



centre de recherche interdisciplinaire
sur la déviance et la pénalité

Institut JUR-I UCLouvain

Françoise Tulkens

La justice négociée

Document de travail
du Département de Criminologie et de Droit Pénal
de l'Université catholique de Louvain

n° 37 – 1995

Cette étude fait partie d'une recherche collective menée depuis deux ans, au sein de l'ARPE (Association de Recherche Pénale Européenne), sous la direction du professeur Mireille Delmas-Marty, sur le thème : « Les procédures pénales d'Europe ». Elle couvre l'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, la France et l'Italie.

Un premier rapport a été publié en 1993 dans le numéro 15 des *Archives de politique criminelle* : « Prélude à une étude comparée des procédures pénales en Europe. Premiers repérages » (pp. 7 à 63).

Les résultats définitifs de la recherche seront publiés dans un ouvrage qui paraîtra aux Presses Universitaires de France, dans la collection Thémis, sous le titre : « Procédure pénale d'Europe », qui paraîtra en septembre 1995.

L'étude sur la justice négociée est mise en circulation restreinte pour avis, critiques et commentaires.

Fr. T.

La justice négociée

Françoise Tulkens

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

Président du département de criminologie et de droit pénal

Introduction

Au terme d'une décennie où, avec une singulière convergence dans de nombreux pays, différentes pratiques se sont développées en marge de la procédure pénale traditionnelle et se sont imposées sous la qualification (provisoire) de justice négociée, il nous semble nécessaire de faire le point. Tel sera l'objectif de cette contribution qui entend procéder à une double clarification. Clarification, tout d'abord, quant aux raisons de l'émergence de cette nouvelle forme de justice dans le champ pénal, au contexte dans lequel elle s'inscrit et aux rapports qu'elle entretient avec les autres "solutions de rechange" dans le système de justice pénale. Clarification, ensuite, en ce qui concerne la nature et les formes de la justice négociée ainsi que les objets auxquels elle s'applique ou elle ne s'applique pas. Sur cette base, nous tenterons, enfin, dans une perspective plus critique, de dégager les possibilités et les limites de ce qui est parfois présenté comme un nouveau modèle de régulation, au regard notamment des exigences de l'État de droit et des droits de l'homme. Nous pointerons également certains enjeux qui nous paraissent en cause en terme de légitimité et d'efficacité du système de justice pénale.

Pour éviter d'être pris au piège d'une certaine confusion qui règne dans ce domaine, il convient, dès le départ, d'apporter des précisions quant à notre objet. D'un côté, il est évident que le phénomène de la négociation se manifeste aussi bien en amont qu'en aval de la règle de droit, c'est-à-dire aussi bien au niveau de la création de la loi (comme par exemple la négociation de la norme elle-même) qu'au niveau de sa mise en oeuvre (la gestion des contentieux). En l'espèce, dans le cadre de la recherche menée sur les procédures pénales en Europe, nous nous attacherons uniquement à ce dernier aspect, c'est-à-dire aux procédures négociées dans le cadre du procès pénal¹. D'un autre côté, la

¹. Nous n'aborderons pas la question de la justice des mineurs où la justice négociée, bien connue depuis longtemps, occupe une place particulière en raison de la spécificité de la fonction du juge des enfants. Voy. A. GARAPON et C. AMIEL, *Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance, Annales de Vaucresson*, 1987, pp. 17-42; M.T. MAZEROL, *Justice négociée: une expression ambiguë. Pour le magistrat un compromis entre deux types d'aspirations, Annales de Vaucresson*, 1988, pp. 77-99.

