009 : n°07/00204
TGI Créteil, réf., 11 août 2009 : n° 09/00658
TGI Lyon, 15 sept. 2009 : n°09/07385
CA Chambéry, 4 févr. 2010 : n°09/007
CA Douai, 1^{er} juin 2010 : n° 09/03379
CA Lyon, 14 mai 2013 : n° 12/00435

F – Avis

CE, Avis, 31 mars 1995 : *Recueil Lebon*, 154
CCNDH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, 2010
Contrôleur général des lieux de privation de liberté , Avis du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté

III – OUVRAGES

A – Manuels

AMBROISE-CASTEROT C., *La procédure pénale*, 2^e éd., coll. Abrégé illustré, Gualino, 2009
ATIAS C., *Droit civil. Les biens*, 11^e éd., coll. Manuels, Litec, 2011
BERR C.-J., TREMEAU H., *Le droit douanier communautaire et national*, 7^e éd., coll. Droit des affaires et de l'Entreprise, Série : études et recherche, 2006, Economica, n° 896
Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 1^{re} éd., coll. Précis, Dalloz, 2008
BOULOC B., *Droit pénal général*, 23^e éd., coll. précis droit privé, Dalloz, 2013
BOULOC B., *Procédure pénale*, 23^e éd., coll. précis droit privé, Dalloz, 2012

BRUN Ph., *Droit de la responsabilité extracontractuelle*, Litec, 2009

CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S., PÉTEL P., *Droit des sûretés*, 8^e éd., coll. Manuels, Litec, 2007

CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKI S., *Théorie général du procès*, 1^{re} éd., coll. Thémis, PUF, 2010

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., coll. Manuels, Litec, 2009

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997

CARBONNIER J., *Droit civil. Les biens*, vol. 2, 19^e éd., PUF, 2004

CARBONNIER J., *Droit civil. Les personnes*. Coll. Thémis, PUF, 1992

CASSON Ph., *Les fonds de garantie*, Coll. droit des affaires, LGDJ, 1999

CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15^e éd., coll. précis Domat, t. 1, LGDJ, 2001

CHAVEAU A., HÉLIE F., *Théorie du Code pénal*, Paris, 1872

COEURET A., FORTIS E., *Droit pénal du travail*, 5^e éd., coll. Manuel, Litec, 2012

CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 5^e éd., Armand Colin, 2000

CONTE Ph., JEANDIDIER W., *Droit pénal des sociétés commerciales*, coll. Affaires-Finances, Litec, 2004

CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, coll. Manuel, Litec, 2013

CORNU G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^e éd., Montchrestien, 2005

COZIAN M., DEBOISSY F., VIANDIER A., *Droit des sociétés*, 25^e éd., coll. Manuel, Litec, 2012

DELMAS-MARTY M. , GIUDICELLI-DELAGE G. , *Droit pénal des affaires*, PUF, 2000, 392

DERRIDA F. , GODE P., SORTAIS J.-P. , *Redressement et liquidation judiciaire*, 3^e éd., Dalloz, 1991

DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, 17^e éd., coll. corpus droit privé, Économica, 2011

DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, coll. Corpus droit privé, Économica, 2009

DREYER E., *Droit pénal général*, coll. Manuel, Litec, 2010

DUFAU J., *Le domaine public*, 5^e édition, coll. L'actualité juridique, Le Moniteur, 2001

FAVRE-ROCHEX A., COURTIEU G., *Le droit des assurances obligatoires*, préf. G. DURRY, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2000

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010

GARÇON E., *Code pénal annoté*, par ROUSSELET M. , PATIN M. , ANCEL M. , Sirey, 2^e éd., 1959

GARÇON E., PELTIER V., *Droit de la peine*, coll. manuel, Litec, 2010

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, 15^e éd., 1934

GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., t. VI, 1935

GARÉ T., GINESTET C., *Droit pénal - procédure pénale*, 5^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2008

GIUDICELLI-DELAGE G., *Institutions juridictionnelles*, 2^e éd., coll. droit fondamental, PUF, 1993

GUETTIER C., *Droit administratif des biens*, coll. Thémis, PUF, 2008

GUINCHARD S. et *alli.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^e éd., ouvrage collectif, coll. Précis, Dalloz, 2011

GUINCHARD S., CHANAIS C., FERRAND F., *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 31^e éd., coll. précis droit privé, Dalloz, 2012

GUINCHARD S., BUISSON J., *Procédure pénale*, 9^e éd., coll. Manuels, Litec, 2013

HÉLIE F., *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., tome 1, Plon, 1866

HOUPIN C., BOSVIEUX H., *Traité général de théorie et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. II, Sirey, 1925

JEAN J.-P., « La juridictionnalisation vue par les parquetiers », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, J.-P. Jean (dir.), travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2006, 113

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, 3^e éd., coll. Précis Domat, Montchrestien, 1998

LAMBERT-FAIVRE Y., LEVENEUR L., *Droits des assurances*, 12^e éd., Précis droit privé, Dalloz, 2005

LARGUIER J., LARGUIER A.-M., *Droit pénal spécial*, coll. Memento droit privé, Dalloz, 1998

LARROUMET C., *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit privé*, t. 1, 5^e éd., Economica, 2006

LÉAUTÉ J., *Cours de droit pénal et sociologie criminelle*, Paris, Les cours du droit, 1980-1981

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, 7^e éd., coll. Manuel, Litec, 2013

LUCAS DE LEYSSAC M.-P., MIHMAN A. , *Droit pénal des affaires. Manuel théorique et pratique*, Économica 2009

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, 5^e éd., coll. Hyper cours. Cours et travaux-dirigés, Dalloz, 2011

MALAURIE Ph., AYNÈS L., *Droit civil. Les biens*, 5^e éd., Defrénois, 2013

MALAURIE P., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK P., *Droit civil. Les obligations*, 4^e éd., coll. droit civil, Defrénois, 2009

MANGIN J.-H.-C., *Traité de l'action publique et de l'action civile*, 3^e éd., tome 1, Larose, 1876

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 3^e éd., PUF, 2010

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J., *Leçons de droit civil. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, t. 2, vol. II, 8^e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994

MAZEAUD H., MAZEAUD L., CHABAS F., *Leçons de droit civil. II. Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1988

MBANZOULOU P., *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel. Tome II. Procédure pénale*, 4^e éd., Cujas, 1989

MERLE Ph., *Droit commercial : sociétés commerciales*, 16^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012

RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, 2^e éd., coll. cours magistral, Ellipses, 2006

RASSAT M.-L., *Traité de procédure pénale*, coll. Universités droit, Ellipses, 2010

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 6^e éd., coll. précis droit privé, Dalloz, 2011

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 5^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 2001

PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, coll. droit fondamental, PUF, 1989

PÉROCHON F., BONHOMME R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 9^e éd., coll. Manuels droit privé, LGDJ, 2012

PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. 4, par J. Maury et H. Vialleton, LGDJ, 1956

PONCELA P., *Droit de la peine*, 2^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 2001

PRADEL J., *Droit pénal général*, 19^e éd., coll. références, Cujas, 2012

PRADEL J., *Procédure pénale*, 17^e éd., coll. références, Cujas, 2013

PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 3^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2008

PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, 5^e éd., coll. références, Cujas, 2010

PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^e éd., Dalloz, 2011

RIPERT G., BOULANGER J., *Traité de droit civil*, t. 4, LGDJ, 1950

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 5^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 2001

SALAVAGE Ph., *Droit pénal général*, 7^e éd., coll. le droit en plus, PUG, 2010

SÉRIAUX A., *Droit des obligations*, 2^e éd., coll. droit fondamental, Paris, PUF, 1998

TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2006

TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., coll. Précis droit privé, Dalloz, 2009

TERRÉ F., SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, 8^e éd., coll. Précis dr. privé, Dalloz, 2010

VINCENT J., GUINCHARD S., *Procédure civile*, 27^e éd., coll. Précis droit privé, Dalloz, 2003

VINEY G., *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, 3^e éd., coll. Traité de droit civil, LGDJ, 2008

VITU A., *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t. 3, Cujas, 1982

VOUIN R., LÉAUTÉ J., *Droit pénal et criminologie*, 1^{re} éd., PUF, 1956

WALINE J., *Droit administratif*, 24^e éd., coll. précis droit public et science politique, Dalloz, 2012

B – Autres ouvrages

ANGEVIN H., *La pratique de la Cour d'Assises. Traité – Formulaire*, 4^e éd., coll. Pratique professionnelle, LexisNexis Litec, 2005

AYELA Ch., MESTRE J., PERRONET V., *Vérités croisées. Cross examination, une petite révolution procédurale*, LexisNexis Litec, 2005

BADINTER R., *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, 1764

BLAIS M., *L'anatomie de la société saine. Les valeurs sociales*, Laval, Fides, 1983

BOLARD G., *Droit et pratique de la procédure civile*, coll. Dalloz-action, Dalloz, 2012

BONAFÉ-SCHIMTT J.-P., *La médiation : une justice plus douce*, coll. alternatives sociales, Syros alternatives, 1992

BONGERT Y., *Le droit pénal français médiéval de la seconde moitié du XIII^e siècle à l'ordonnance de 1493*, cours de doctorat, Paris, 1973

BONGERT Y., *Le droit pénal français de la fin du XV^e siècle à l'ordonnance criminelle de 1670*, cours de doctorat, Paris, 1973

DUBOURG E., *Aménager la fin de peine*, L'Harmattan, 2008

CARVAL S., *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, Paris, PUF, 2001

CHABAS F., *Les accidents de la circulation*, coll. connaissance du Droit, Dalloz, 1995

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd. refondue, coll. droit fondamental, PUF, 2006

CARBASSE J.-M., LEYTE G., *L'état royal, XII^e - XVIII^e siècles. Une anthologie*, coll. Léviathan, PUF, 2004

CARIO R., *La médiation pénale : entre répression et réparation*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan 1997

CARIO R., *Jeunes délinquants. À la recherche de la socialisation perdue*, 2^e éd., coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2000

CARIO R., *Victimes : du traumatisme à la restauration*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2002

CARIO R., *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 3^e éd., coll. Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2006

CARIO R., *Justice restaurative. Principes et promesses*, 2^e éd., coll. Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2010

- CARIO R. , SALAS D. (dir.), *oeuvre de justice et victimes*, coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2001
- CASORLA F., *Le droit pénal et l'environnement*, coll. actualité et société, Arnaud Franel, 2012
- CHAMBON P., GUÉRY C., *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 7^e éd., coll. Dalloz-Action, Dalloz, 2010-2011
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., coll. Quadrige – dicos poche, PUF, 2011
- DAB W., SALOMON D., *Agir face aux risques sanitaires*, PUF, 2013
- DABIN J., *Le droit subjectif*, préf. C. ATIAS, Dalloz, 2007
- F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, coll. Systèmes Droit, LGDJ, 2005
- DOUCET J.-P., *La loi pénale*, Litec, 2003
- DOUCET J.-P., *La protection de la personne humaine*, 4^e éd., préf. A. VITU, Le droit criminel, 2010
- EWALD F., GOLLIER C., DE SADELEER N., *Le principe de précaution*, 2^e éd., Coll. Que sais-je ?, PUF, 2009
- FAGET J. , *La médiation. Essai de politique pénale*, coll. Trajets, Érès, 1997
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, coll. Tel, Gallimard, 1975
- FERRI E., *La sociologie criminelle*, 2^e éd., traduit de l'italien par L. Terrien, Paris, F. ALCAN éd., 1914
- FURBY C., *Le juge d'instruction et les droits de la défense. Loi du 8 décembre 1897. Discours*, Kessinger Publishing, 2010
- GAILLARD J., *Des psychologues sont sur place*, coll. Essai, Mille et une nuits, 2003
- GARAPON A., SALAS D., *La République pénalisée*, coll. Question de société, Hachette Littérature, 1996
- GARAPON A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, coll. Opus, Odile Jacob, Paris, 1997
- GARAPON A. , SALAS D. , *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Seuil, 2006
- HAROUEL J.-L. et al., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF, 2000
- HERZOG-EVANS M., *Droit de l'exécution des peines*, coll. Dalloz-action, 2012-2013
- HIRIGOYEN M.-F. , *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, 1998
- HOBBS T., *Le Léviathan, ou Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, Trad. G. Mairet, 6^e éd., coll. Folio, Gallimard, 2009
- JACOB R., *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-âge à l'âge classique*, Le léopard d'or, Paris, 1994
- KANT E., *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, 1963
- LAPIERRE J.-W., *Le pouvoir politique*, 3^e éd., coll. « SUP » section « Initiation philosophique », Paris, PUF, 1969
- LARGUIER J., *Le droit pénal*, 12^e éd., coll. Que sais-je ?, 1994

- LASCOUMES P., PONCELA P., LENOËL P., *Au nom de l'ordre. Une histoire politique pénale*, Hachette, 1989, 289
- LECLERCQ J., *Leçons de droit naturel. Le fondement du droit et de la société*, 3^e éd., t. 1, Louvain, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1947
- LE CORRE P.-M. , *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2012-2013
- LOMBROSO C., *L'homme criminel. Étude anthropologique et médico-légale*, préf. D^r LETOURNEAU, traduit de la IV^e éd. Italienne par MM. Régnier et Bournet, Paris, F. ALCAN éd., 1887
- MERLE R., *La pénitence et la peine*, Cujas, 1985
- MICHELI R., *L'émotion argumentée. L'abolition de la peine de mort dans le débat parlementaire français*, Cerf, 2010
- OTTENHOF R., *L'individualisation de la peine, de Saleilles à aujourd'hui*, coll. criminologie et sciences de l'homme, Érès, 2001
- PENNEAU J., *La responsabilité du médecin*, 3^e éd., coll. Connaissances du droit, Dalloz, 2004
- PRADEL J., *Histoire des doctrines pénales*, coll. Que sais-je ?, PUF, 1998
- POTHIER R.-J., *Traité des contrats de dépôt, de mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu*. Œuvres de Pothier, t. 6, impr. J.-L. Chanson, 1821, 309
- PORRET M., *Beccaria. Le droit de punir*, coll. le bien commun, Michalon, 2003
- RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, coll. droit comparé, Economica, 1986
- RICOEUR P., *Le juste*, série philosophie, éd. Esprit, Paris, 2001
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949
- ROUJOU DE BOUBÉE G., *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, préf. B. Bernardi, coll. GF, Flammarion, 2012
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social/Discours*, Paris, Union Générale d'Éditions, coll. « 10-18 », 1963
- SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005
- SALEILLES R., *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, PUF, 1927
- SARTRE J.-P., « Situations III », in *Matérialisme et révolution*, Gallimard, 1969
- SEILLAN H., *Responsabilité pénale. Dangers, accidents, maladies, catastrophes*, coll. Synthèses, P. éd., 2003
- VAN DE KERVOCHE M., *Quand punir, c'est dire. Essai sur le jugement pénal*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005
- VINEY G., *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 1992

C – Thèses publiées

- AUGER D., *Le droit de propriété en droit pénal*, PUAM, 2005

- BONFILS Ph., *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. Cimmamonti, PUAM, 2000
- BORÉ L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, bibl. dr. privé, t. 278, LGDJ, 1997
- BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierege, bibl. Dr. privé, t. 444, LGDJ, 2005
- BOURDOISEAU J., *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, préf. F. Leduc, bibl. dr. privé, t. 513, LGDJ, 2010
- CANUT F., *L'ordre public en droit du travail*, bibl. inst. A. Tunc, t. 14, LGDJ, 2007
- DADOUN A., *La nullité du contrat et le droit pénal*, préf. Y.-M. Serinet, bibl. dr. privé, t. 529, LGDJ, 2011
- DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, préf. A. Decoq, bibl. sc. crim., t. 23, LGDJ, 1982
- DESPREZ F., *Rituel judiciaire et procès pénal*, préf. D. Thomas, bibl. sc. crim., t. 46, LGDJ, 2009
- FARJAT G., *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963
- FAUCONNET P., *La responsabilité. Étude de sociologie*, F. Alcan, 1920
- GRARÉ C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, nouv. bibl. des thèses, Vol. 45, 2005
- JOSSERAND S., *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, bibl. sc. crim., t. 33, LGDJ, 1998
- LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, coll. thèses, fond. Varenne, Vol. 39, 2011
- MARMOZ F., *La délégation de pouvoir*, Bibl. dr. de l'entreprise, Litec, 2000
- MATHIAS E., *Les procureurs de droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, préf. M. Delmas-Marty, coll. « Droit », CNRS, Paris, 1999
- MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Gesthin, bibl. dr. privé, t. 411, LGDJ, 2004
- MERLE P., *Les présomptions légales en droit pénal*, bibl. sc. crim., t. 9, LGDJ, 1970
- MILLET F., *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, PUCF, 2001
- MINIATIO L., *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNER, bibl. dr. privé, t. 483, LGDJ, 2008
- MOUYSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, préf. J.-H. Robert, bibl. sc. crim., t. 43, LGDJ, 2008
- NIBOYET F., *L'ordre public matrimonial*, préf. J. Revel, bibl. dr. privé, t. 494, LGDJ, 2008
- OLLARD R., *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, nouv. bibl. thèses, vol. 98, Dalloz, 2010
- PAGNUCCO J.-J., *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préf. F. Deboissy, coll. thèses, Vol. 4, Fondation Varenne, LGDJ, 2006

- PAILLARD B., *La fonction réparatrice de la répression pénale*, préf. J.-H. Robert, bibl. sc. crim., t. 42, LGDJ, 2007
- PIN X., *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, bibl. sc. crim., t. 36, LGDJ, 2002
- PIROVANO A., *Faute civile et faute pénale : essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du code civil et la faute des articles 319-320 du code pénal*, préf. P. Bonnassies, bibl. dr. privé, t. 70, LGDJ, 1966
- PRADEL X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préf. P. Jourdain bibl. dr. privé, t. 415, LGDJ, 2004
- QUÉZEL-AMBRUNAZ C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Ph. Brun, nouv. bibl. de thèses, vol. 99, 2010
- ROBINEAU M., *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, préf. M.-L. Demeester, coll. de thèses doctorat et notariat, t. 19, Defrénois, 2006
- ROUMIER W., *L'avenir du jury criminel*, préf. A. Decoq, bibl. sc. crim., t. 39, LGDJ, 2003
- SAAS C., *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, préf. M. Delmas-Marty, Nouv. bibl. de thèses, Dalloz, 2004
- SINTEZ C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, P. Noreau, nouv. bibl. de thèses, vol. 110, Dalloz, 2011
- VALOTEAU A., *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préf. P. Maistre du Chambon, coll. ISPEC, PUAM, 2006
- VIENNOT C., *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, préf. P. Poncela, nouv. bibl. thèses, vol. 120, Dalloz, 2012
- VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, bibl. dr. privé, t. 53, LGDJ, 1965
- WILLIATTE-PELLITTERI L., *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des évènements aléatoires dommageables*, préf. F. Dekeuwer-Defossez, bibl. dr. privé, t. 457, LGDJ, 2009

D – Thèses non publiées

- ABDOU F., *Le consentement de la victime*, thèse, Paris, 1971
- ALAPHILIPPE F., *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile (contribution à la théorie de l'action civile)*, thèse, Poitiers, 1972
- BABELA, *La défense d'intérêts collectifs*, thèse, Rennes, 2010
- BEAUBRUN M., *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979
- CARIOLAND S., *La place de la victime dans le procès pénal*, thèse, Strasbourg, 2009
- CLÉMENT C., *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, thèse, Nantes, 2007
- COMBEAU C., *La mesure de réparation pénale : spécificité et université du dispositif français*, thèse, Toulouse I, 2000

COUPET L., *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse, Aix-en-Provence, 1974

COUSIN G., *Intérêt général et propriété industrielle*, thèse, Nantes, 2006

DARMAISIN S., *Le contrat moral*, thèse, Paris II, 2000

EXPOSITO W., *La justice pénale et les interférences consensuelles*, thèse, Lyon 3, 2005

GALLARDO E., *La qualification pénale des faits*, thèse, Aix-Marseille, 2011

GIUDICELLI-DELAGE G., *La motivation des décisions de justice*, thèse, Poitiers, 1979

LAURENT Ph., *Contrat et droit pénal*, thèse, Aix-Marseille, 2001

LAVRIC S., *Le principe d'égalité des armes dans le procès pénal*, thèse, Nancy 2, 2008

LARONDE-CLÉRAC C., *La civilisation du droit pénal. Les rapprochements du droit pénal et du droit civil*, thèse, La Rochelle, 2002

LEROY J., *La constitutions de partie civile à fins vindicatives*, thèse, Paris XII, 1990

MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1999

MARTIN DE LA GOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral*, thèse, Toulouse, 1951

MARTY M., *La compétence civile du juge pénal*, thèse, Paris II, 2004

MENDES CONSTANCE J., *Les droits fondamentaux du justiciable*, thèse, Aix-Marseille 3, 2002

MENU S., *La volonté du condamné dans l'exécution de sa peine*, thèse, Poitiers, 2004

MESTROT M., *Action associative et justice pénale*, thèse, Bordeaux I, 1992

MÉZARD M., *La négociation de la sanction pénale*, thèse, Toulouse 1, 2009

MISTRETTA P., *La responsabilité pénale du délinquant écologique*, thèse, Lyon III, 1998

MULLER M., *L'inexécution des contrats et le droit pénal*, thèse, Paris II, 1977

PERRIER J.-B., *La transaction en matière pénale*, thèse, Aix-Marseille, 2012

OTTENHOF R., *Le droit pénal et la formation des contrats*, thèse, Rennes, 1970

PIOT Ph., *Du caractère public du procès pénal*, thèse, Université de Lorraine, 2012

RIAS N., *Aspects des liens actuels des liens actuels entre la responsabilités civiles et pénale*, thèse, Lyon 3, 2006

ROUSSEL G., *La mise en œuvre de la suspicion et procès pénal équitable*, thèse, Nantes, 2002

ROUX M., *Le rôle des acteurs dans la phase préparatoire du procès pénal contemporain : analyse et perspectives*, thèse, Aix-Marseille, 2009

SALAS D., *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, thèse, Paris XI, 1990

SAMBIAN M., *Le respect de l'égalité des armes à l'égard de la victime dans le procès pénal*, thèse, Montpellier 1, 2000

THEVENON J.-M., *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, thèse Lyon, 1942

VERGÈS E., *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, thèse, Aix-en-Provence, 2000

IV – MELANGES ET OUVRAGES COLLECTIFS

Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, G. STÉFANI (dir.), Publications de l'institut de criminologie de la Faculté de Paris, 1956

La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études à la mémoire de Maurice Patin, Cujas, 1965

Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965

Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye, Bordeaux, Bières, 1967

L'évolution du droit criminel. Recueil d'études à la mémoire de Jean Le Bret, PUF, 1967

Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 17, Dalloz, 1968

Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, t. I, Pédone, 1975

Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, t. II, Pédone, 1975

Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Universités des sciences sociales de Toulouse, Universités des sciences sociales, 1978

Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, J. CHEVALLIER (dir.), publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, t. 1, 1978

Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot, LGDJ, 1984

Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985

La peine, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire des institutions, Bruxelles, De Boeck Université, 1989

Droit pénal contemporain. Mélanges offerts à André Vitu, Cujas, 1989

Droit pénal, propriété industrielle. Mélanges offerts à Albert Chavanne. Litec, 1990

Droit pénal, droit européen. Mélanges offerts à Georges Levasseur, Gazette du Palais, Litec, 1992, 459

Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier, Grenoble, PUG, 1993

La condition juridique du détenu, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1993

Droit pénal, procédure pénale. Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier, Grenoble, PUG, 1993

Réflexions sur le nouveau code pénal, C. LAZERGES (dir.), Pédone, 1995

Les métamorphoses de la responsabilité ; 6^e journée R. SAVATIER, PUF, 1997

Jean Foyer auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997

La dignité de la personne humaine, M.-L. PAVIA, T. REVET (dir.), Economica, 1999

L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, PUF & Jurisclasseur, 1999

Histoire du parquet, J.-M. CARBASSE (dir.), coll. droit et justice, Paris, PUF, 2000

- Les Émotions dans les interactions*, C. PLANTIN, M. DOURY, V. TRAVERSO (dir.), Arci, Presses Universitaires de Lyon, 2000, 50
- La justice entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Draï*, Dalloz, 2000
- La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, coll. Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001
- Œuvre de justice et victimes*, R. CARIO (dir.), D. SALAS (dir.), coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2001
- Le droit privé à la fin du XX^e siècle, études offertes à P. Catala*, Litec, 2001
- Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisés les 26 et 27 octobre 2000, par l'École Nationale de la Magistrature, la Faculté Jean Monet (Université Paris-Sud), et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, coll. Droit et Justice, 2002
- Le juge et le droit de l'économie, Mélanges offerts à Pierre Bézard*, Montchrestien, 2002
- La responsabilité. La condition de notre humanité*, coll. Morales, Autrement, 2002
- Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, BRUSCHI C. (dir.), coll. droit et justice, PUF, 2002
- Le risque pénal dans l'entreprise*, Ph. CONTE, C. GIRAUD VAN GAVER, J.-H. ROBERT, C. SAINT-PAU (dir.), Jurisclasseur, Coll. carré droit, Litec, 2003, 35
- Justice réparatrice et médiation pénale, convergences ou divergences ?*, coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2003
- Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences ?*, M. JACOUD (dir.), coll. Sciences criminelles, L'Harmattan, 2003
- Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004
- Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, coll. Dossiers journées d'études Dalloz, Dalloz, 2004
- Vengeance. Le face à face victime/agresseur*, R. VERDIER (Dir.), coll. Mutations, 2004
- Renouer les liens sociaux. Médiation et justice restaurative en Europe*, AERTSEN I. (dir.), éditions du Conseil de l'Europe, 2004
- Le nouveau code pénal dix ans après*, C. LAZERGES, D. THOMAS (dir.), Pédone, 2005
- Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, coll. Mélanges, Litec, 2005
- Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, M. DANTI-JUAN (dir.), Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 24, Cujas, 2005
- Figure du parquet*, C. LAZERGES (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2006
- Rapport au colloque sur XXX^e anniversaire du Nouveau Code de Procédure Civile*, J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), Economica, 2006
- Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éditions Cujas, 2006
- Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, J.-P. JEAN (dir.), travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 2006
- Responsabilité civile et assurances, Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006

Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Dalloz, 2006

L'immeuble et le droit. Mélanges à la mémoire du professeur Roger Saint-Alary, PUT, 2006

La transaction dans toutes ses dimensions. B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006

Sauvegarde de l'environnement et droit pénal, NÉRAC-CROISIER R. (dir.), coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2006

Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15, 16 décembre 2006, Faculté de droit et sc. pol. de Rennes, RLDC 2007

Le Droit et les droits, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2007

Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud, Litec, 2007

Sciences pénales & sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007

Le juge, gardien des valeurs ?, V. FORTIER (dir.), Paris, Coll. CNRS Droit, CNRS éd., 2007

Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008

Quel avenir pour le ministère public ?, coll. Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2008

La victime sur la scène pénale en Europe, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008

La victime, I- Définitions et statut, J. HOAREAU-DODINAU, G. MÉTAIRIE, P. TEXIER (dir.), coll. cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n° 19, PULIM, 2008

Liber amicorum ». Études offertes à G. Viney, LGDJ, 2008

Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009

Liber amicorum, regards sur la défense pénale, V. DURTETTE (dir.), coll. "Droit et Science Politique", Mare et Martin, 2009, 99

La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum, V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009

Le droit pénal. La bioéthique en débat, APD 2010, t. 53

Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire. Publication de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2010

Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, 2011

Droit pénal, le temps des réformes, V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011

La dangerosité saisie par le droit pénal, GIUDICELLI-DELAGE G. ; LAZERGES C. (dir.), coll. les voies du droit, PUF/IRJS, 2011

Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique, CHAINAIS C., FENOUILLET D. (dir.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012

Libertés et droits fondamentaux, R. CABRILLAC, A.-M. FRISON ROCHE, T. REVET (dir.), 18^e éd., coll. CRFPA Grand oral, Dalloz, 201

V – PUBLICATIONS

A – Articles et contributions à des ouvrages collectifs ou des colloques

ADAM P., « Une lecture de l'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail », RDT 2010, 428

AGOSTINI F., « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », in *La protection de la personne*. Rapport de la Cour de cassation, 2000, La documentation française, 2000, 54

ALLAIN E., « Réformes à venir en 2013 », AJ pénal 2012, 34

ALLINNE J.-P., « Une victime longtemps dépossédée dans la tradition pénale », in *Œuvre de justice et victimes*, R. Cario (dir.), D. Salas (dir.), coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2001, 19

ALIX J., « Quels visages pour le parquet en France ? », in *Figure du parquet*, coll. les voies du droit, PUF, 2006, 73-74

ALT-MAES F., « Le concept de victime en droit civil et droit pénal », RSC 1994, 35.

ALT-MAES F., « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », RSC 2002, 501.

ALT-MAES F., « La grande illusion : la dépénalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin », in *Le Droit et les droits, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, 1

AMBROISE-CASTEROT C., « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006, 29

AMRANI-MEKKI S., JEULAND E., SERINET Y.-M, CADIET L., « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? - À propos du décret « procédure », JCP G. 2006, I, 146

ANTOINE S., « Le droit et l'animal », D. 1996, I, 126

ANTOINE S., « La loi du 6 janvier 1999 et la protection animale », D. 1999, I, 167

ANTOINE S., « L'animal et le droit des biens », D. 2003, I, 2651

ANTONICELLI S., « Participation des citoyens à la justice pénale : le jeu des vases communicants », LPA, 30 janv. 2012, 3

ANGEVIN H., « Viol d'autrui ou viol de la loi ? », Dr. pén. 1998, chron. 7

ANGEVIN H., « Mort d'un dogme... », JCP G. 2000, I, 260

ARHAB-GIRARDIN F., « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé de publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RDSS 2009, 875

AUBERT L., « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil », Droit & Société 2010, 8

AUBUSSON DE CAVARLAY B., « Hommes, peines et infractions : la légalité de l'inégalité », L'Année sociologique 1985, 275

- AUBY J.-M., « L'action domaniale », AJDA 1983, I, 507
- AUDINET J., « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », RTD Civ. 1955, 213
- AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », APD 2000, 198
- AZIBERT G., « Perspectives et prospectives au sujet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la loi dite " Perben II " », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, 176.
- AZZI T., « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD Civ. 2007, 227
- BALDÈS O., « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », Dr. pén. 2010, étude 7
- BAUDOIN J.-L., « Les dommages-intérêts punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *Common law* », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, 1
- BEAUBRUN M., « Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et 2006 », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, 1
- BEAUSSONIE G., « La protection pénale de la propriété sur l'information », Dr. pén. 2008, chron. 19
- BELFANTI L., LAVIELLE B., « Citoyens assesseurs : la machine infernale (suite et fin...), Gaz. Pal. 2011, 298.
- BELLIVIER F., DUVERT C., « Les victimes : définitions et enjeux », APC 2006, 5
- BENHAMOU Y., « Vers une inexorable privatisation de la justice », D. 2003, I, 2771
- BENHAMOU Y., « Pantouflage des juges : un danger pour l'impartialité de l'État », D. 2001, point de vue, 788
- BENILLOUCHE M., « La censure constitutionnelle de la correctionnalisation judiciaire : une occasion manquée... », D. 2013, Point de vue, 1219
- BENSAMOUN A., « La personne de confiance. (Réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale) », RRJ 2007, 1669
- BERGEL J.-L., « La juridiction gracieuse en droit français », D. 1983, I, 153
- BERNAT DE CELIS J., « La difficulté de faire exécuter les peines d'emprisonnement correctionnel à Paris », RSC 1988, 469
- BERTHIAU D., « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé », Médecine et droit 2006, spéc. 58
- BERTHIAU D., « La personne de confiance : la dérive d'une institution conçue pour de bonnes raisons », *Médecine et Droit*, 2008, 38
- BICHERON N., « L'assurabilité des sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF », *Bulletin Lamy Assurances* 2010, n° 169.
- BIHL L., « L'action syndicale des associations », Gaz. Pal. 1973, 2, doct., 523

BLANC G., « La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale) », JCP G., 1994, I, 212

BLANCHOT A., « Délits non intentionnels : la responsabilité de l'auteur indirect », D. 2001, 560

BOITARD M., « La transaction pénale en droit français », RSC 1941,151

BOLARD G., « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », D. 1976, I, 54

BON P., « La responsabilité du fait des personnes dont on a la garde : sur un rapprochement des jurisprudences administrative et judiciaire », RFDA 1991, 991

BONFILS Ph., « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, 179

BONFILS Ph., « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », AJ pénal 2007, 209

Ph. BONFILS, « L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2010, II, 1324

BONFILS Ph., « Table ronde – Les acteurs du procès pénal », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 146

BONFILS Ph. , « L'action pénale de la victime. Une action en justice innommée au régime juridique clairement défini », *Bull. Institut pour la justice*, n° 17, 2012

BONIS-GARÇON E., « Vers un droit pénal raisonné ? - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », SJ G. 2013, 285

BONIS-GARÇON E., PELTIER V., « Un an de droit de la peine. – Janvier 2012-décembre 2012 », Dr. pén. 2013, chron. n°3

BOSSAN J., « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser », RSC 2012, 801

BOUCHARD J.-P., « L'expertise mentale en France entre « pollution de la justice » et devoir d'objectivité », Dr. pén. 2006, étude 3.

BOULAN F., « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », JCP 1973, I, 2563

BOULAY M.-J., « La victime et l'exécution des peines », *Bulletin de l'APEV* 2002, 7

BOURRAT-GUÉGUEN A., « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », Dr. fam. 2010, étude 15

BOREL J.-V., DEL PRETE D., « Antennes-relais de téléphonie mobile : indépendance des législations et principe de précaution », *Droit de l'envir.* 2005, 256

BOUAZIZ P., « Harcèlement moral dans les relations de travail. Essai d'approche juridique », Dr. ouvrier 2000, 192

BOULAN F., « Infractions contre la qualité de vie : construction et urbanisme », RSC 1992, 596

BOULAY M.-J., « La victime dans le procès pénal », AJ pénal 2008, 352

BOULOC B., « La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence », RSC 1993, 88

- BOULOC B., « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? Qualité d'actionnaire et droit pénal », *Rev. Sociétés* 2000, 743
- BOULOC B., « Le point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux », *RSC* 2000, 360
- BOULOC B., « Observations sur les nullités en matière de procédure pénale », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, coll. Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001, 417
- BOULOC B., « Le témoin, le témoin assisté, le mis en examen », *RPDP* 2003, 649
- BOULOC B., « Procédure civile et procédure pénale », in *Rapport au colloque sur XXX^e anniversaire du Nouveau Code de Procédure Civile*, J. Foyer, C. Puigelier (dir.), *Economica*, 2006, 369
- BOULOC B., « Le nouveau droit des incapacités commerciales », *Rev. sociétés* 2008, 763
- BOUTONNET M., « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.* 2010, I, 2662.
- BOUTONNET M., NEVRET L. , « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », *D.* 2010, I, 912
- BOUVIER F., « Le consentement à l'acte thérapeutique », *JCP* 1986, I, 3249
- BOUVIER F., « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit », *RTD civ.* 1970, 660
- BOUZIGE S., « Le juge délégué aux victimes : Outil de communication ou amélioration du soutien des victimes ? », *AJ pénal* 2008, 361
- BRISSY S., « Le droit et la violence au travail », *RDT* 2010, 499
- BROUCHOT J., « L'arrêt "Laurent-Attbalin", sa genèse et ses conséquences », in *Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, 423
- BRODEUR J.-P., « Ordre public et ordre privé », *RICPT* 1988, 392
- BROUILLAUD J.-P., « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *D.* 2008, I, 375
- BRUN Ph., « Observations sommaires sur la faute du conducteur victime dans la loi du 5 juillet 1985 », in *Responsabilité civile et assurances, Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, 64
- BUISSON J., « Les présomptions de culpabilité », *Procédures* 1999, 3
- BUSSY Fl., « L'attraction des principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, 39
- CABRILLAC M., « L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles du droit commercial », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, G. STÉFANI (dir.), Dalloz, 1956, 292
- CADIET L., « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité ; 6^e journée R. Savatier* PUF, 1997, 40
- CALLÉ P., « L'élévation du contentieux », *Procédures* 2003, chron. 6
- CAMPREDON C., « L'action civile ordinale », *JCP* 1979 I, 2943

CANNARSA M., « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Châtel. Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », SJ G. 2008, I, 180

CANIN P., « Action civile collective et spécialité des personnes morales », RSC 1995, 751

CANIVET G., « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », in *Liber amicorum* ». *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, 213

CANSELIER G., « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », RTD Civ. 2010, 41

CAPDEPON Y., « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », Dr. pén. 2007, 17

CAPPELETTI M., « La protection d'intérêts collectifs ou de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile », RIDC 1975, 571

CARBONNIER J., « Le silence et la gloire », D. 1951, I, 119

CARIO R., « Les victimes et la médiation pénale en France », in *Justice réparatrice et médiation pénale, convergences ou divergences ?*, coll. sciences criminelles, L'Harmattan, 2003, 190.