notion même de justice négociée peut être entendue dans un sens large ou dans un sens étroit. En nous démarquant légèrement de la perspective adoptée par M. Chiavario mais en adoptant la définition qu'il propose², nous prenons provisoirement le parti de l'entendre dans un sens large en ce sens que nous visons les différentes situations, de fait ou de droit, où le conflit pénal fait l'objet d'un "commerce" au sens étymologique du terme (*negotiatio*), c'est-à-dire d'un débat entre les parties pour aboutir à un accord. Les acteurs de la scène pénale (autorités policières et judiciaires, accusés, victimes) agissent, formellement tout au moins, comme des partenaires dans ce que l'on pourrait qualifier une "rencontre des volontés"³. L'expression de justice consensuelle⁴, à première vue paradoxale en droit pénal, ou celle de justice contractuelle, tout aussi singulière, serait peut-être, en définitive, plus adéquate pour rendre compte d'un phénomène où la notion d'accord entre les parties, chacune optant librement entre plusieurs voies, est centrale. Une justice concertée en quelque sorte. En revanche, nous écarterons, à défaut de cet élément dynamique de négociation, ce que l'on pourrait appeler les contrats d'adhésion comme les différentes formes de la transaction, que l'on connaît aussi bien en droit belge qu'en droit français⁵, où la loi organise une procédure d'extinction de l'action publique moyennant certaines conditions, et notamment le paiement d'une somme d'argent, même si ces conditions doivent, bien sûr, être acceptées par l'inculpé⁶. De même, au risque de tout inclure dans le concept de justice négociée et donc de lui faire perdre toute pertinence, nous n'y incluons pas les différentes situations de fait ou de droit où, pour reprendre l'expression d'A. Perrodet, il y a "participation du délinquant au processus pénal"⁷.

Enfin, une hypothèse traverse la lecture de cette matière. Nous avons déjà eu l'occasion de l'observer à de multiples reprises: les modèles ne sont jamais purs en droit pénal⁸. Entre la justice négociée et la justice imposée, différentes interactions existent. Comme le souligne très justement Fr. Ost, "le modèle du droit imposé qui fonctionne à la

2. M. CHIAVARIO, La justice négociée: une problématique à construire, *Archives de politique criminelle*, 1993, n° 15, pp. 27-28.

3. *Ibid.*

4. Voy. J. PRADEL, Le consensualisme en droit pénal comparé, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, numéro spécial "Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Edouardo Correia, 1988, pp. 1-46; J.P. EKEU, Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé, Paris, Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1992; G.J.M. CORSTENS, Consensualiteit, *Delikt en Delinkwent*, 1994, pp. 4-8.

5. Notons que nous ne visons pas les transactions dans le droit pénal administratif où l'activité transactionnelle est analysée comme "espace de négociation". Voy. E. SERVERIN, P. LASCOSMES et T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Paris, Economica, 1987, p. 173.

6. J. PRADEL, *Procédure pénale*, 6ème éd., Paris, Cujas, 1992, n° 182, pp. 177-178; H. BOSLY, *Elément de droit de la procédure pénale*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1994, pp. 59 et s. Voy. aussi *infra*. section 2. Formes et objet des procédures négociées, § 2. Du côté de la poursuite.

7. A. PERRODET, *La participation du délinquant au processus pénal*, Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, D.E.A de droit pénal et de politique criminelle en Europe, année 1991-1992. Dans certains cas, en effet, l'intervention de la justice requiert le consentement ou l'acceptation de l'accusé, comme par exemple en ce qui concerne la suspension du prononcé de la condamnation

8. Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2ème éd., Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 86-87.

hiérarchie et au secret est plus contractuel que l'image que l'on en retient. Inversement, les différentes formes de droit négocié cachent assurément divers mécanismes de contrainte plus ou moins apparents. Dans bien des cas, il sera difficile de voir laquelle de ces deux logiques prévaut, tant elles sont enchevêtrées⁹.

Section 1. L'émergence de la justice négociée dans le champ pénal

§ 1. Des raisons qui se conjuguent

Différentes raisons se conjuguent pour tenter de comprendre pourquoi la justice négociée est entrée dans le champ pénal et comment elle s'y est acclimatée. A l'ère du dissensus, la justice négociée entend favoriser le consensus ou, à tout le moins, l'accord. Ces raisons sont à la fois externes au champ juridique et pénal et internes à celui-ci.