CARIO R., « La place de la victime dans l'exécution des peines », D. 2003, I, 145

CARIO R., « Les victimes et la médiation pénale en France » in *Justice réparatrice et médiation pénale, convergence ou divergence ?*, M. Jacoud (dir.), L'Harmattan, 2003, 55

CARIO R., « Les droits des victimes : état des lieux », AJ pénal 2004, 425

CARIO R., « Qui a peur des victimes ? », AJ pénal 2004, 434

CARIO R., « La justice restaurative, vers un nouveau modèle de justice pénale ? », AJ Pénal 2007, 373

CARTIER M.-E., « La judiciarisation de l'exécution des peines », RSC 2001, 88

CARVAL S., « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », RDC 2006, 822

CARTIER M.-E., « La judiciarisation de l'exécution des peines », RSC 2001, 88

CASORLA F., « La justice pénale à l'épreuve du concept de *restorative justice* », RPDP 2000, 31

CASORLA F., « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », RPDP 2003, 161

CASORLA F., « La victime et le juge pénal », RPDP 2003, 639

CASORLA F., « Les principes directeurs du procès, principes généraux du droit ? » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, éditions Cujas, 2006, 53

CATALA P., « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTD Civ. 1966, 85

CÉDRAS J., « Le dol éventuel aux limites de l'intention », D. 1995, I, 18

CÉRÉ J.-P., « L'avancée de la juridictionnalisation de l'application des peines avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 », RPDP 2000, 555

CÉRÉ J.-P., REMILLIEUX P., « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « *plaider coupable* » à la française », AJ pénal 2003, 45

CÉRÉ J.-P., « La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *RPDP* 2004, 433

CÉRÉ J.-P., « L'influence du droit européen sur le droit de l'exécution des peines », *RPDP* 2005, 263

CÉRÉ J.-P., « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ pénal* 2008, 220

CÉRÉ J.-P., « Virage ou mirage pénitentiaire ? - A propos de la loi du 24 novembre 2009 », *JCP G.* 2009, 552

CHAPLEAU B., « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Dr. pén.* 2006, étude 18

CHARVET D., « Une ou deux magistratures ? », *D.* 2007, point de vue, 459

CHAVENT-LECLERE A.-S., « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? », in *La transaction dans toutes ses dimensions*. Colloque du 2 et 3 décembre 2005, Faculté de droit Jean Moulin, Lyon III, coll. Actes, 2006, Dalloz, 147

CHABAS F., « La notion de contravention », *RSC* 1969, 281

CHACORNAC J., « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, 849

CHALARON Y., « Le concours idéal d'infractions », *JCP* 1967, I, 2088

CHAPUISAT J., « Les responsabilités consécutives aux incendies de forêt », *D.* 1981, I, 286

CHAVANNE A., « La correctionnalisation », *RDPC* 1955, 70

CHAUVENET A., GORGEON C., MOUHANA C., ORLIC F., « Entre social et judiciaire : quelle place pour le travail social en milieu ouvert ? », *APC* 2002, 73

CHETARD G., « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *RSC* 2013, 51

CHEVALLIER J.-Y., « La victime et la peine : le point de vue du juriste », *RPDP* 2004, 815

CHOUVEL F., « Commerce et hébergement des animaux de compagnie », *Dr. rur.* 1994, 345

CISSE A., « Justice transactionnelle et justice pénale », *RSC* 2001, 509

CLÉMENT G., « De la règle « pas de nullité sans grief » en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *RSC* 1984, 433

CLÉMENT G., VINCENTITI J. Ph., « Les bureaux de l'exécution des peines », *RSC* 2009, 139

CLÉMENT G., « Regard sur les nullités en procédure pénale », in *Liber amicorum, regards sur la défense pénale*, V. Durtette (dir.), coll. "Droit et Science Politique", Mare et Martin, 2009, 99

COHEN-TANUGI L., BREEN E., « Le *deferred prosecution agreement* américain. - un instrument de lutte efficace contre la délinquance financière », *SJ G.* 2013, I, 954

COLLARD F., « De l'émotion de la mort à l'émoi du meurtre. Quelques réflexions sur le sentiment de la mort suspecte à la fin du Moyen-Âge », *Rev. Historique* 2010, 873

COMMARET D., « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, I, 262

COMMARET D., « La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2002, 4

COMMARET D., « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme d'ensemble », *RSC* 2004, 897

CONTE Ph., « Le lampiste et la mort », *Dr. pén.* 2001, chron. 8

CONTE Ph., « Le risque pénal dans l'entreprise, bilan de l'application aux accidents du travail des nouveaux principes gouvernant la faute d'imprudence et quelques réflexions sur l'État de droit », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ph. Conte, C. Giraud Van Gaver, J.-H. Robert, C. Saint-Pau (dir.), Jurisclasseur, Coll. carré droit, Litec, 2003, 35

CONTE Ph., « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, coll. Mélanges, Litec, 2005, 65

CONTE Ph., « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* 2006, Étude 4

CONTE Ph., « Le rôle de la causalité dans la loi du 5 juillet 1985 », in *Responsabilité civile et assurances, Études offertes à Hubert Grontel*, Litec, 2006, 79

CONTE Ph., « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique ? », in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, 47

CONTE Ph., « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude 7

CONTE Ph., « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques agressives », *Dr. pén.* 2008, Étude 3

CORNU G., « La lettre du code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, 157

CORPART I., « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. fam.* 2010, étude 28

COSTAZ C., « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1996, 2

COULON J.-M., « La loi du 29 décembre 1972 et le juge de l'application des peines », *JCP G.* 1973, I, 2553

COURTIN C., « Les droits des victimes », *RPDP* 2001, 171

COUTANT J.-F., SAVALDOR O., « Le développement durable, un défi pour le droit, la remise en état d'un site ayant hébergé une installation classée : la nouvelle donne », *SJ I.* 2008, I, 34

COUTURE E., « le procès comme institution », *RIPD* 1950, 276

COUVRAT P., « Rapport de synthèse », in *La condition juridique du détenu*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1993, 293

COUVRAT P., « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *RSC* 1993, 469

COUVRAT P., « Le rôle moteur du développement des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2002, chron. 2

- COUVRAT P., « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines », RSC 2004, 682
- COUZIGOU-SUHAS N., LE LEVIER Y., « Le mandat de protection future », *Defrénois* 2006, 633
- CRÉPIN M.-Y., « Le rôle pénal du ministère public », in *Histoire du parquet*, J.-M. Carbasse (dir.), coll. droit et justice, PUF, 2000, 77
- CROZE H., « Qu'est-ce qu'une audience ? », *Procédures* 2012, repère 5
- CUTAJAR C., « L'affaire des « biens mal acquis » ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », SJ G. 2009, Act. 277
- CUTAJAR C., « Commentaire des dispositions de droit interne de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », D. 2010, I, 2305
- CUTAJAR C., « Le nouveau droit des saisies pénales », AJ pénal 2012, 124
- DALLE H., « Juges et procureurs dans la loi Perben II », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, coll. Dossiers journées d'études Dalloz, Dalloz, 2004, 464
- DALLEST J., « Le parquet et ses partenaires extérieurs ou comment mettre en œuvre une « politique étrangère » active et bien comprise », AJ pénal 2007, 74
- DALLEST J., « Parquet et partenaires judiciaires ou comment mettre en œuvre une politique intérieure performante et acceptée », AJ Pénal 2007, 471
- DANDONNEAU V., « Retour sur une expérimentation de la médiation pénale post-sententielle », AJ pénal 2011, 225
- DANET J., LAVIELLE B., « La juste peine », *Gaz. Pal.* 2000, 888
- DANET J., « Le procès d'assises après la réforme. Regard sur les pratiques », RSC 2003, 289
- DANET J., « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques ... et des pratiques vers quel (s) modèle (s) ? », AJ pénal 2005, 433
- DANTI-JUAN M., « La contribution du nouveau code pénal au débat sur la nature juridique de l'animal », *Dr. rur.* 1996, 477
- DANTI-JUAN M., « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, coll. Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001, 367.
- DANTI-JUAN M., « Rapport introductif. Repères et code », in *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, M. Danti-Juan (dir.), Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 24, Cujas, 2005, 13
- DANTI-JUAN M., « Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal : entre faux-semblants et vraies révolutions », RPDP 2006, 713
- DARGENTAS E., *La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale*, RPDP 1977, 413
- DARSONVILLE A., « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pén.* 2007, Étude 4

- DAUCHY S., « De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs : diversité des missions du ministère public », *Histoire du parquet*, J.-M. Carbasse (dir.), coll. droit et justice, Paris, PUF, 2000, 56
- DEBOVE F., « Information mal acquise ne profite jamais », *Dr. pén.* 1999, chron. 24
- DECOQ A., « La mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée en droit français », *RIDC* 1982, 355
- DECOQ A., « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF & Jurisclasseur, 1999, 741
- DEFFERRARD F., « La dénaturation du plaider coupable », *Dr. pén.* 2009, études 13
- DEFFERRARD F., « Contre la visioconférence », *D.* 2011, point de vue, 2878
- DEKEUWER A., « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E.* 1995, 500
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? (À propos de l'article 222-23 du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle) », *JCP G.* 1993, I, 3663
- DE LAFORCADE A., « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD Com.* 2012, 711
- DELAGE P.-J., « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.* 2005, I, 1970
- DELAGE P.-J., « Les obscures pratiques du plaider coupable », *D.* 2007, I, 58
- DELAGE P.-J., « Plaider-coupable : le pragmatisme contre la lettre ? », *D.* 2009, I, 533
- DELAGE P.-J., « Résistances et retournements. Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de plaider coupable », *RSC* 2011, 831
- DELHOSTE M.-F., « Portables et antennes : une protection sanitaires des populations insuffisante », *RRJ* 2006, 1578
- DELMAS-MARTY M., « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui ou du décideur ? », *JCP* 1985, I, 3218
- DELMAS-MARTY M., « Ni victimes ni procureurs, qui sont-ils ? », *APC* 1988, 11
- DELMAS-SAINT-HILAIRE J.-P., « La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction », *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, Bières, 1967, 159
- DELPRAT L., « La Cour de cassation et le Conseil d'État doivent-ils plaider coupable ? », *Dr. pén.* 2005. Étude 10
- DETRAZ S., « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, 42
- DETRAZ S., « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Procédures* 2008, étude 10
- DETRAZ S., « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *JCP G.* 2008, I, 111

DETRAZ S., « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, étude 10

DETRAZ S., « Clarification du régime applicable à la procédure de l'article 41-1 du code de procédure pénale », *Gaz. Pal.* 2011, 18.

DESDEVISES M.-C., « L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique », *RSC* 1993, 45

DESDEVISES M.-C., « Le pouvoir d'appréciation du parquet dans la mise à exécution de la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, publication de la faculté de droit de Poitiers, t. 39, 2001, 429

DESSPORTES F., « La responsabilité pénale en matière d'infractions non intentionnelles. La loi du 10 juillet 2000 devant la chambre criminelle », in *La responsabilité, Rapport de la Cour de cassation 2002*, La Documentation Française, 2003, 67.

DESPREZ F., « CRPC : 18 mois d'application à Montpellier », *APC* 2006, 123.

DESPREZ F., « L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC », *D.* 2007, I, 2043

DESPREZ F., « Réforme de la carte judiciaire et visioconférence : d'une proximité physique à une proximité virtuelle », *Procédures* 2008, alerte 6

DESPREZ F., « Violences volontaires : des peines minimales pour les primo-délinquants, à propos de l'article 37 de la loi LOPPSI II », *Gaz. Pal.* 2011, 5

DESPREZ F., « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », *D.* 2011, I, 2379

DEVÈZE J., « À propos de l'évolution des délits contre les biens », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, 368

DEZEUZE E., « La réparation du préjudice devant la juridiction pénale », *Rev. Sociétés* 2003, 261

DI MARINO G., « Le ministère public et la victime », *RPDP* 2001, 451

DINTHILAC J.-P., « Rôle et attributions du procureur de la République. Histoire et évolutions. Nouvelles attributions résultant de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes. Perspectives », *RSC* 2002, 35

DOBKINE M., « La transaction en matière pénale », *D.* 1994, I, 137

DOMENECH J.-L., « Victime et sanction pénale : la participation de la victime au procès », *RPDP* 2005, 599

DONGOIS N., VIREDAZ B., « De l'américanisation des sciences pénales européennes », in *Sciences pénales & sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, op. cit., 215

DONNIER A., « Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation », *D.* 2005, I, 2998

DOUBLIER J., « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, 75

- DREVEU C., « Réflexions sur le préjudice collectif », RTD Civ. 2011, 459
- DREYER E., « Un an de droit européen en matière pénale », *Dr. pén.* 2010, chron. 3
- DREYER E., « Le Conseil constitutionnel et la « matière pénale ». - La QPC et les attentes déçues... », SJ G. 2011, doct. 976
- DUPEYRON H., « L'action collective », D. 1952, I, 153
- DURAND P., « Défense de l'action syndicale », D. 1960, I, 21
- DURRY G., « La solidarité et le Bureau Central de Tarification », *Colloque AIDA, Assurance et solidarité*, RGDA 2002, 846
- ESCANDE P., « La loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infractions », *Dr. pén.* 1983, n° spécial 6 bis.
- ESMEIN P., « Prendre l'argent où il est », *Gaz. Pal.* 1958, chron. 46
- EISMEN P., « La faute et sa place dans la responsabilité civile », RTD Civ. 1949, 481
- FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », D. 2008, I, 31
- FAGES B., « Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout, C. Nourissat, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, 53
- FAVRE-ROCHEX A., « Un siècle qui n'aura pas manqué d'assurance », *Gaz. Pal.* 2000, 63
- FAUCHER P., « La juridictionnalisation de l'exécution des peines : une révolution tranquille », RPDP 2001, 215
- FAUCHER P., « La procédure simplifiée d'aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l'artisanat judiciaire », *Gaz. Pal.* 2013, 8
- FIECHTER-BOULVARD F., « La dangerosité : encore et toujours... », AJ pénal 2012, 67
- FLECHEUX G., « L'accès au droit », in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisés les 26 et 27 octobre 2000, par l'École Nationale de la Magistrature, la Faculté Jean Monet (Université Paris-Sud), et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, coll. Droit et Justice, 2002, 177
- FONTANAUD D., « La question du tag en droit pénal », *Dr. pén.* 1992, chron. 36
- FORTIS E., « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », RSC 2001, 737
- FORTIS E., « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », APC 2006, 41
- FOURNIER S., « Quel domaine pour l'abus de confiance ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 113
- FOURNIER S., « De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. pén.* 2008, Étude 4
- FORTIER V., « Les frontières des valeurs. Introduction », in *Le juge, gardien des valeurs ?*, V. Fortier (dir.), Paris, Coll. CNRS Droit, CNRS éd., 2007, 152

- FORTIS E., SEGONDS M., « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », RDT 2012, 402
- FORTIS E., « Janus et la responsabilité. Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », in *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, 449
- FOSSIER T., HARICHAUX M., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RDSS 1991, 1
- FOSSIER T., PLAZY J.-M., « La protection de la personne autant que ses biens », JCP N. 2005, 1106
- FOSSIER T., « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », JCP G. 2003, I, 135
- FOSSIER T., « Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs », Dr. fam. 2008, 2
- FOYER G., « L'action civile devant les juridictions répressives », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, ouvrage collectif, Publications de l'institut de criminologie de la Faculté de Paris, 1956, 319
- FREIYA C., « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires », JCP E. 1996, I, 563
- FRICERO N., « Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 : pour un nouveau procès civil ? », Procédures 2006, 68.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, 573
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges offerts à P. Bézard*, Montchrestien, 2002, 41
- FRISON-ROCHE A.-M., « Le droit à un tribunal impartial », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillace, A.-M. Frison-Roche, T. Revet (dir.), 18^e éd., coll. CRFPA Grand oral, Dalloz, 2012, 557
- GALLOIS A., « Le droit pour la partie civile d'exercer une voie de recours en cas d'acquiescement », Procédures 2011, alerte 42
- GALLOUX J.-C., « Ébauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994, I, 229
- GARÇON E., « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal », JCP G. 2007, I, 196
- GARÇON E., « Les incohérences dans la juridictionnalisation au stade de l'exécution des sanctions pénales », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio Doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 322
- GARÇON E., PELTIER V., « Un de droit de la peine. – Janv. 2011 - déc. 2011 », Dr. pén. 2012, chron. 2
- GARÇON E., PELTIER V., « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », Dr. pén. 2012, étude 11
- GARRAUD P., « Les sports et le droit pénal », RIDP 1924, 212

GARRIGUE J., « Les sanctions en droit des personnes. Brèves observations sur le recours aux sanctions pénales », in *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, C Chanais, D. Fenouillet (dir.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, 135

GASSIN R., « la notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine », in *L'évolution du droit criminel. Recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton*, PUF, 1967, n°10

GASSIN R., « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Pédone, 1975, 3

GASSIN R., « L'audience de jugement. Bilan des réformes depuis 1993 », *ALD* 1995, 103

GASSIN R., « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC* 1996, 155

GASSIN R., « Les fondements de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC* 1996, 443

GÉLARD P., « Le caractère mixte de la contravention de grande voirie », *AJDA* 1967, 140

GEFFROY C., « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP G.* 1993, I, 3724

GERMAIN D., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2011, 599

GERMAIN D., « Le consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles », *RSC* 2012, 817

GIACOPELLI M., « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *RSC* 2000, 525

GIACOPELLI M., « Réforme du droit de l'application des peines », *D.* 2004, 2589

GIACOPELLI M., « La médiation en matière pénale en France : l'exemple de la médiation réparation », *RPDP* 2006, 37

GIACOPELLI M., « Victimes et application des peines », *RPDP* 2007, 789

GIACOPPELLI M., « Libre propos sur la sanction réparation », *D.* 2007, 1, 551

GIACOPELLI M., « Quelle place de la victime dans l'exécution des peines », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 325

GIACOPELLI M., JOSEPH-RATINEAU Y., Chronique législative – 1^{er} janvier 2010 – 30 juin 2010, *RPDP* 2010, 746-747

GIACOPELLI M., « L'extension des peines minimales aux primo délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pén.* 2011, étude 9

GIACOPELLI M., « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai d'une théorie générale », *RSC* 2012, 505

GIUDICELLI A., « Le témoin assisté et la personne mise en examen : un nouvel équilibre ? », *RSC* 2001, 43

GIUDICELLI A., « Principes directeurs du procès pénal », *RSC* 2003, 122

GIUDICELLI A., « Repenser le plaider coupable », *RSC* 2005, 592.

- GIUDICELLI A., « À propos de l'impartialité du Judevi », RSC 2008, 633
- GOUTTES R. (de), « L'impartialité du juge. – Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », RSC 2003, 63
- GOYET C., « A propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles », RSC 1976, 899
- GOYET C., « Remarque sur l'impartialité du tribunal », D. 2001, I, 328
- GRANIER J., « La partie civile au procès pénal », RSC 1958, 30
- GRAPIN P. , « Incendies et incendiaires », RSC 1974, 1
- GRAPIN P. , « Le droit sanctionnateur des incendies à travers les codes pénaux européens », RSC 1976, 611
- GRIMONPREZ B., « L'infraction environnementale et le préjudice moral des associations », Dr. pén. 2011, comm. 96
- GROS F., « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », in « *Le droit pénal. La bioéthique en débat* », APD 2010, t. 53, 167
- GROUDEL H., « Faute intentionnelle, assurance de responsabilité et réglementation sur les victimes d'infraction », RCA 1995, chron. 15
- GROUDEL H., « Victimes d'infraction : morceaux choisis », RCA 2000, chron. 19
- GROUDEL H., « L'appréciation de l'aléa et de la faute intentionnelle dans le contrat d'assurance », RCA 2000, chron. 24
- GROUDEL H., « La garantie du fait d'autrui par l'assureur de responsabilité », RCA 2004, Chron. 8
- GRYNBAUM L., « La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire », D. 2008, I, 1928
- GUÉDON J.-P., « Le maquis juridique de la répression des incendies de forêt », Dr. pén. 2004, étude 11
- GUÉRIN M., « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », RSC 2000, 753
- GUÉRY Ch., « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », JCP G. 1998, I, 140
- GUÉRY Ch., « La mise en examen depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 », JCP G. 2001, I, 359
- GUÉRY Ch., « De la nécessité accrue, pour le témoin assisté, de l'être bien... », AJ pénal 2005, 111
- GUÉRY Ch., « Peut-on motiver l'intime conviction ? », SJ G. 2011, 28
- GUGLIELMI G. J., « Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ? », RSC 1991, 622
- GUINCHARD S., « Les moralisateurs au prétoire », in *Jean Foyer auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, 477

GUINCHARD S. , « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », D. 1999, I, 65

GUTMAN D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », APD 1999, 73

HAUSER J., « Le consentement aux soins des majeurs protégés », LPA, 18 avr. 2002, n° 52

HAUSER J., « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, 227

HAUTEVILLE (d') A., « Le nouveau droit des victimes », RICPTS 1984, 437

HAUTEVILLE (d') A., « L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions », RSC 1991, 149

HAUTEVILLE (d') A., « L'indemnisation des victimes d'infractions pénales », RGAT 1991, 291

HAUTEVILLE (d') A., « La gradation des fautes pénales en matière d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique », in *Réflexions sur le nouveau code pénal*, C. Lazerges (dir.), Pédone, 1995, 41

HAUTEVILLE A. (d'), « Les droits des victimes », RSC 2001, 107

HAUTEVILLE (d') A., « Les transformations de la faute pénale », in *Le nouveau code pénal dix ans après*, Pédone, 2005, 1

HÉBERT S., « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique », D. 2008, I, 307

HECQUARD-THÉRON M., « De l'intérêt collectif », AJDA 1986, I, 65

HERZOG-EVANS M., « Le juge de l'application des peines, juridiction de premier degré », RSC 1999, 289

HERZOG-EVANS M., « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi du 12 décembre 2005 », D. 2005, I, 182

HERZOG-EVANS M., « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », AJ pénal 2007, 357

HERZOG-EVANS M., « Les victimes et l'exécution des peines : en finir avec le déni et l'idéologie », AJ pénal 2008, 356

HERZOG-EVANS M., « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire », AJ pénal 2008, 274

HERZOG-EVANS M., « La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », AJ pénal 2008, 161

HERZOG-EVANS M., « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », Gaz. Pal. 2009, 8

HERZOG-EVANS M., « La marginalisation des juridictions de droit commun de l'application des peines », Gaz. Pal. 2009, 22

HERZOG-EVANS M., « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », D. 2010, I, 1428

- HERZOG-EVANS M., « Outil d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal* 2012, 75
- HONORAT J., « La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports », *D.* 1969, I, 207
- ICARD P., « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTD Eur.* 2002, 471
- JAMIN C., « Avocats et juge délégué aux victimes : les méfaits de l'État paternel », *D.* 2007, point de vue, 2228
- JANAS M., « Un juge d'application des peines aux pouvoirs juridictionnels renforcés », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Dossier des Journées d'études Dalloz*, coll. Dossiers journées d'études Dalloz, Dalloz, 2004, 493
- JANAS M., « Le nouveau rôle du Jap », *AJ pénal* 2004, 394
- JANAS M., « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire. - Entre aménagements de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peines », *Dr. pén.* 2010, étude 1
- JANSON M., « L'instruction à l'audience correctionnelle », *RDPC* 1950, 792
- JARROSSON C., « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, I, 267
- JEANDIDIER W., « Droit criminel et droit de la faillite » in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, 497
- JEANDIDIER W., « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G.* 2002, I, 166
- JEAN J.-P., « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006, 473
- JOSEPH-RATINEAU Y., « De quelques difficultés issues de la légalisation de la double convocation dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *SJ G.* 2009. 230
- JOSEPH-RATINEAU Y., « Les droits du condamné dans la phase d'exécution des peines », in *Les droits de la défense dans le processus pénal*, conférence du 8 décembre 2009, Aix-en-Provence, PASC 2011, 115
- JOSEPH-RATINEAU Y., « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : à nos actes manqués », *D.* 2010, point de vue, 875
- JOUVE B., « Trois années de contentieux de l'application des peines à la maison d'arrêt de Rennes », *RPDP* 1993, 193
- JOURDAIN P., « Sur le rattachement de l'acte du préposé à ses fonctions », *RTD Civ.* 1990, 495
- JULIENNE F., « La caractérisation des concessions réciproques dans le contrat transactionnel », *RRJ* 2012, 1807
- JUSSEAUME P., « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », *AJ pénal* 2012, 70
- KOERING-JOULIN R., « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant au sens de l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC* 1990, 765

KRIEGK J.-F., « L'américanisation de la justice, marque d'un mouvement de privatisation du droit et de la justice civile ? », *Gaz. Pal.* 2005, 2

KRIEGK J.-F., « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ? », *Gaz. Pal.* 2005, 870

KUHNMUNCH O., « La défense des intérêts collectifs et l'éclatement des poursuites », *APC* 1988, 35

KULLMANN J., « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurabilité raisonnée », *JCP E.* 2009, 226

LABERGE D., « Futur pénal, fiction pénale : débat autour des notions de privatisation et de désinvestissement étatique », *Déviances et Société*, 1988, Vol. 12, 169

LABRUSSE-RIOU C., « Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit », in *La responsabilité. La condition de notre humanité*, coll. Morales, Autrement, 2002, 110

LACAN V., « L'action sociale exercée *ut singuli* », *Rev. sociétés* 1946, 223

LACROIX C., « L'accès à la chambre criminelle de la Cour de cassation par les parties civiles : de la nécessité de modifier l'article 575 du Code de procédure pénale », *Dr. pén.* 2007, étude 2

LAINGUI A., « La sanction pénale dans le droit français du XVIII^e et XIX^e siècle », in *La peine, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire des institutions*, Bruxelles, De Boeck Université, 1989, 165

LAMBERT-FAIVRE Y., « Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du Code civil) » in « *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité* », *RDC* 2007, spéc. 165

LAMY (de) B., « Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC* 2011, 184

LAMY (de) B., « Transmission volontaire du virus VIH », *Dr. fam.* 2006, comm. 101

LANTHIEZ M.-L., « La clarification des fondements européens des droits des victimes », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008, 145

LAPÉROU-SCHENEIDER B., « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », *Dr. sociétés* 2002, 313

LARGUIER J., « L'action publique menacée. À propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives », *D.* 1958, I, 29

LARGUIER J., « Remarques sur l'action civile exercée par une personne autre que la victime », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, 366

LARMAILLARD P., « L'indemnisation des victimes, moteur du reclassement social du probationnaire », *RPDP* 1970, 639

LARONDE-CLÉRAC C., « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Dr. pén.* 2013, étude 9

LARROUMET C., « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. L'amalgame de la responsabilité et de l'indemnisation automatique », *D.* 1985, I, 237

LASSALLE J. -Y., *Sport et délinquance*, Economica, 1988, 56

- LAUDE A., « Dans la tourmente du Mediator : prescription hors AMM et responsabilités », D. 2011, I, 253
- LAURENT J.-C., « La correctionnalisation », JCP 1950, I, 852
- LAVIELLE B., « Une peine infinie. Libre propos sur la rétention de sûreté », Gaz. Pal. 2008, doct., 2
- LAVRIC S., « La visioconférence : le procès de demain ? », AJ pénal 2007, 464
- LAZERGES C., « Responsabilité pénale du fait d'autrui du chef d'entreprise », RSC 1992, 104
- LAZERGES C., « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », RSC 1997, 86
- LAZERGES C., « De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines ... », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, publication de la faculté de droit de Poitiers, t. 39, 2001, 489.
- LAZERGES C., « Le renforcement des droits des victimes par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 », APC 2002, n° 24, 15
- LAZERGES C., « L'indemnisation n'est pas la réparation », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008, 228
- LAZERGES C., « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel », RSC 2008, 731
- LAZERGES C., « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », RSC 2008, 205
- LAZERGES C., « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », RSC 2012, 274
- LÉAUTÉ J., « Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance », *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, 223
- LEBEHOT T., « Le cadre juridique de la médiation pénale », AJ pénal 2011, 216
- LEBLOIS-HAPPE J., « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspective », RSC 1994, 276
- LECOMTE R., « La place du principe "polluer-payeur" appliqué à la remise en état », *SJ G.* 2007, I, 13
- LECUYER G., « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. pén.* 2005, chron. 14
- LEDUC F., « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », LPA, 25 juin 2005, 3
- LEGRAND M.-A., « La peine de mort et les châtiments corporels appliqués aux criminels; l'opinion des intéressés », *Arch. de l'anthrop. crim.* 1908, t. 28, 689
- LE GUNEHEC F., « Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels », JCP G. 2000, I, 1587
- LE GUNEHEC F., « Les deux étapes de la juridictionnalisation de l'application des peines », JCP G. 2001, aperçu rapide.

LE GUNEH F., « L'institution d'une circonstance aggravante de "racisme". Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 », JCP G. 2003, act. 252

LE GUNEH F., « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Troisième partie : achèvement de la réforme de l'application des peines », JCP G. 2004, act. 200

LEMARCHAL D., « La victime et son autre », AJ pénal 2008, 349

LEPAGE A., « Un an de droit pénal des nouvelles technologies. Octobre 2010 - octobre 2011 », Dr. pén. 2011, chron. 10

LEPAGE A., « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », JCP G. 2010, 335.

LEQUILLERIER C., « Le mandat de protection future et la personne de confiance en matière médicale », Gaz. Pal. 2007, 32

LESCLOUS V., « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social, une fonction judiciaire républicaine », Dr. pén. 2013, étude 13

LETURMY L., « Confusion dans la hiérarchie des valeurs », in *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, M. DANTI-JUAN (dir.), Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 24, Cujas, 2005, 149

LETURMY P., « La participation contentieuse », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, op. cit., 61

LEVASSEUR G., « Les sanctions de l'inexécution des contrats en droit pénal français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 17, Dalloz, 1968, 307

LEVASSEUR G., « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, 469

LEVASSEUR G., « Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives », RPDP 1983, 328

LEYTE G., « Les origines médiévales du ministère public », in *Histoire du parquet*, J.-M. CARBASSE (dir.), coll. Droit et Justice, PUF, 2000, 23

LIENHARD C., « Le juge délégué aux victimes », D. 2007, I, 3120

LIKILLIMBA G.-A., « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », RTD. 2009, 1

LOISEAU G., « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », JCP G. 2001, II, 10461

LIWERANT O. S., « Représentations de la souffrance sur la scène du droit étatique... », in *La victime sur la scène pénale en Europe, La victime sur la scène pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008, 207

LOUIS-LUCAS P., « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Poitiers, Dalloz, 1965, 583

- LUCAS DE LEYSSAC M.-P., « Une information est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, I, 43
- MAESTRE J., « Un nouveau cas de responsabilité publique, l'indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction », D. 1977, I, 145
- MAISTRE DU CHAMBON P., « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », JCP G. 2002, II, 10075
- MALABAT V., « Le délit de mise en danger. La lettre et l'esprit », JCP G. 2000, I, 208
- MALABAT V., SAINT-PAU J.-C., « Le droit pénal général malade du sang contaminé », Dr. pén. 2004, chron. 2
- MALABAT V., « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, 154, spéc. 161
- MALABAT V., « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 71
- MALLARD A., « Le mouvement consumériste, histoire et sociologie », in *Les associations de consommateurs sont-elles efficaces ?*, Dossier, Contrats, conc. consom. 2008, 45
- MALAUURIE P., « L'effet prophylactique du droit civil », in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, 669
- MARCHADIER F., « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », RTD Civ. 2009, 245
- MARÉCHAL J.-Y., « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », SJ G. 2009, étude, 249
- MARGUÉNAUD J.-P., « L'animal dans le nouveau code pénal », D. 1995, I, 187
- MARGUÉNAUD J.-P., « La personnalité juridique des animaux », D. 1998., I, 205
- MARTIN R., MARTIN J., « L'action collective », JCP 1984, I, 3162
- MARTIN M., « Précaution et évolution du droit », D. 1995, I, 299
- MARTIN-HOCQUENGHEM E., « Le dol éventuel », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*. Publication de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2010, 445
- MARTY G., « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », RTD Civ. 1939, 685
- MASCALA C., « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentiel en droit pénal des affaires », D. 2004, 3050
- MASCALA C., « L'immeuble : un bien saisi par le droit pénal ? » in *L'immeuble et le droit. Mélanges à la mémoire du professeur Roger Saint-Alary*, PUT, 2006, 387
- MATHIAS E., « Action pénale privée : cent ans de sollicitude », Procédures 2007, 6
- MATHIEU B., « Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus », AJDA 2005. 113

MATSOPOULOU H., « Le nouveau régime des incapacités commerciales », Dr. pén. 2008, chron. 24

MATSOPOULOU H., « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », Dr. pén. 2008, étude 5

MATSOPOULOU H., « La motivation des arrêts de la cour d'assises et les exigences du procès équitable » : SJ G. 2010, 1228

MAYAUD Y., *Ratio legis* et incrimination, RSC 1983, 597

MAYAUD Y., « L'action civile sauvegardée. A propos de la loi n°88-14 du 5 janvier 1988, relative aux action en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs », in *Droit pénal, propriété industrielle. Mélanges offerts à Albert Chavanne*. Litec, 1990, 135.