A. D'entrée de jeu, comme l'observent les auteurs qui se situent au niveau de la théorie générale du droit, la question du droit négocié "se détache sur fond de crise des régulations sociales et des régulations juridiques traditionnelles"¹⁰.

D'un côté, dans une société qui est devenue plus égalitaire, plus complexe et plus éclatée, les régulations fondées sur un modèle d'autorité ont perdu leur légitimité naturelle. Le rejet de l'Etat-providence est aussi le rejet d'un trop plein de réglementation qui appelle, à son tour, une certaine forme de dérégulation. Des lieux traditionnellement hiérarchiques comme l'école, l'église, l'armée, l'entreprise ou la police ont connu ces dernières années des remises en question qui les ont conduits à prendre en compte de nouvelles formes d'organisation et de gestion. Les réformes qui font appel aux notions de citoyenneté, de participation ou de communauté suggèrent des modifications radicales à la fois dans les politiques publiques et dans l'idéologie¹¹. Les politiques partenariales de prévention que l'on connaît actuellement en Belgique sont significatives de cette évolution¹², de même que les contrats de sécurité conclus entre le ministre de l'Intérieur et les administrations communales (et qui assurent à ces dernières des ressources nouvelles)¹³. En France, le réseau des instances locales de prévention de la délinquance ainsi que l'action de la délégation interministérielle à la ville, qui a contribué à la recherche

⁹. Fr. OST, Introduction au séminaire, Bruxelles, 1994, ronéo. Le droit négocié est, en effet, le thème des travaux (1994-1996) du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove.

¹⁰. *Ibid.*

¹¹. D. BASKIN, Community struggles. Community mediation and the public/private problem, *Crime and Social Justice*, 1988, p. 98.

¹². I. POULET, F. BRION et A. DUPONT, *Prévention en concertation au niveau local*, Bruges, Van den Broele, 1991; I. POULET, *Elasticité et résistance de l'informel*, U.C.L., Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail n° 35, 1994.

¹³. D. DE FRAENEN C. VERSLUYS et F. NOLLET, La gestation des contrats de sécurité, *Informations sociales*, n° 128-129, septembre 1994, pp. 9 et s.

de modes alternatifs de règlement des litiges dans les quartiers, s'inscrivent dans la même perspective¹⁴.

D'un autre côté, sur le plan juridique, l'évolution du droit imposé vers le droit négocié se manifeste dans de nombreux domaines où soit l'efficacité, soit la légitimité suggèrent d'autres modes d'intervention, plus souples, plus informels, moins coûteux aussi. Ainsi, par exemple les contrats de gestion des services publics entre l'État et les entreprises privées, la médiation dans les conflits familiaux¹⁵, la négociation dans les relations internationales¹⁶, la conciliation et l'arbitrage dans les conflits de travail¹⁷, les pactes sociaux et culturels¹⁸. Si le point commun entre ces différentes formes de négociation est le contractuel, force est de reconnaître que le phénomène n'est pas vraiment nouveau¹⁹. Le contrat social est, en effet, au fondement du droit moderne. En revanche, ce qui paraît plus original est le glissement qui s'opère du public vers le privé, avec un retour en force de l'individualisme. Le paradoxe est sans doute atteint en Belgique avec la loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire qui crée au sein du système de l'aide sociale, afin de remplacer une logique d'assistance par une logique de partenariat, les "projets individualisés d'intégration sociale" établis sous forme de relations contractuelles²⁰. Pour bénéficier des droits économiques et sociaux, par ailleurs consacrés dans la nouvelle Constitution du 17 février 1994 (art. 23), il convient d'adhérer à des contrats qui traduisent en fait des politiques unilatérales.

B. Au niveau de la logique interne du droit pénal, ce sont des raisons à la fois théoriques et pratiques qui expliquent le développement de la justice négociée dont il convient, pensons-nous, de situer l'origine dans le mouvement de transformation qui a marqué le pénal, dans les années 1970, suite au déclin de l'idéal de réhabilitation et à l'effritement de l'Etat-providence.