MAYAUD Y., « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, Grenoble, PUG, 1993, 210-211

MAYAUD Y., « De la séduction au harcèlement : du licite à l'illicite », RSC 1998, 105

MAYAUD Y., « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », D. 1998, I, 212

MAYAUD Y., « Circulation routière. Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », D. 1999, I, 589

MAYAUD Y., « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », D. 2000, I, 604

MAYAUD Y., « Un bel avenir pour la faute caractérisée », RSC 2001, 381

MAYAUD Y., « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application... », AJ pénal 2006, 146

MAYAUD Y., « La résistance du droit pénal au préjudice », in *Le Droit et les droits, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, 807

MAYAUD Y., *La loi pénale, instrument de valorisation sociale*, in « *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire* ». Ouvrage collectif, publication de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2010, 4

MAZEAUD H., « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », D. 1985, I, 13

MAZEAUD D., « Responsabilité civile et précaution », RCA 2001, Chron. 14

MAZEAUD D., « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », in *Le droit privé à la fin du XX siècle, études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, 571

MAZEAUD D., « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », in *Le droit privé à la fin du XX siècle, études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, 571

MBONGO P., « Un antiracisme scripturaire : la suppression du mot « race » de la législation », D. 2013, I, 1288

MÉCHIN M., « Le double visage de la victime en France », in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008, 104

MEKKI M., « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA*, 7 janvier 2005, 3

MERCADER P., « Représentations de l'humain et de l'inhumain dans l'évaluation d'un crime : le frère, le monstre, le malade », *Bulletin de psychologie* 2007, 433

MERLE R., « Le droit pénal français et le feu », *RICPT* 1975, 371

MERLE R., « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point ou fluctuations ?), in *Droit pénal contemporain. Mélanges offerts à André Vitu*, Cujas, 1989, 397

MESNIL DU BUISSON G. (du), « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine », *RSC* 1998, 259

MESNIL DU BUISSON G. (du), « Service pénitentiaire d'insertion et de probation », *RAP* 1999, 8

MIGNON-COLOMBET A., BUTHIAU F., « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. - Punir, surveiller, prévenir ? », *SJ G.* 2013, I, 359

MISTRETTA P., « Harcèlement sexuel : pincer et chatouiller, c'est harceler », *JCP G.* 1999, II, 10145

MISTRETTA P., « Transmission volontaire du sida par voie sexuelle : les tourmentes du droit pénal », *RDSS* 2005, 415

MISTRETTA P., « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP G.* 2011, 965

MONTEIRO E., « Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail », *RSC* 2003, 277

MONTGOLFIER (de) J.-F., « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », *Droit pénal, le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 239

MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « L'action de groupe à la française fait grincer des dents », *RCA* 2013, Alerte 22

MORISSET L., « L'avocat et l'application des peines », *RSC* 2007, 145

MORVAN P., « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de culpabilité », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, éditions Cujas, 2006, 443

MORVAN P., « La personne morale maltraitée par le droit pénal », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du Bicentenaire*, Publication de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2010, 171

MOTTÉ G., « Projet de loi relatif à la consommation », *SJ G.* 2013, Act. 554

MOULY J., « La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine », *RSC* 1982, 3

MOLINS F., « Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ? », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Journées d'études Dalloz, 2004, 365

MOULY J., « Regards sur la "victimisation" du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale », in *La victime, I- Définitions et statut*, J. Hoareau-Dodinau, G. Métairie, P. Texier (dir.), coll. cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique n° 19, PULIM, 2008, 285

MOUTOUH H., « L'accident du Drac : une application de la nouvelle définition des délits non intentionnels », D. 2001, II, 556.

NEYRET L., « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », D. 2008, I, 170

NERSON V., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Universités des sciences sociales de Toulouse, Universités des sciences sociales, 1978, 853

NERSON V., « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit », *RTD civ.* 1970, 660

NICOT X., « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives au régime des peines », RSC 1971, 631

NIVÔSE L.-M., « Le crime de viol et l'égalité des sexes », Dr. pén. 1998, chron. 10

NOGUÉRO D., « Interrogations au sujet du mandat de protection future », D. 2006. 1133

OHL D., « Fixation du point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux », JCP G. 2000, II, 10386

OLLARD R., « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ? », Dr. pén. 2009, Étude 19

OLLARD R., « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance: la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », Dr. pén. 2012, Étude 9

OLLARD R., « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », RSC 2011, 575

OTTENHOF R., « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *APC* 2000, 71

PASQUALINI F., « L'animal et la famille », D. 1997, I, 257

PARANCE B., « Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais », SJ G. 2010, 531

PARIZOT R., « Vers une action pénale partagée ? » in *La victime sur la scène pénale en Europe*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), coll. les voies du droit, PUF, 2008

PEREIRA B., « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », D. 2007, I, 2041

PERDRIX L., « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Chanais C., Fenouillet D. (dir.), coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, 344

PERRIER J.-B., « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », D. 2011, point de vue, 2349

PERRIER J.-B., « La constitutionnalité de la légalisation de la pratique de la double convocation en matière de CRPC », AJ pénal 2011, 188

PERRAY R., « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL ? », *Rev. Lamy dr. immat.* 2008, 82

PERROT R., « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, étude 4

PICOT M., « L'avocat de l'enfant », *Dr. fam.* 2006, étude 37

PIERRE Ph., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *RDC* 2010, 1117

PIGACHE Ch., « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *RSC* 1983, 55

PIN X., « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, 245.

PIN X., « Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux », *APC* 2006, 49.

PIN X., « La notion de faute pénale : 121-3 = 0 », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 106-107

PLANTIN C., « La construction rhétorique des émotions », in *Les Émotions dans les interactions*, C. Plantin, M. Doury, V. Traverso (dir.), Arci, Presses Universitaires de Lyon, 2000, 50

PLANTIN C., « L'argumentation dans l'émotion », *Pratiques* 1996, 81

PLATEL B., VIALA Th., « Le fabuleux destin du concept de harcèlement moral », *JCP E.* 2002, I, 762

PONCELA P., « Le chantier de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2000, 887

PONCELA P., « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC* 2007, 883

PONSEILLE A., « La faute caractérisée », *RSC* 2003, 89

PONSEILLE A., « L'inexécution des peines prononcées » in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 339

PONCELA P., « le déploiement des aménagements de peines », in *Enjeux et perspectives de la loi pénitentiaire, Actes du colloque du 27 sept. 2008 à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)*, *RPDP* 2009, 96

PONCELA P., « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC* 2010, 190

POKORA S., « La médiation pénale », *AJ pénal* 2003, 58

POULPIQUET (de) J., « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *RSC* 1975, 37

PRADEL J., « Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions », *D.* 1983, I, 244

PRADEL J., « La notion de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990, 692

PRADEL J., « Vers des principes directeurs communs aux différentes procédures pénales européennes », in *Droit pénal, droit européen. Mélanges offerts à Georges Levasseur*, *Gazette du Palais, Litec*, 1992, 459

- PRADEL J., « La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan », in *Droit pénal, procédure pénale. Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, Grenoble, PUG, 1993, 223
- PRADEL J., « Les innovations du nouveau code pénal », in *Le nouveau code pénal, normes et société*, coll. les cahiers de la sécurité intérieure, La Documentation française, 1994, 27
- PRADEL J., « D'une loi avortée à un nouveau projet sur l'injonction pénale », *D.* 1995, I, 171
- PRADEL J., « Une consécration du « *plea bargaining* » à la française. La composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, I, 379
- PRADEL J., « Vers un « *aggiornamento* » des réponses de la procédure pénale à la criminalité », *JCP G.* 2004, I, 132
- PRADEL J., « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *RPDP* 2005, 503
- PRADEL J., « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *D.* 2007, I, 2247
- PRADEL J., « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, I, 1000
- PROTHAIS A. , « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », *D.* 2006, I, 1068
- PUECH M., « Scolies sur la faute pénale », *RFTJ* 1987, 78
- PUECH M., « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, I, 153
- PUTMAN E., « l'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une théorie législative du procès pénal ? », *Ann. Fac. droit Avignon*, 2000, 43
- PY B., BALDECK M., « La définition du harcèlement sexuel est-elle satisfaisante ? », *Dr. trav.* 2011, 348
- QUÉZEL-AMBRUNAZ C., « La fiction de la causalité alternative. Fondement et perspectives de la jurisprudence Distilbène », *D.* 2010, I, 1162
- RADÉ C., « Réflexions sur les fondements de la responsabilité », *D.* 1999, I, 313
- RADÉ C., « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.* 2012, I, 112
- RADÉ C., « Le principe de précaution, nouvelle éthique de la responsabilité ? », *RJE* 2000, 75
- RAJOT B., « Le principe de précaution peut-il être appliqué par le juge judiciaire, et qu'en est-il alors de la responsabilité prévention ? Illustration pour le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile et des risques autres que technologiques », *RCA* 2010, alerte 15
- RASCHEL L., « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *RCA* 2013, Dossier n° 24
- RAYMOND G., « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats, conc. consom.* 2006, étude 3
- REBUT D., « Abus de biens sociaux : la chambre criminelle et ses jurisprudences », *RSC* 2002, 827

REINHARD A., « Droit pénal, droit vénal ? Récit d'un glissement de frontières », *Dr. pén.* 2003, étude 25

RÉMY-CORLAY P., « De la réparation », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2011, spéc. 199-201

RENUCCI J.-F., « La délégation de pouvoirs : questions d'actualité », *RJDA* 1998, 679

RENUCCI J.-F., « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, I, 23

REVET T., « La dignité de la personne humaine en droit du travail », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia, T. Revet (dir.), *Économica*, 1999, 137.

REVET T., « Le Code civil et le régime des biens », in « Question pour un bicentenaire » *Dr. patrim.* 2004, 23

RIGAUX M., TROUSSE P.-E., « Les problèmes de la qualification », *RPDC* 1949, 716

RIPERT G., « Le prix de la douleur », *D.* 1948, I, 1

ROBERT J.-H., « La classification tripartite des infractions selon le nouveau code pénal », *RSC* 1993, 469

ROBERT J.-H., « L'éparpillement et la privatisation de l'action publique », *Dr. pén.* 1995, 17

ROBERT J.-H., « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *Dr. pén.* 2005, étude n° 2

ROBERT J.-H., « Le plancher et le thérapeute », *Dr. pén.* 2007, Étude 20

ROBERT J.-H., « Récidive législative. Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », *Dr. pén.* 2010, étude 8

ROBERT J.-H., « Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales », *SJ G.* 2011, 1385

ROBERT J.-H., « La détermination de la peine par le législateur et le juge », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 241

ROCA C., « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, I, 85

ROCHFELD J., « Droit à un environnement équilibré », *RTD Civ.* 2005, 470

ROETS D., « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel », *D.* 2001, point de vue, 2059

ROETS D., « Le contentieux de l'action civile et l'article 6 §.1 de la Convention européenne des droits de l'homme : une tentative de clarification de la Cour de Strasbourg », *D.* 2004, I, 2943

ROETS D., « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, 251

ROETS D., « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.* 2008, I, 1840

ROUQUETTE R. , « Gens du voyage : accueil ou rejet ? », *Dr. adm.* 2007, étude 19

- ROUSSEAU F., « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudance », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. thèmes et commentaires. Études. Dalloz, 2009, 44
- ROUSSEAU F., « L'unité des fautes civile et pénale », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2011, 119
- ROUSSEAU F., « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des scandales sanitaires », *Dr. pén.* 2013, Étude 11
- ROYER G., « La victime et la peine », *D.* 2007, I, 1745
- ROYER G., « La victime et la peine. Contribution à la théorie du procès *post-sententiam* », *D.* 2007, I, 1745
- ROY-LOUSTANAU C., « Le droit du harcèlement sexuel : un puzzle législatif et des choix novateurs », *Dr. soc.* 1995, 545
- ROWAN S., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français : étude comparative », *SLC* 2010, 353
- SAAS C., « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2002, 840
- SAINT-PAU J.-C., « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, 13
- SAINT-PAU J.-C., « L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », *Essai de philosophie pénale et criminologie*, vol. 10, Dalloz, 2012, 54.
- SAINT-PIERRE F., « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables », *AJ pénal* 2005, 177
- SAINT-PIERRE F., « Les avocats », *RPDP* 2005, 841
- SALAS D., « Le souci des victimes et la recomposition de la justice », in *La justice en perspectives. La justice restaurative*, J.-P. JEAN (Dir.), Session de formation continue à l'E.N.M., 2003, www.enm.justice.fr.
- SALAS D., « Les enfants d'Orphée. Anciennes et nouvelles victimes », in *Vengeance. Le face à face victime/agresseur*, R. Verdier (Dir.), coll. Mutations, 2004, 209
- SALVAGE P., « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, 699
- SALVAGE P., « L'imprudance en droit pénal », *JCP G.* 1996, I, 3984
- SALVAIRE J., « Contraventions », *JCP G.* 1975, I, 2741
- SANCHEZ M., « Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008 », *Dr. pén.* 2008, étude 12
- SARGOS P., « La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? La causalité en matière de responsabilité ou le « droit Schtroumpf », *D.* 2008, I, 1935
- SAVATIER R., « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels », *D.H* 1931, *Chron.*, 9
- SAVATIER R., « Les assurances illimitées de responsabilité », *RGAT* 1934, 491

- SCHNEIDER A., « Réparation et répression : histoire d'une transformation des besoins par la notion de risque », LPA, 25 nov. 1999, 13
- SCHIMDT J.-C., « L'élément intentionnel en matière de contravention », RPDP 1932, 387
- SENN A., « Le contrôle général des lieux de privation de liberté : immersion dans l'ombre de la République », AJ pénal 2012, 272
- SERGE-RENOUX T., « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », in *Quel avenir pour le ministère public ?*, coll. Thèmes et commentaires. Actes, Dalloz, 2008, 35
- SERINET Y.-M., « Les nouveaux pouvoirs du juge de la mise en état », JCP G. 2005, I, 125
- SEUVIC J.-F., « Circonstance aggravante liée à la raison de commission de certaines infractions : art. 132-76 C. pén. », RSC 2003, 367
- SEUVIC J.-F., « Circonstances aggravantes liées à la raison de commission de certaines infractions. orientation sexuelle de la victime (article 132-77 du code pénal) ; qualités de certaines victimes », RSC 2003, 826
- SIBI B., « Le principe de l'égalité des armes et la victime au procès pénal », RPDP 2005, 547
- SIMON DELCROS J., « Aux prétoires, citoyens assesseurs ! Une révolution pour les assises ? », Gaz. Pal. 2011, 10
- SLIM H., « Le lien de causalité : approche comparative », in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, actes du colloque des 15, 16 décembre 2006, Faculté de droit et sc. pol. de Rennes, RLDC 2007, suppl. n° 2638
- SOUWEINE S., « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », D. 2006, I, 501
- STAECHELE F., « Le juge de l'application des peines : magistrats du siège ou administrateur judiciaire ? », RSC 1991, 385
- STARCK B., « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », RTD Civ. 1958, 475
- SUR P. O., « L'action pénale des associations de défense de victimes 1901-2001 », Gaz. Pal. 2002, 6
- TAÏEB E., *L'exécution soumise au regard. Anthropologie et économie du regard sur les mises à mort publiques*, Communication, Le sens du regard, 2004, 59
- THOMAS D., « Le concept de procès pénal », in *La sanction du Droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, publication de la faculté de droit de Poitiers, t. 39, 2001, 401.
- THOMASSIN N., « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012, I, 964
- TINEL M., « Réflexions sur les apports d'une codification du droit de l'exécution des peines », Dr. pén. 2011, étude 23
- TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M., « La justice pénale, justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », RPDC 1996, 445
- TULKENS F., « Victimes et Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », APC 2002, 47

- TUNC A., « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. I, Pédone, 1975, 407
- VACCARIE I., La perte de chance, RRJ 1987, 910
- VAILLANCOURT Y., « La privatisation, une notion fourre-tout ? », *Déviance et Société*, 1988, vol. 12, 177
- VALÉRY P., *Œuvres*, coll. bibl. de la pléiade, t. I, Gallimard, 1957
- VAN DE KERCHOVE M., « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », RSC 2008, 808
- VAN DE KERCHOVE M., « Eclatement et recomposition du droit pénal », RSC 2000, 5
- VARINARD A., « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, 623
- VASSEUR M., « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », RSC 1951, 1
- VATINET R., « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *Rev. Sociétés* 2003, 247
- VERDUSSEN M., « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits de la victime dans le procès pénal », in *La place de la victime dans le procès pénal, Les cahiers de l'Institut sur la Justice*, 2005, 147
- VERGÈS E., « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », D. 2007, I, 1441
- VERNY V., « Des surveillances nouvelles en droit pénal », in *Le Droit et les droits. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, 1141
- VÉRON M., « Clandestinité et prescription », *Dr. pén.* 1998, chron. 16
- VÉRON M., « L'abus de confiance, son extension dans l'espace et dans le temps », in *Les droits et le Droit, mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz 2007, 1153
- VIAL J.-P., « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », *AJ pénal* 2012, 84
- VIDAL J., « L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP* 1971, I, 2390
- VILLACÈQUE J., « À propos du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets », D. 2006, I, 539
- VINEY G., « Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre : la porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil », D. 1991, I, 157
- G. VINEY, « Cessation de l'illicéité et responsabilité civile », in *Liber Amirocum. Mélanges en l'honneur du professeur Giles Goubeaux*, coll. Mélanges, LGDJ, 2009, 547
- VINEY G., « La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affres de la preuve », D. 2010, I, 391
- VINEY G., « Le contentieux des antennes-relais », D. 2013, I, 1489

VITU A., « La collaboration des personnes privées à l'administration de la justice criminelle française », RSC 1956, 675

VOUIN R., « De la recevabilité de l'action syndicale des associations », JCP 1955, I, 1207

VOLFF J., « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil Constitutionnel », D. 1995, II, 201

VOLFF J., « La privatisation rampante de l'action publique », JCP G. 2004, I, 146

VOLFF J., « Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet », D. 2009, I, 317

VOLFF J., « Le décret du 29 janvier 2001 : Les délégués du procureur au secours de la composition pénale », Gaz. Pal. 2001, 258

VOLFF J., « L'ordonnance pénale en matière correctionnel », D. 2003, I, 2777

WALGRAVE L., « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie, d'un programme », Criminologie, Vol. 32, 1999, 6

WEISS U., « Pour un plaider-coupable criminel en droit français », Gaz. Pal. 2009, 9

WESTER-OUISSE V., « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », RCA 2011, Étude 5

WIEDERKEHR G., « L'évolution de la justice gracieuse », in *La justice entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, 483.

WUNENBERG J.-J., « Le procès de la responsabilité et les métamorphoses de la culpabilité », RFIJ 1987, 88

WYWEKENS A., « Entre médiation et justice pénale. L'activité judiciaire des maisons de justice du Rhône », APC 1997, 91

B – Notes, commentaires et observations sous arrêts

Allain E.

CE, 26 avr. 2006, 2 arrêts : D. 2006, 1333

Ambroise-Casterot C.

Cass. crim., 28 févr. 2006 : RPD 2006, 391

Astaix A.

CE, 11 mai 2005 : D. 2005, 1379

Bacache M.

CEDH, 27 juin 2013 : D. 2013, Actu., 1687

Bachelet O.

Trib. Confl., 14 mai 2012 : SJ G. 2012, 820

Belfanti L.

Cass. crim., 21 juin 2011 : AJ pénal 2011, 584

Billau M.

Cass. Ass. plén., 25 févr. 2000 : JCP G. 2000, II, 10295

Cass. Ass. plén., 14 déc. 2001 : JCP G. 2002, II, 10026

Bloch C.

CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2002 : JCP G. 2003, II, 10097

CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : *Bull. Aix* 2005, 71

Blombed M.