D'un côté, le droit pénal interventionniste et expansionniste est remis en cause sur le double plan de la légitimité et de l'efficacité, c'est-à-dire aussi bien sur le plan moral de l'adhésion aux valeurs et aux intérêts imposés par la norme que sur le plan opérationnel

14. A. WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale*, (thèse de doctorat en droit, université de Montpellier, 1992), Université de Lille III, Atelier national de reproduction des thèses, 1992.

15. B. BASTARD et L. CARDIA-VONECHE, *Le divorce autrement: la médiation familiale*, Paris, Syros Alternative, 1990; R. DINGWALL et J. EEKELAAR, *Divorce and Mediation and the Legal Process*, Oxford, Clarendon, 1988.

16. J. BERKOVITCH, *International mediation*, Beverly Hills, Sage, 1991; E. CANAL-FORGUES, A. LINDEN et L. LUCCHINI, *L'institution de la conciliation dans le cadre du Gatt: contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

17. A. COLOMER et J. BARTHELEMY, *La négociation collective d'entreprises*, Paris, Ed. Techniques et économiques, 1990.

18. P. CASSE, M.J. COUCHAERE et P.S. SEOL, *La négociation interculturelle*, Paris, Chotard, 1987.

19. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd. corrigée et augmentée, Paris, L.G.D.J., 1993, v° Consensus, pp. 102-103.

20. I. DECHAMPS, Programme d'urgence pour une société plus solidaire?, in *Questions de formation*

de sa mise en oeuvre. Si l'on entend par crise ce "moment d'une maladie caractérisé par un changement subit et généralement décisif en bien ou en mal"²¹, la revendication du droit à la différence et le "nothing works" manifestent bien à ce moment l'état de crise de la justice pénale. A cet égard, un règlement négocié de la solution des conflits paraît une solution plus aisément acceptée et plus facilement appliquée qu'un règlement imposé.

D'un autre côté, le phénomène de la surcriminalisation (*overcriminalisation*) révèle, au sein du système de justice pénale, un problème de capacité: la demande croît sans cesse alors que l'offre se rétrécit²². L'action de la justice devient sélective donc arbitraire, partielle donc partielle. Décriminalisation, dépénalisation, déjudiciarisation et diversion seront autant de tentatives pour juguler l'inflation et engager le pénal dans la voie de la diversification²³. Les "métamorphoses administratives" que l'on observe, par exemple, dans le droit pénal de l'entreprise, où la logique dominante est celle de la négociation, en sont une expression sur le terrain du droit pénal matériel²⁴, tout comme, sur le terrain du droit pénal formel, le recours à des modes extrajudiciaires de solution des conflits. Dans la mesure où il semble y avoir des limites objectives à la dépénalisation, une autre approche est d'agir au niveau de la réaction sociale et d'intervenir de manière plus souple, plus informelle. Les procédures de conciliation, de transaction et de médiation ainsi que les procédures accélérées et simplifiées, les premières servant bien souvent les besoins des secondes, apparaissent comme des conditions de survie du système. A la marge ou au coeur de certaines de ces procédures, nous verrons se glisser des éléments qui relèvent, directement ou indirectement, de la négociation. A cet égard, comme effet ou comme écho de l'approche interactionniste, il y a aussi l'idée que le droit pénal "vole" le conflit aux personnes qui y sont directement impliquées et qu'il importe de le leur restituer.

La justice négociée apparaît ainsi, en quelque sorte, comme le dernier volet de la recomposition du champ pénal qui est aujourd'hui sollicité par de nouvelles demandes: réagir à ce qu'on appelle la petite délinquance, la délinquance urbaine, visible, irritante, menaçante; lutter contre le sentiment d'insécurité; prendre en compte les intérêts (légitimes) des victimes.

21. P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 1977, t. 1, v° Crise.

22. Fr. TULKENS, *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux Etats-Unis à la fin des années 1960 (1975)*, Louvain-la-Neuve, Département de criminologie et de droit pénal, *Document de travail*, 17/1, 1987 (91 p.).

23. Voy. de manière générale, H. JUNG, *Alternativen zur Straffjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen*, Bonn, 1987.

24. A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, Mijs en Breesch, 1994, p. 42; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger*, Paris, Economica, 1993.

§ 2. La justice négociée et les solutions de rechange

Dans cette perspective, la justice négociée participe, au niveau procédural, à ce que les québécois appellent de manière significative, les "solutions de rechange": un droit pénal à contenu minimal, des peines et des mesures diversifiées, un recul de la peine d'emprisonnement, des modes alternatifs de règlements des litiges.

Même si ces différents dispositifs sont autonomes et ne se recouvrent que partiellement, la justice négociée entretient certainement des liens avec la médiation²⁵, notamment les programmes de médiation entre délinquants et victimes qui se développent autant en France²⁶ qu'en Angleterre²⁷, ainsi que la réparation, qu'il s'agisse d'une indemnisation ou d'une réparation symbolique²⁸. De même, elle s'inscrit dans une logique qui se rapproche de l'insertion locale de la justice pénale²⁹, de la justice de proximité³⁰ et la justice informelle³¹.

En l'espèce, il s'agira de voir comment et à quelles conditions la justice négociée peut véritablement participer à ces solutions de rechange.

§ 3. Des frontières qui se brouillent

La justice négociée, sous ses différentes formes, déborde et transforme le cadre des catégories traditionnelles du droit pénal.

D'un côté, la distinction public-privé tend à s'estomper. Considérée traditionnellement comme la *summa divisio* du droit positif, cette distinction radicale entre droit public et droit privé, fondée sur le postulat que le droit pénal est étatique par définition, est remise en cause par l'évolution du droit contemporain où l'on observe un phénomène de superposition, voire d'interférence, entre les intérêts privés et les intérêts publics à la répression³². La tendance à la privatisation de certains aspects du droit pénal

25. J. FAGET, La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et du désordre, *Déviance et société*, 1993, pp. 221-233; *La médiation: un modèle alternatif de résolution des conflits?*, Zurich, Schulthess polygraphischer, 1992; J. DE MUNCK, *La médiation en perspective*, Université catholique de Louvain, Les carnets du Centre de philosophie du droit, n° 15, 1992; Ph. COPPENS, Médiation et philosophie du droit, *Archives de politique criminelle*, n° 13, 1991, pp.13 et s.

26. Pour une typologie des différents modes de médiation pénale, cf. C. LAZERGES, Essai de classification des procédures de médiation, *Archives de politique criminelle*, n° 15, 1994, pp. 17 et s.

27. M.C. DESDEVISES, L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes: l'exemple britannique, *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 49 et s.

28. G. DAVIES et H. MESSMER, *Making Amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice*, London, Routledge, 1992; B. GALAWAY et M. WHRIGHTS, *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*, London, Sage, 1989.

29. A. WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale*, *op. cit.*

30. R. TOMASIC, *Mediation as an alternative to adjudication: rhetoric and reality in the neighbourhood justice movement*, Madison, University of Wisconsin, 1980.

31. R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, London, Sage, 1988.

32. Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Intruduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.*, pp. 107-108. Voy. aussi M. van de KERCHOVE, L'intérêt à la répression et

se renforce incontestablement ainsi qu'en témoigne, par exemple, la coexistence des actions civiles (mise en oeuvre par la victime) et publique (mise en oeuvre par le ministère public) devant les tribunaux répressifs, la décriminalisation de certaines infractions comme l'adultère en Belgique ou l'émission de chèques sans provision en France avec la substitution de sanctions civiles aux sanctions pénales autrefois applicables, la place de la réparation dans la politique de poursuite du ministère public qui, tout au moins en Belgique, ne peut proposer une transaction pénale que "lorsque le dommage éventuellement causé à autrui a été entièrement réparé"³³ ou encore le développement des services de sécurité privés. Par la participation active des personnes privées dans le procès pénal, qu'il s'agisse d'acteurs individuels ou collectifs, la justice négociée s'inscrit, elle aussi, dans ce mouvement de privatisation du pénal, ce qui renoue avec une tradition historique antérieure à la naissance de l'État moderne³⁴.