Cass. crim., 6 déc. 2011 : D. 2012, 104

Cass. crim., 22 févr. 2011 : D. 2011, 752

Bonis-Garçon E.

Cass. crim., 7 nov. 2007 : Dr. pén. 2007, chron. 2

Cass. crim., 27 mars 2008 : Dr. pén. 2008, chron. 3

Cass. crim., 18 juin 2008 : Dr. pén. 2009, chron. 3

Cass. crim. QPC, 1^{er} sept. 2011 : Dr. pén. 2012, chron. 2

Cass. crim. QPC, 9 janv. 2013 : Dr. pén. 2013, comm. 68

Boré J.

Cass. Ch. mixte, 20 déc. 1968 : JCP G. 1969, II, 15756

Borel P.-V.

TGI Nanterre, 18 sept. 2008 : JCP G. 2008, II, 10208

CA Versailles, 4 févr. 2009 : JCP E. 2009, 1336

Bouloc F.

Cass. crim., 8 juin 1989 : RSC 1990, 103

Bouloc B.

Cass. crim., 10 août 1981 : Rev. sociétés 1983, 368

Cass. crim., 7 juin 1983 : Rev. sociétés 1984, 119

Cass. crim., 4 nov. 1988 : Rev. sociétés 1989, 265

Cass. crim., 9 nov. 1992 : Rev. sociétés 1993, 433

Cass. crim., 27 juin 1995 : Rev. sociétés 1995, 746

Cass. crim., 5 mai 1997 : Rev. sociétés 1998, 127

Cass. crim. 2 déc. 1997 : RSC 1998, 536

Cass. crim., 13 déc. 2000 : Rev. sociétés 2001, 394

Cass. crim., 27 juin 2001 : Rev. sociétés 2001, 873

Cass. Ass. plén. 29 juin 2001 : RSC 2002, 97

Cass. crim., 28 mai 2003 : Rev. sociétés 2003, 906

Cass. crim., 9 mars 2005 : Rev. sociétés 2005, 886

Cass. crim., 17 janv. 2006 : JCP G. 2006, II, 10120

Cass. crim., 15 mars 2006 : RPDP 2007, 204

Cass. crim., 26 févr. 2007 : Rev. sociétés 2007, 887

Cass. crim., 13 janv. 2010 : RTD com. 2010, 616

Boutonnet M.

CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : D. 2004, II, 2678

TGI Nanterre, 18 sept. 2008 : D. 2008, II, 2916

Cass. civ. 3^e, 18 mai 2011 : D. 2011, II, 2089

Bouzat P.

Cass. crim., 13 nov. 1952 : D. 1953, II, 316

Cass. crim., 31 mai 1978 : RSC 1979, 337

Cass. crim., 12 déc. 1990 : RSC 1992, 84

Cass. crim., 9 janv. 1991 : RSC 1992, 323

Cass. crim., 27 mai 1991 : RTD com. 1992, 477

Cass. crim., 15 juin 1992 : RSC 1993, 782

Cass. crim., 8 févr. 1993 : RSC 1994, 112

Brun Ph.

Cass. Ass. plén., 25 févr. 2000 : D. 2000, II, 673

Buisson J.

Cass. crim., 27 mai 1999 : Procédures 1999, comm. 235

Cass. crim., 14 oct. 2008 : Procédures 2008, comm. 340

Cass. crim., 17 déc. 2008 : Procédures 2009, comm. 92

Cass. crim., 20 janv. 2009 : Procédures 2009, comm. 122

Cass. crim., 7 avr. 2009 : Procédures 2009, comm. 245

Cass. crim., 16 déc. 2009 : Procédures 2010, comm. 93

Cabrillac M.

Cass. com., 3 juin 1997 : JCP E. 1998, 33

Cass. com., 24 nov. 1983 : RTD com. 1984, 499

Cass. com., 16 mars 1993 : JCP E. 1993, I, 277

Cass. com., 7 janv. 2003 : JCP E. 2003, 760

Cagnoli P.

Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999 : JCP G. 2000, II, 10274

Chavanne G.

Cass. crim., 4 nov. 1965 : JCP 1965, II, 14066

Cass. crim., 20 juill. 1960 : D. 1961, II, 191

Chavent-Leclere A.-S.

Cass. crim., 20 janv. 2010 : Procédures 2010, comm. 129

CEDH, 23 nov. 2010 : Procédures 2011, comm. 30

Cass. crim., 15 juin 2011 : Procédures 2011, comm. 277

Céré J.-P.

CEDH, 4 déc. 1995 : D. 1996, II, 357

Cass. crim., 1^{er} mars 2006 : AJ pénal 2006, 222

CEDH, 11 avr. 2006 : D. 2006, II, 800

Collin-Demumieux M.

CEDH, 4 déc. 1995 : D. 1996, II, 357

Cosson J.

Cass. crim., 10 août 1981 : Gaz. Pal. 1981, 2, 696

Coste J.-L.

CA Lyon, 30 mars 1990 : JCP G. 1990, II, 21566

Danet J.

Cass. crim., 21 juin 2011 : RSC 2011, 660

Darsonville A.

Cass. crim., 7 févr. 2007 : D. 2007, II, 573

Cass. crim., 1^{er} avr. 2008 : D. 2008, AJ 1404

Dejean de la Bâtie N.

Cass. Ass. plén., 9 mai 1984 : JCP G. 1984, II, 20255

Delage P.-J.

Cass. crim., 4 oct. 2006 : D. 2007, II, 58

CA Toulouse, 21 nov. 2007 : Dr. pén. 2008, étude 23

Delebecque Ph.

Cass. crim., 25 sept. 2012 : D. 2012, II 2711

Détraz S.

Cass. crim., 5 sept. 2007 : JCP G. 2007, II, 10186

Cass. crim., 16 déc. 2009, Gaz. Pal. 2010, 20

Cass. crim., 3 févr. 2010 : SJ G. 2010, 758

Cass. crim. QPC, 26 janv. 2011 : RSC 2011, 634

Derrida J.

Cass. com., 3 juin 1997 : D. 1997, II, 517

Cass. com., 16 mars 1993 : D. 1993, somm., 583

Dreyer E.

Cass. crim., 20 juin 2006 : JCP G. 2006, II, 10199

Doucet J.-P.

Cass. crim., 22 févr. 1983 : Gaz. Pal. 1983, 1, 322

Cass. crim., 20 nov. 1984 : Gaz. Pal. 1985, 1, 159

Dumery A.

Cass. civ. 2^e, 29 mars 2012 : SJ G. 2012, 701

Dupont M.

Cass. civ. 3^e, 1^{er} juill. 2009 : SJ G. 2009, 454

Cass. civ. 1^{er}, 18 sept. 2008 : SJ G. 2008, II, 10220

Durry G.

Cass. Ch. mixte, 20 déc. 1968 : RTD Civ. 1969, 333, note Durry

Esmein P.

Cass. civ. 2^e, 13 mars 1957 : JCP 1957, II, 10084

Fagès M.

Cass. civ. 1^{er}, 11 mars 2003 : RTD Civ. 2003, 287

Flécheux O.

CEDH, 26 sept. 1995 : Gaz. Pal. 1996, 529

Frison-Roche A.-M.

Cons. Const. n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012 : D. 2013, II, 455

Gallmeister I.

Cass. Ass. plén., 29 juin 2007 : D. 2007, II, 1957

Cass. civ. 1^{er}, 29 mai 2013 : D. 2013, Actu, 1403

Ghestin J.

Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991 : JCP G., 1991, II, 21673

Cass. crim., 31 mai 2007 : D. 2007, II, 2574

Groutel H.

Cass. crim., 9 févr. 1989 : RCA 1989, comm. 10

Cass. civ. 2^e, 15 juin 2000 : RCA 2000, comm. 292

Cass. civ. 2^e, 4 déc. 2001 : RCA 2002, comm. 126

Cass. civ., 2^e, 18 sept. 2003 : RCA 2003, comm. 286

Cass. civ. 2^e, 24 févr. 2005 : RCA 2005, comm. 121

Cass. civ. 2^e, 16 oct. 2008 : RCA 2008, comm. 353

Cass. civ. 2^e, 7 mai 2009 : RCA 2009, étude 8

Cass. crim., 27 mars 2013 : RCA 2013, comm. 215

Haas M.

Cass. crim., 5 févr. 2013 : Dr. pén. 2013, comm. 81

Herzog-Evans M.

Cass. crim., 16 déc. 2008 : AJ pénal 2008, 127

Cass. crim., 15 mars 2006 : AJ pénal 2006, 267

CHAP Rennes, 21 avr. 2006 : AJ pénal 2006, 417

Cass. crim., 31 oct. 2006 : AJ pénal 2007, 38

Cass. crim., 24 janv. 2007 : AJ pénal 2007, 190
Cass. crim., 1^{er} avr. 2009 : AJ pénal 2009, 321
JRRS Paris, 6 avr. 2009 : D. 2009, II, 2146
Cass. crim., 9 déc. 2009 : AJ pénal 2010, 1383
Cass. crim., 2 mars 2011 : AJ pénal 2011, 533

Huguency L.

Cass. crim., 18 octobre 1913 : S. 1920, 1, 321

Joseph-Ratineau Y.

Cass. crim., 20 nov. 2007 : D. 2008, II, 1035
Cass. crim., 17 sept. 2008 : SJ G. 2008, II, 10194
Cass. crim., 18 nov. 2008 : D. 2009, II, 1320
Cass. civ. 2^e, 28 mai 2009 : LPA, 3, nov. 2009, 6
Cass. civ. 2^e, 6 oct. 2011 : SJ G. 2012, 73

Jourdain P.

Cass. Ass. plén., 19 mai 1988 : RTD Civ. 1989, 89
Cass. crim., 9 févr. 1989 : RTD civ. 1989, 653
Cass. civ. 2^e, 22 mai 1995 : RTD Civ. 1995, 899
Cass. civ. 2^e, 22 nov. 1995 : D. 1996, II, 163
Cass. civ. 2^e, 19 févr. 1997 : D. 1997, II, 265
Cass. Ass. plén., 25 févr. 2000 : RTD Civ. 2000, 582
Cass. Ass. plén., 13 déc. 2002 : D. 2003, II, 231
Cass. civ. 2^e, 4 déc. 2001 : RTD Civ. 2002, 308
CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004 : RTD civ. 2005, 146
Cass. civ. 2^e, 24 févr. 2005 : RTD Civ. 2005, 407
Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007 : RTD civ. 2008, 305
Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008 : RTD civ. 2008, 492
Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2009 : RTD civ. 2010, 111
Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2010 : RTD civ. 2011, 134
Cass. crim., 25 sept. 2012 : RTD Civ. 2013, 119

Lamy (de) B.

CA Paris, 14 mars 2001 : D. 2002, II, 1797
Cass. crim., 22 sept. 2004 : D. 2005, II, 411

Larroumet C.

Ass. Plén., 29 mars 1991 : D. 1991, 324

Lasserre Capdeville J.

Cass. crim., 17 sept. 2008 : D. 2008, 2904
Cass. crim., 24 nov. 2009 : AJ pénal 2010, 76
Cass. crim., 1^{er} sept. 2010 : AJ pénal 2010, 34
Cass. crim., 22 févr. 2011 : D. 2011, II, 985
Cass. crim., 20 juill. 2011 : D. 2011, II, 2242

Leblois-Happ J.

Cass. crim., 4 oct. 2006 : AJ pénal 2007, 79

Lepage A.

Cass. crim., 30 janv. 2001 : JCP G. 2001, II, 10515

Cons. Const. n° 2011-163 QPC du 16 sept. 2011 : SJ G. 2011, 1160

Lestang (de) G.

Cass. crim., 28 févr. 1956 : JCP 1956, II, 9304

Cass. crim., 21 févr. 1968 : JCP 1968, II, 15703

Levasseur G.

T. corr. Châlons-sur-Saône, 17 févr. 1950 : JCP 1950, II, 5505

Cass. crim., 24 juin 1987 : RSC 1988, 302

Cass. crim., 9 févr. 1989 : RSC 1989, 742

Cass. crim., 5 sept. 1990 : RSC 1991, 348

C. Assises Paris, 8 mars 1991 : RSC 1992, 74

Cass. crim., 30 mai 1991 : RSC 1991, 565

Cass. crim., 23 juin 1953 : RSC 1953, 665

Lienhard A.

Cass. com., 7 janv. 2003 : D. 2003, IR, 274

Cass. com., 9 nov. 2004 : D. 2004, IR, 3069

Cass. com., 8 nov. 2011 : D. 2012, somm., 2864

Cass. Ass. plén., 20 mai 2011 : D. 2011, II, 1346

Loiseau G.

Cass. crim., 20 oct. 1998 : JCP G. 1999, II, 10044

Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : JCP G. 2001, II, 10461

Cass. soc., 11 sept. 2012 : SJ S. 2012, 1521

Maréchal J.-Y.

Cass. Ass. plén., 9 mai 2008 : JCP G. 2008, II, 10124

Cass. crim., 9 mars 2010 : D. 2010, II, 2135

Malabat V.

Cass. crim., 14 oct. 2009 : RPDP 2009, 864

Mascala C.

Cass. crim., 22 sept. 2004 : RPDP 2005, 239

Cass. crim. 25 juin 2008 : D. 2009, 172

Cass. crim., 13 janv. 2010 : D. 2010, 1666

Maron A.

Cass. crim., 1^{er} oct. 1996 : Dr. pén. 1997, comm. 28

Cass. crim., 25 sept. 2007 : Dr. pén. 2007, comm. 145

Cass. crim., 5 févr. 2013 : Dr. pén. 2013, comm. 81

Mathieu B.

Cass. Ass. plén., 20 mai 2011 : *SJ G.* 2011, 670, obs. Mathieu

Matsopoulou H.

Cass. crim., 25 sept. 2007 : *JCP G.* 2007, II, 10205

Mayaud Y.

TGI Saint-Etienne, 10 août 1994 : RSC 1995, 575
CA Douai, 11 janv. 1995 : RSC 1996, 651
Cass. crim., 6 déc. 1995 : RSC 1996, 374
Cass. crim., 22 juin 1997 : RSC 1997, 835
Cass. crim., 16 févr. 1999 : RSC 1999, 581
Cass. crim., 6 févr. 2001 : RSC 2001, 580
CA Lyon, 28 juin 2001 : RSC 2001, 804
Cass. Ass. plén. 29 juin 2001 : D. 2001, II, 2917
Cass. crim., 25 sept. 2001 : RSC 2002, 100
Cass. crim., 15 oct. 2002 : RSC 2003, 96
Cass. crim., 29 oct. 2002 : RSC 2003, 330
Cass. crim., 18 juin 2003 : RSC 2003, 781
Cass. crim., 20 juin 2006 : RSC 2006, 825
Cass. crim., 9 mars 2010 : RSC 2010, 617
Cons. Const. n° 2011-163 QPC du 16 sept. 2011 : RSC 2012, 830
Cass. crim., 11 oct. 2011 : RSC 2011, 825

Mestre J.

Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003 : *RTD Civ.* 2003, 287

Mirabail S.

Cass. crim., 12 déc. 1990 : D. 1991, II, 364
Cass. crim., 20 févr. 2002 : D. 2003, AJ, 248
Cass. crim., 24 mars 2004 : D. 2004, 2756
Cass. crim., 14 févr. 2007 : D. 2007, 2640

Mistretta P.

Cass. crim., 16 déc. 2009 : *SJ G.* 2010, 117
Cass. crim., 6 déc. 2011 : *SJ G.* 2012, 410

Mouly J.

Cass. civ. 2^e, 22 mai 1995 : *JCP G.* 1995, II, 22550
TGI Cusset, 29 févr. 1996 : *JCP G.* 1997, II, 22849
Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001 : *JCP G.* 2001, II, 10613
Cass. civ. 2^e, 28 mai 2009 : *JCP G.* 2009, 95
Cass. civ. 2^e, 20 nov. 2003 : *JCP G.* 2004, II, 10017

Nast M.

Cass. crim., 25 juill. 1913 : D. 1915, II, 150

Neyret L.

Cass. crim., 1^{er} juin 2010 : *Environnement* 2011, comm. 2

Otttenhof R.

Cass. crim., 21 avr. 1964 : JCP 1965, II, 13973

Cass. crim., 26 sept. 1995 : RSC 1996, 658

Cass. crim., 23 janv. 1997 : RSC 1998, 553

Cass. crim., 30 juin 1999 : RSC 1999, 823

Cass. crim., 22 sept. 2004 : RSC 2005, 832

Parance B.

Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007 : SJ G. 2008, II, 10020

Patin M.

Cass. crim. 12 déc. 1951 : D. 1952, II, 157

Paulin A.

CA Colmar, 4 janv. 2004 : D. 2005, II, 1069

Perrier J.-B.

Cons. Const. n° 2011-113-115 du 1^{er} avr. 2011 : D. 2011, II, 1156

Pettiti B.

CEDH, 8 déc. 1983 : RSC 1984, 1410

CEDH, 8 déc. 1983 : RSC 1984, 139

Planiol M.

Cass. crim., 29 juillet 1907 : D. 1907, 1, 129

Poncela P.

CEDH, 20 déc. 2005 : RSC 2006, 4296

Pradel J.

Cass. crim., 9 févr. 1989 : *Les grands arrêts du droit criminel, t. II, Le procès, la sanction*, n° 6

Cass. crim., 5 févr. 1992 : D. 1993, somm., 203

CEDH, 23 nov. 1993 : D. 1994, IR, 187

Cass. crim. 2 juill. 1998 : D. 1998, II, 458

Cass. crim., 1^{er} mars 2006 : D. 2006, somm., 1504

Cass. crim., 14 oct. 2009 : D. 2009, II, 2778

Cass. crim., 16 déc. 2009 : D. 2010, 471

Pretot X.

CE, 22, juill. 1987 : AJDA 1988, II, 60

Prothais A.

Cass. crim., 18 juin 2003 : D. 2005, II, 195

Radé C.

CA Aix-en-Provence, 9 oct. 2003 : RCA 2004, comm. 89

Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2009 : RCA 2009, chron. 15

Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012 : D. 2012, I, 2376

Rassat M.-L.

Cass. crim., 5 sept. 1990 : JCP G. 1991, II, 21629

Cass. crim. 2 juill. 1998 : JCP G. 1998, II, 10132

Cass. crim., 18 juin 2003 : JCP G. 2003, II, 10121

Rebut D.

Cass. crim., 18 juin 2003 : D. 2004, II, 1620

Renucci F.

CEDH, 29 mars 2010 : D. 2010, II, 1386

Rezgui S.

Cass. civ. 1^{re}, 23 févr. 2012 : Dalloz actualités, 8 mars 2012

Rias N.

Cass. crim., 11 oct. 2011 : D. 2011, II, 2841

Ripert G.

Cass. ch. Réunion, 13 févr. 1930 : S. 1930, 1, 121

Cass. civ. 27 mars 1928 : D.P. 1928, I, 145

Robert J.-H.

TGI Paris, 23 oct. 1992 : Dr. pén. 1994, comm. 12

Cass. crim. 8 févr. 1995 : Dr. pén. 1996, comm. 269

Cass. crim., 10 avr. 1997 : JCP E. 1997, II, 328

Cass. crim., 8 oct. 1997 : Dr. pén. 1998, comm. 56

Cass. crim., 27 juin 2001 : Dr. pén. 2001, comm. n° 129

Cass. crim., 22 sept. 2004 : Dr. pén. 2004, comm. 181

Cass. crim., 31 mai 2005 : Dr. pén. 2005, comm. 148

Cass. crim., 31 janv. 2007 : Dr. pén. 2007, comm. 74

Cass. crim., 1^{er} avr. 2008 : Dr. pén. 2008, comm. 99

Cass. crim., 28 janv. 2009 : Dr. pén. 2009, comm. 76,

Cass. crim., 15 déc. 2009 : Dr. pén. 2010, comm. 41

Cass. crim., 21 sept. 2010 : Dr. pén. 2010, comm. 138

CEDH, 8 mars 2012 : Dr. pén. 2012, comm. 71

Cass. crim., 25 sept. 2012 : Rev. sociétés 2013, 110

Cass. crim., 5 févr. 2013 : Dr. pén. 2013, comm. 61

Roets D.

CEDH, 12 févr. 2008 : RSC 2008, 700

Roujou de Boubée G.

Cass. crim., 20 janv. 1981 : RDI 1981, 533.
Cass. crim. 2 déc. 1997 : D. 1999, 152
Cass. crim., 6 févr. 2001 : D. 2001, somm., 2351
Cass. crim., 19 nov. 2002 : D. 2006, Pan. 1652

Roussel G.

Cass. crim., 8 févr 2012 : AJ Pénal 2012, 291

Saint-Pau J.-C.

Cass. crim., 14 févr. 2006 : D. 2007, II, 1184
Cass. crim., 20 juin 2006 : D. 2007, II, 617
Cass. crim., 22 févr. 2011 : Gaz. Pal. 2011, 8
Cass. crim., 11 avr. 2012, D. 2012, II, 1381

Salomon

Cass. crim., 25 févr. 2009 : Dr. sociétés 2009, comm. 9

Salvage Ph.

CA Poitiers, 2 févr. 2001 : JCP G. 2001, II, 10534

Savatier R.

Cass. crim., 9 nov. 1961 : JCP 1962, II, 12777
Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1960 : JCP 1960, II, 11787
Cass. ass. plén., 7 mai 1993 : JCP E. 1993, II, 470

Sudre F.

CEDH, 20 oct. 1997 : JCP G. 1998, I, 107
CEDH, 29 mars 2010 : SJ G. 2010, 454
CEDH, 16 nov. 2010 : SJ G. 2011, 94
CEDH, 24 juill. 2007 : SJ G. 2008, I, 110

Tapinos D.

Cass. civ. 3^e, 3 mars 2010 : SJ G. 2010, 568

Trébulle F.-G.

Cass. crim., 7 févr. 2007 : JCP G. 2007, II, 10059

Verdier J.-M.

Cons. Const. n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012 : D. 2013, II, 338

Vallens J.-L.

Cass. crim., 7 oct. 1959 : D. 1960, II, 224

Véron M.

Cass. crim. 9 mars 1994 : Dr. pén. 1994, comm. 152

Cass. crim., 1^{er} juin 1994 : Dr. pén. 1994, comm. 254
Cass. crim., 23 janv. 1997 : Dr. pén. 1997, comm. 93
Cass. crim., 23 févr. 2000 : Dr. pén. 2000, comm. 83
Cass. crim., 10 oct. 2001 : Dr. pén. 2002, comm. 1
Cass. crim., 26 juin 2002 : Dr. pén. 2002, comm. 133
Cass. crim., 24 mars 2004 : Dr. pén. 2004, comm. 101
Cass. crim., 6 oct. 2004 : Dr. pén. 2005, comm. 27
Cass. crim., 1^{er} juin 2005 : Dr. pén. 2005, comm. 147
Cass. crim., 10 janv. 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 30
Cass. crim. 14 févr. 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 67
Cass. crim., 27 févr. 2007 : Dr. pén. 2007, comm. 68
Cass. crim., 19 mars 2008 : Dr. pén. 2008, comm. 102,
Cass. crim., 14 janv. 2009 : Dr. pén. 2009, comm. 65
Cass. crim., 30 sept. 2009 : Dr. pén. 2009, comm. 147
Cass. crim., 27 janv. 2010 : Dr. pén. 2010, comm. 60
Cass. crim., 8 mars 2011 : Dr. pén. 2011, comm. 75
Cass. crim., 15 mars 2011 : Dr. pén. 2011, comm. 76
Cass. crim., 10 mai 2011 : Dr. pén. 2011, comm. 102
Cass. crim., 24 mai 2011 : Dr. pén. 2011, comm. 118
Cons. Const. n° 2011-163 QPC du 16 sept. 2011 : Dr. pén. 2011, comm. 130
Cass. crim., 5 févr. 2013 : Dr. pén. 2013, comm. 53

Viney G.

Cass. crim., 1^{er} mars 1973 : JCP G. 1973, II, 17615
Cass. civ. 2^e, 19 févr. 1997 : JCP G. 1997, II, 22848
Cass. civ. 2^e, 18 mai 2000 : JCP G. 2000, I, 280
Cass. civ. 2^e, 15 juin 2000 : JCP G. 2000, I, 280
Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001 : JCP G. 2002, I, 186
Cass. civ. 2^e, 25 nov. 2004 : JCP G. 2005, I, 149
Cass. civ. 2^e, 24 févr. 2005 : JCP G. 2005, I, 149

C – Encyclopédie et répertoires

AMBROISE-CASTEROT C., *Action civile*, Rép. pén. Dalloz, 2013

ANVEGIN H., *Chambre de l'instruction – pouvoirs du président*, J. Cl. pénal 2012

BACHELIER G., *Contravention de grande voirie*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2012

BORÉ L., *Action civile des groupements*, J. Cl. pénal 2013

CARIO R., *Victimes*, Rép. pén. Dalloz, 2013

DAURY-FAUVEAU M., *Organisation frauduleuse d'insolvabilité*, Jcl Pénal, 2010

DEMEESTER M.-C., NEYRET L., *Environnement – Bien fondé de l'action en responsabilité civile pour atteintes à l'environnement*, Répertoire de droit civil Dalloz, 2012

GARÇON E., OLLARD R., *Destruction, détériorations et dégradations ne présentant pas un danger pour les personnes*, Jcl. Pénal, 2010

LECOURT A., *Capital social*, Rép. dr. sociétés, Dalloz, 2013

MARCHAND X., VUITTON X., *Juge de la mise en état*, Jcl procédure civile, 2013

MAYAUD Y., *Violences volontaires*, Rép. pén. Dalloz, 2011

ROCA C., *Droit à réparation, Droit à réparation, divers dommages réparables : dommages à un groupement*, J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, 2012

TILLET E., *Histoire des doctrines*, Rép. pén. Dalloz, 2010

VIRIOT-BARRAL D., *Destructions, dégradations, détériorations*, Rép. pén. Dalloz, 2003

D – Publications GIP mission Droit et Justice

HAUTEVILLE A. (d') (dir.), *La réparation du dommage : bilan de l'activité des fonds d'indemnisation - comparaison des fonds d'indemnisation* », Mission Justice et Droit, 2009

COTTIN M., *Le parquet en matière civile, sociale et commerciale. Recensement des textes et étude empirique des activités non pénales du parquet*, Mission Justice et Droit, 2011

MILBURN P., BONNEMAIN C., THOMAS-NETH V., *La réparation pénale. Eléments d'analyse de l'application d'une mesure de justice restaurative*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien du GIP, Mission recherche Droit et Justice, 2001

E – Travaux Cetel

A. FLÜCKIGER, R. ROTH, C.-N. ROBERT, *Droit et émotions. Le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Travaux CETEL n° 58, Université de Genève, 2010

F – Rapports de la Cour de cassation

La protection de la personne. Rapport de la Cour de cassation, 2000, La Documentation française, 2000

La responsabilité, Rapport de la Cour de cassation, 2002, La Documentation française, 2003

Le prononcé des amendes civiles par la Cour de cassation 2000-2011, Rapport de la Cour de cassation en ligne sur le site interne de la Cour de cassation (www.courdecassation.fr).

G – Rapports publics et parlementaires

- BAPT G., *Rapport tendant à suspendre la commercialisation de biberons produits à base de Bisphénol A*, Ass. Nat., juin 2010
- CIOTTI E., *Rapport pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines*, juin 2011 ; *L'évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution*, rapport de l'Inspection Générale des Services Judiciaires, mars 2009
- CIOTTI E., *Rapport pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines*, juin 2011
- Rapport CNAV *L'accompagnement de la victime dans la phase d'exécution de la décision*, 2006
- COULON J.-M., *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997
- DOOR J.-P., *Rapport d'information de M. Jean Pierre Door déposé en conclusion d'une mission d'information sur le médiateur et la pharmacovigilance*, AN, n° 3552
- GEST A., TOURTELIER P., *Rapport d'information sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution*, La documentation française, juill. 2010
- HERMANGE M.-T., *Rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information sur le médiateur*, Sénat, n° 675, 28 juin 2011
- LEGER Ph., *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009
- SUDRE F., PICHERAL C., *La diffusion du modèle européen de procès équitable*, coll. Perspectives de la justice, La Documentation française, 2003
- VEDEL G., coll. rapports officiels, La documentation française, 1993
- WASRMANN J.-L., *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie*, Rapport mission parlementaire auprès de Dominique Perben garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 2003
- WASRMANN J.-L., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2005 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, juin 2005
- ZOCCHETTO J.-F., *Rapport de la Commission des lois du Sénat n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 2002-2003

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE -	30
L'ASCENSION DES INTÉRÊTS PRIVÉS EN DROIT PÉNAL	30
TITRE 1 -	32
LA PRIVATISATION DE LA FONCTION NORMATIVE DU DROIT PENAL	32
CHAPITRE 1 -	33
LA RÉÉVALUATION DES INTÉRÊTS PRIVÉS DANS LE CHAMP DE LA PROTECTION PÉNALE ...	33
SECTION 1. LA RÉÉVALUATION DES INTÉRÊTS PRIVÉS INDIVIDUELS	33
§.1 – La protection pénale de la liberté de décision individuelle	34
A – La protection pénale du défaut du consentement	34
1) <i>La répression pénale de l'exclusion de consentement</i>	35
2) <i>La protection pénale de l'intégrité du consentement</i>	39
B – La protection pénale du consentement permissif	44
1) <i>La prise en compte du consentement permissif par le droit pénal</i>	44
2) <i>La sanction du consentement permissif vicié</i>	51
§.2 – La protection pénale du patrimoine des particuliers	54
A – La protection pénale de l'intégrité matérielle du patrimoine	54
1) <i>La répression pénale de l'intégrité matérielle des immeubles</i>	54
2) <i>La protection pénale de l'intégrité matérielle des meubles</i>	60
B – La protection pénale de l'intégrité juridique du patrimoine	64
1) <i>La protection pénale des droits réels</i>	64
2) <i>La protection pénale des droits personnels</i>	72
SECTION 2. LA PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS PRIVÉS COLLECTIFS	80
§.1 – Une conséquence de la fonction supplétoire du droit pénal	80
A – L'intervention du droit pénal au soutien de l'ordre public économique	81

1) <i>La protection pénale de l'intérêt collectif des associés et créanciers</i>	81
2) <i>La protection pénale de l'intérêt collectif des professions réglementées</i>	86
B – L'intervention du droit pénal au soutien de l'ordre public de protection	89
1) <i>La protection pénale des intérêts collectifs des consommateurs</i>	89
2) <i>La protection pénale des intérêts collectifs des salariés</i>	95
§.2 – Une conséquence de la multiplication des textes d'habilitation	99
A – Les intérêts collectifs pénalement protégés par des textes d'habilitation situés dans le Code de procédure pénale	99
1) <i>L'identification des entités collectives bénéficiant de la protection de la loi pénale</i>	100
2) <i>L'identification des intérêts collectifs protégés par la loi pénale</i>	102
B – Les intérêts collectifs pénalement protégés par des textes d'habilitations situés hors du Code de procédure pénale	105
1) <i>L'identification des entités collectives bénéficiant de la protection de la loi pénale</i>	106
2) <i>L'identification des intérêts collectifs protégés par la loi pénale</i>	110
CHAPITRE 2 -	118
L'ATTRAIT DES RÈGLES DU DROIT PÉNAL DANS LA RÉOLUTION DES LITIGES PRIVÉS	118
SECTION 1. LES RÈGLES DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE SOLLICITÉES DANS LA RÉOLUTION DES LITIGES PRIVÉS	118
§.1 – L'affaiblissement de la fonction normative de la responsabilité civile	119
A – La mutation des conditions de la responsabilité civile dans la sanction du fait générateur de dommage	119
1) <i>Le déclin de l'imputation comme condition de la responsabilité civile</i>	120
2) <i>Les incertitudes de la causalité comme condition de la responsabilité civile</i>	126
B – La mutation des conditions de la responsabilité civile dans la sanction du fait générateur de risque	132
1) <i>La sanction du risque potentiel sur le fondement du principe de précaution</i>	132
2) <i>La sanction du risque avéré sur le fondement du principe de précaution</i>	137
§.2 – La vigueur de la fonction normative de la responsabilité pénale	143
A – Le maintien de l'imputation comme condition de la responsabilité pénale	143
1) <i>Le rejet de la responsabilité pénale de plein droit</i>	143
2) <i>Les avancées de la responsabilité pénale de pleine droit</i>	146

B – La répression pénale de l'imprudence fondée sur la causalité	152
1) <i>La causalité, curseur de la responsabilité pénale dans le domaine de l'imprudence</i>	152
2) <i>Le lien de causalité, un outil jurisprudentiel de pénalisation des comportements légalement dépenalisés</i>	155
SECTION 2. LA SANCTION PÉNALE SOLLICITÉE POUR RÉPRIMER LES ATTEINTES PORTÉES AUX INTÉRÊTS PRIVÉS	160
§.1 – L'affaiblissement de la fonction punitive de la sanction civile	160
A – Le transfert de la dette de réparation à l'assureur	161
1) <i>Le transfert de la dette de réparation à l'assureur nécessaire</i>	161
2) <i>Le transfert de la dette de réparation à l'assureur limité</i>	164
B – Le transfert de la dette de réparation à la solidarité nationale	167
1) <i>L'indemnisation des préjudices garanties par des fonds publics</i>	167
2) <i>Les limitations inhérentes au système d'indemnisation publique</i>	170
§.2 – La vigueur de la fonction punitive de la sanction pénale	173
A – La vigueur de la sanction pénale au stade de son prononcé	173
1) <i>L'atténuation de la vigueur punitive de la sanction pénale</i>	174
2) <i>La réaffirmation de la vigueur punitive de la sanction pénale</i>	176
B – La vigueur de la sanction pénale au stade de son exécution	180
1) <i>Les difficultés nées de la mise à exécution des sanctions pénales</i>	181
2) <i>Les difficultés nées de l'aménagement de la peine au stade de son exécution</i>	184
TITRE 2 -	193
LA PRIVATISATION DE LA FONCTION RÉPARATRICE DU DROIT PÉNAL	193
CHAPITRE 1 -	194
LA RÉPARATION SYMBOLIQUE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LE DROIT PÉNAL	194
SECTION 1. LA PRIVATISATION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE L'INTERDIT PÉNAL	195
§.1 – La fonction cathartique de l'interdit pénal prise en compte par le législateur	196
A – L'inclusion de la fonction cathartique de l'interdit pénal dans les infractions d'imprudence.....	196
1) <i>La répression unitaire de l'imprudence sous l'empire du Code pénal de 1810</i>	196
2) <i>La gradation des fautes pénales d'imprudence par le Code pénal de 1994</i>	198

B – L'inclusion de la fonction cathartique de l'interdit pénal dans les infractions intentionnelles	201
1) <i>La conformité de la réparation symbolique des victimes avec les principes éthiques du droit pénal</i>	201
2) <i>La cohabitation de la réparation symbolique des victimes avec les principes juridiques du droit pénal</i>	208
§.2 – La mise en œuvre de la fonction cathartique de l'interdit pénal par le juge	214
A – L'effet restaurateur de la qualification pénale des faits par le juge	215
1) <i>L'exigence d'une juste et précise qualification pénale des faits</i>	215
2) <i>Les obstacles procéduraux à une juste qualification pénale des faits</i>	219
B – L'interprétation jurisprudentielle influencée par la réparation symbolique	223
1) <i>Le report du délai de prescription de l'action publique</i>	224
2) <i>L'interprétation extensive des éléments constitutifs de l'infraction</i>	229
SECTION 2. LA PRIVATISATION DE LA FONCTION CATHARTIQUE DE LA PEINE	236
§.1 – La privatisation de la fonction cathartique de la peine prononcée	236
A – La réparation symbolique de la victime conditionnée par le prononcé de la peine	236
1) <i>L'indispensable sanction de la culpabilité pénale</i>	237
2) <i>La rétribution nécessaire de la culpabilité pénale</i>	239
B – La réparation symbolique de la victime conditionnée par le prononcé d'une peine proportionnée à la gravité du dommage	240
1) <i>La rétribution du dommage social causé par l'infraction</i>	240
2) <i>La rétribution du dommage privé causé par l'infraction</i>	244
§.2 – La privatisation de la fonction cathartique de la peine exécutée.....	247
A – La prise en compte de la réparation symbolique de la victime au stade de l'exécution des peines	248
1) <i>Les manifestations de la réparation symbolique dans la mise à exécution des peines</i>	248
2) <i>Les manifestations de la réparation symbolique dans l'application de la peine</i>	251
B – La nécessaire ouverture du procès <i>post-sententiam</i> aux victimes	255
1) <i>L'adaptation du droit de l'exécution des peines aux nouvelles finalités de la peine</i>	255
2) <i>La place légitime de la victime dans la phase d'exécution des peines</i>	257
CHAPITRE 2 -	264
LA RÉPARATION PATRIMONIALE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LE DROIT PÉNAL	2

SECTION 1. LE CARACTÈRE PROTÉIFORME DE LA RÉPARATION PÉNALE PATRIMONIALE	265
§.1 – La caractère symbolique de la réparation pénale patrimoniale	265
A – Le caractère symbolique du dommage causé au corps social	265
1) <i>Le caractère idéal de la valeur sociale pénalement protégée</i>	265
2) <i>Le caractère idéal du dommage causé au corps social</i>	269
B – Le caractère symbolique du dommage causé au corps social	272
1) <i>La nature émotionnelle du dommage causé au corps social</i>	272
2) <i>L'influence de la nature émotionnelle du dommage sur les modalités de sa réparation</i> ..	275
§.2 – Le caractère indemnitaire de la réparation pénale patrimoniale	278
A – Le caractère mixte du dommage causé au corps social	278
1) <i>Le caractère mixte du bien juridico-pénal appartenant exclusivement au corps social</i> ...	279
2) <i>La caractère mixte du dommage résultant de la lésion du bien juridico-pénal appartenant au corps social</i>	280
B – La finalité indemnitaire des peines réparant le dommage social mixte	281
1) <i>L'indemnisation du dommage causé au domaine public</i>	282
2) <i>L'indemnisation du dommage causé au Trésor Public</i>	285
SECTION 2. LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE DU DOMMAGE PRIVÉ PAR LA SANCTION PÉNALE	291
§.1 – La réparation patrimoniale du dommage privé par les mesures pénales	291
A – La réparation civile érigée en élément de la réponse pénale	291
1) <i>Le caractère obligation de la mesure de réparation</i>	292
2) <i>La dissolution des volets civil et pénal de la composition pénale</i>	294
B – La réparation civile érigée en réponse pénale autonome	296
1) <i>Le classement sans suite sous condition de réparation du dommage</i>	297
2) <i>La mesure de médiation pénale</i>	299
§.2 – La réparation civile du dommage assurée par la sanction-réparation	303
A – La pénalisation de l'obligation de réparer le dommage de la victime	303
1) <i>L'effectivité de l'obligation de réparer le dommage assurée par la sanction-réparation</i> ...	304
2) <i>La réinsertion de l'auteur recherchée par la sanction-réparation</i>	308
B – La réparation civile érigée en élément intrinsèque de la sanction pénale	311
1) <i>Une obligation civile revêtue des habits de la peine</i>	311
2) <i>Une sanction pénale poursuivant une finalité réparatrice</i>	313

DEUXIÈME PARTIE -	325
L'ASCENSION DES INTÉRÊTS PRIVÉS EN PROCÉDURE PÉNALE	325
TITRE 1 -	328
LA PRIVATISATION DU CADRE PROCÉDURAL DE L'INSTANCE PÉNALE	328
CHAPITRE 1 -	329
LE RÔLE ACCRU DES PARTIES PRIVÉES AU STADE DU DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE	329
SECTION 1. LE RÔLE DU PARQUET DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE	329
§.1 – L'appréciation de l'opportunité d'impulser l'instance par le parquet	330
A – La consécration du système de l'opportunité de la poursuite pénale	330
1) <i>Le rejet du système de la légalité de la poursuite pénale</i>	331
2) <i>Le système de l'opportunité de la poursuite pénale</i>	332
B – La prééminence du parquet dans l'impulsion de l'instance	336
1) <i>L'atténuation de la prééminence du parquet dans l'initiative de l'instance</i>	336
2) <i>Le renforcement de la prééminence du parquet dans l'impulsion de l'instance</i>	340
§.2 – L'impulsion de l'instance subordonnée à l'échec du règlement transactionnel du litige pénal	343
A – Le règlement transactionnel du litige pénal	344
1) <i>Le choix du règlement transactionnel du litige en amont de l'instance pénale</i>	344
2) <i>Le choix du règlement transactionnel du litige par l'impulsion d'une « instance en règlement transactionnel »</i>	349
B – L'encadrement du droit de transaction du parquet	354
1) <i>L'encadrement du droit de transaction du parquet par le consentement de l'auteur</i>	354
2) <i>L'encadrement du droit de transaction du parquet par le juge</i>	363
SECTION 2. LE RÔLE DE LA VICTIME DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE	371
§.1 – L'impulsion de l'instance par les « victimes pénales principales »	372
A – L'impulsion de l'instance par l'exercice de l'action pénale privée	373
1) <i>La saisine des juridictions de jugement par l'exercice de l'action pénale privée</i>	373
2) <i>La saisine des juridictions d'instruction par l'exercice de l'action pénale privée</i>	378
B – L'encadrement du droit de se constituer partie civile	383

1) <i>L'encadrement légal de l'exercice du droit de se constituer partie civile</i>	383
2) <i>L'encadrement jurisprudentiel de l'exercice du droit de se constituer partie civile</i>	386
§.2 – L'impulsion de l'instance par les « victimes pénales virtuelles »	390
A – La reconnaissance du droit d'impulser l'instance aux « victimes pénales virtuelles »	391
1) <i>La reconnaissance du droit d'impulser l'instance par le juge</i>	391
2) <i>La reconnaissance du droit d'impulser l'instance par le législateur</i>	393
B – L'encadrement de l'impulsion de l'instance par les « victimes pénales virtuelles »	397
1) <i>L'impulsion de l'instance encadrée par des considérations relatives au groupement</i>	397
2) <i>L'impulsion de l'instance encadrée par des conditions relatives à l'action</i>	401
CHAPITRE 2 -	410
LE RÔLE ACCRU DES PARTIES PRIVÉES DANS LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE	410
SECTION 1. LE RÔLE DES PARTIES À L'ACTION PUBLIQUE DANS LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE	410
§.1 – L'influence du parquet sur le déroulement de l'instance	411
A – L'influence du parquet sur le déroulement de l'instruction	411
1) <i>Le rôle du parquet dans la délimitation de la matière litigieuse</i>	412
2) <i>Le rôle du parquet dans la conduite de l'instruction</i>	414
B – L'influence du parquet sur le déroulement de l'instance en jugement	420
1) <i>Le rôle du parquet dans la conduite de l'instance en jugement classique</i>	420
2) <i>Le rôle du parquet dans la conduite de l'instance en jugement accéléré</i>	427
§.2 – L'influence du mis en cause sur le déroulement de l'instance	433
A – L'influence du mis en cause sur le déroulement de l'instruction	434
1) <i>L'étendue des prérogatives du mis en cause définie par son statut procédural</i>	434
2) <i>L'étendue des prérogatives du mis en examen dans la conduite de l'instruction</i>	438
B – L'influence du mis en cause sur le déroulement de l'instance en jugement	445
1) <i>Les prérogatives du mis en cause dans l'instance en jugement ordinaire</i>	446
2) <i>Les prérogatives du mis en cause dans l'instance en jugement accélérée</i>	454
SECTION 2. LE RÔLE DES PARTIES CIVILES SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE	459
§.1 – L'influence des parties civiles exerçant l'action pénale privée	459

A – L'influence des parties civiles sur le déroulement de l'instruction	460
1) <i>Le rôle de la partie civile dans la délimitation de la matière litigieuse</i>	460
2) <i>Le rôle de la partie civile dans la conduite de l'instruction</i>	464
B – L'influence des parties civiles sur le déroulement de l'instance en jugement ..	470
1) <i>Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement ordinaire</i>	470
2) <i>Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement accélérée</i>	476
§.2 – L'influence des parties civiles exerçant l'action civile	480
A – L'influence des parties civiles sur le déroulement de l'instruction	481
1) <i>Le rôle de la partie civile dans la délimitation de la matière litigieuse</i>	481
2) <i>Le rôle de la partie civile dans la conduite de l'instruction</i>	484
B – L'influence des parties civiles sur le déroulement de l'instance en jugement ...	487
1) <i>Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement ordinaire</i>	488
2) <i>Le rôle de la partie civile dans l'instance en jugement accélérée</i>	491
TITRE 2 -	500
LA PRIVATISATION DU CADRE PROCÉDURAL DU PROCÈS POST-SENTENTIAM	500
CHAPITRE 1 -	503
L'ASCENSION DES « PARTIES PRIVÉES » DANS L'INSTANCE EN AMÉNAGEMENT DE PEINE	503
SECTION 1. LE RÔLE DES « PARTIES PRIVÉES » DANS LE DÉCLENCHEMENT DE L'INSTANCE	504
§.1 – La répartition des rôles procéduraux des parties à l'instance	504
A – Le rôle du parquet dans le déclenchement de l'instance	505
1) <i>Les prérogatives du parquet dans les procédures ordinaires d'aménagement de peine</i>	505
2) <i>Les prérogatives du parquet dans les procédures simplifiées d'aménagement de peine</i>	509
B – Le rôle du condamné dans le déclenchement de l'instance	514
1) <i>Le droit d'action du condamné dans l'instance en aménagement de peine</i>	514
2) <i>La limitation du droit reconnu au condamné d'initier l'instance</i>	518
§.2 – La répartition des rôles processuels des acteurs n'ayant pas le statut de partie ...	524
A – Le rôle du juge dans le déclenchement de l'instance	524
1) <i>L'impulsion de l'instance par le Jap usant de son pouvoir d'auto-saisine</i>	525
2) <i>L'impulsion de l'instance par la saisine du Tap par le Jap</i>	530

B – Le rôle de la victime dans le déclenchement de l’instance	534
1) <i>Les tentatives de reconnaissance d’un droit d’action à la victime</i>	535
2) <i>La reconnaissance d’un droit d’action à la victime de lege feranda</i>	540
SECTION 2. LE RÔLE DES « PARTIES PRIVÉES » DANS LE DÉROULEMENT DE L’INSTANCE	545
§.1 – Le rôle des parties au stade du déroulement de l’instance	546
A – Le rôle du parquet sur le déroulement de l’instance	546
1) <i>Les prérogatives du parquet dans les procédures ordinaires d’aménagement de peine</i>	547
2) <i>Les prérogatives du parquet dans les procédures simplifiées d’aménagement de peine</i>	554
B – Le rôle du condamné sur le déroulement de l’instance	560
1) <i>Les droits du condamné dans les procédures ordinaires d’aménagement de peine</i>	560
2) <i>Les droits du condamné dans les procédures simplifiées d’aménagement de peine</i>	570
§.2 – Le rôle des acteurs n’ayant pas le statut de partie	575
A – Le rôle du juge dans le déroulement de l’instance	575
1) <i>Le rôle des juridictions de l’application des peines dans les procédures ordinaires</i>	576
<i>d’aménagement de peine</i>	
2) <i>Le rôle des juridictions de l’application des peines dans les procédures simplifiées</i>	586
<i>d’aménagement de peine</i>	
B – Le rôle de la victime dans le déroulement de l’instance	590
1) <i>Les incohérences du droit positif quant à la place de la victime dans l’instance en</i>	590
<i>aménagement de peine</i>	
2) <i>La légitime consécration de la victime en tant que partie à l’instance en aménagement</i> 594	
<i>de peine</i>	
CHAPITRE 2 -	604
LE RÔLE PASSIF DU CONDAMNÉ DANS L’INSTANCE EN PLACEMENT SOUS MESURE DE CONTRÔLE SOCIAL	604
SECTION 1. LA PRÉÉMINENCE DE L’INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L’INSTANCE EN	604
PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE JUDICIAIRE	
§.1 – Le rôle prégnant des autorités judiciaires	605
A – Le partage du déclenchement de l’instance entre le juge et le parquet	606
1) <i>Le rôle concurrent du juge et du parquet dans la phase préparatoire au déclenchement</i> 606	
<i>de l’instance</i>	
2) <i>La prééminence du parquet dans le déclenchement de l’instance en placement</i>	609
<i>sous surveillance judiciaire</i>	

B – Le rôle du juge et du parquet dans le prononcé et l'exécution de la surveillance judiciaire	614
1) <i>Le rôle du parquet aux stades décisive et exécutoire</i>	614
2) <i>Le rôle du juge aux stades décisive et exécutoire</i>	615
§.2 – Le rôle limité du condamné	620
A – Le rôle du condamné dans le prononcé de la surveillance judiciaire	621
1) <i>Le rôle du condamné dans la phase préparatoire</i>	621
2) <i>Le rôle du condamné dans la phase décisive</i>	626
B – Le rôle du condamné dans l'exécution de la surveillance judiciaire	628
1) <i>Le rôle du condamné dans les procédures modifiant les modalités d'exécution de la surveillance judiciaire</i>	628
2) <i>Le rôle du condamné dans les procédures affectant la durée de la mesure</i>	632
SECTION 2. LA PRÉÉMINENCE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L'INSTANCE EN PLACEMENT SOUS RÉTENTION OU SURVEILLANCE DE SÛRETÉ	637
§.1 – Le rôle prégnant des autorités judiciaire dans l'instance en placement sous rétention de sûreté	637
A – Le rôle des autorités judiciaires dans l'instance en placement sous rétention de sûreté	639
1) <i>Le rôle des autorités judiciaires dans l'élaboration de la décision de placement en rétention de sûreté</i>	639
2) <i>Le rôle des autorités judiciaires dans le suivi de la décision de placement</i>	645
B – Le rôle du condamné dans l'instance en placement sous rétention de sûreté ..	647
1) <i>Les droits du condamné dans l'élaboration de la décision de rétention de sûreté</i>	648
2) <i>Les droits du condamné dans l'exécution de la décision de rétention de sûreté</i>	651
§.2 – Le rôle prégnant des autorités judiciaire dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté	656
A – Le rôle des autorités judiciaires dans l'instance en placement sous surveillance de sûreté	656
1) <i>Le rôle des autorités judiciaires dans l'élaboration de la décision de placement en rétention de sûreté</i>	656
2) <i>Le rôle des autorités judiciaires dans l'exécution de la mesure de surveillance judiciaire</i> ..	662
B – Le rôle du condamné dans l'instance en placement sous rétention de sûreté ..	666
1) <i>Les droits du condamné dans l'élaboration de la décision de surveillance de sûreté</i>	666
2) <i>Les droits du condamné dans l'exécution de la décision de surveillance de sûreté</i>	671

CONCLUSION GÉNÉRALE	685
INDEX	691
BIBLIOGRAPHIE	697
TABLE DES MATIÈRES	776

Résumé de thèse

Il est traditionnellement admis que le droit pénal a pour fonction de défendre l'intérêt général, ce qui explique le rôle prééminent de l'État tout au long du processus répressif. Pourtant, l'analyse du droit positif met en exergue une extension de la fonction normative du droit pénal en direction des intérêts privés, individuels ou collectifs qui ne peut que bouleverser les fonctions traditionnellement assignées à la responsabilité pénale et à la sanction pénale qui l'accompagne. Parce que les intérêts privés concurrencent l'intérêt général dans l'ordre des valeurs protégées par les textes d'incrimination, les règles de la responsabilité pénale et les fonctions de la sanction pénale sont désormais sollicitées pour résoudre des litiges entre particuliers, et assurer la réparation du dommage causé par l'infraction. C'est en ce sens que l'on peut véritablement parler de « privatisation de la répression pénale », et parce que la configuration des acteurs au procès pénal n'est que le reflet des valeurs protégées par la norme pénale, l'introduction des intérêts privés dans le champ de protection de la loi pénale a naturellement entraîné une mutation de la répartition traditionnelle des rôles processuels du juge et des parties dans le procès pénal au profit des parties privées. Même si cette mutation a trouvé dans l'influence du modèle européen de procès équitable le terreau favorable à une telle évolution, celui-ci n'a joué qu'un rôle de catalyseur dans l'ascension des parties dans la maîtrise de la direction de l'instance pénale comme dans la maîtrise de la matière litigieuse. Nous en voulons pour preuve l'émergence dans le procès pénal de certains principes directeurs propres au procès civil, tels que le principe d'initiative et le principe dispositif.

Summary of thesis

It is traditionally allowed that the criminal law has as a function to defend the general interest, which explains the preeminent role of the State throughout the repressive process. However, the analysis of the substantive law puts forward an extension of the normative function of the criminal law in the direction of the private interests, individual or collectives which can only upset the functions traditionally assigned with the criminal responsibility and with the penal sanction which accompanies it. Because the private interests compete with the general interest in the order of the values protected by the texts from incrimination, the rules of the criminal responsibility and the functions of the penal sanction from now on are requested to solve litigations between individuals, and to ensure the compensation for the damage caused by the infringement. It is in the sense that one can truly speak about "privatization of penal repression", and because the configuration of the actors to the criminal trial is only the reflection of the values protected by the penal standard, the introduction of the private interests into the field of protection of the criminal law naturally involved a change of the traditional distribution of the processual roles of the judge and parts in the criminal trial with the profit as of private parts. Even if this change found in the influence of the European model of fair trial the compost favorable to such an evolution, this one played only one catalyst part in the rise of the parts in the control of the direction of the penal authority as in the control of the litigious matter. We want of it for proof emergence in the criminal trial of certain guiding principles suitable for the suit at law, such as the principle of initiative and the principle device.

Mots-clés : privatisation, victimes, intérêts privés, intérêt général, procès pénal, procès civil, procès équitable, action pénale privée, sanction pénale, responsabilité pénale, responsabilité civile, réparation, indemnisation, assurance

Key words : privatization, victims, private interests, general interest, criminal trial, suit at law, fair trial, deprived criminal proceedings, penal sanction, criminal responsibility, civil responsibility, repair, compensation, insurance