D'un autre côté, la distinction civil-pénal, qui constitue un prolongement de la distinction public-privé, tend également à s'atténuer. Le modèle du pénal comme intervention autoritaire et unilatérale de défense des valeurs sociales cède progressivement la place à un modèle civil de gestion contradictoire d'intérêts personnels.

§ 4. Les enjeux du débat.

Resituer, même à large traits, la justice négociée dans son contexte, et notamment son contexte historique, permet de prendre la véritable mesure du phénomène et d'éviter de l'idéaliser. D'une part, à travers les différentes formes de la justice négociée, dans le cadre du procès pénal, il s'agit bien souvent de réactiver la réaction sociale, de la rendre plus rapide, plus efficace, plus effective. Nous ne sommes pas loin de la vision d'un Durkheim pour lequel la fonction de la peine est essentiellement de nature symbolique, à savoir de "maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune"³⁵. D'autre part, sommes-nous vraiment devant une alternative? Nous ne le pensons pas (encore). A l'ordre juridique étatique s'ajoute, pour des besoins particuliers, l'ordre juridique négocié qui renforce, en définitive, le premier. Tels sont, pensons-nous, certains des enjeux du débat.

l'intérêt à la réparation dans le procès pénal, *in Droit et intérêt*, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, vol. 3, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 86 et s.

³³. Loi du 28 juin 1984 étendant pour certaines infractions le champ d'application de l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent.

³⁴. Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Intruduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.*, . 106.

³⁵. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 76.

Section 2. Formes et objets des procédures négociées

Dans les textes et dans les pratiques, les formes de la justice négociée sont relativement diverses. Elles ne répondent pas toutes parfaitement au modèle théorique ou à l'idéal type de la justice négociée mais elles y participent à des degrés divers. Formes ouvertes ou déguisées, modèle original ou copies, elles s'inscrivent, dans l'ensemble, dans la même philosophie: négocier la solution du conflit et contourner le procès. Ces formes de la justice négociée se situent à toutes les étapes du processus pénal où nous tenterons de les identifier et d'en préciser les contours au départ de la position des acteurs dans le procès et des pouvoirs qu'ils exercent. Tous les cas de figure de la justice négociée ne se déroulent toutefois pas de manière horizontale, c'est-à-dire au seul niveau de l'exercice d'un pouvoir. Dans certaines hypothèses, la justice négociée s'exerce aussi de manière verticale entre différents niveaux de pouvoir et nous devons évidemment en tenir compte.

§ 1. Le premier cercle

En amont de l'intervention judiciaire, les premières formes de la justice négociée se situent au niveau de la police. De la confrontation des forces de l'ordre et du délinquant potentiel, parfois en présence de la victime, résulte un accord qui prend la forme d'une "intervention suspendue" à certaines conditions (restitution ou dédommagement, engagement de bonne conduite et non récidive, informations, etc.). Ce premier cercle de la justice négociée est sans doute, quantitativement, le plus large mais, qualitativement, le plus méconnu. Il se déploie entièrement sur le registre de l'informel, de l'invisible et même du non dit car il n'y a pas de qualification particulière pour nommer cette justice de première ligne, celle du quotidien et du commissariat. D'emblée apparaît la double question de l'inégalité des positions et de la loyauté de l'accord.

Sans pouvoir examiner, dans les différents pays concernés, les pratiques au niveau de police, il peut être intéressant d'évoquer une décision judiciaire anglaise récente qui tout à la fois confirme l'existence de ces négociations policières et en tire les conséquences précisément sur le terrain constitutionnel du *due process*. En l'espèce, la police avait donné des assurances à un jeune inculpé qu'il ne serait pas poursuivi dans une affaire de meurtre s'il aidait la police et acceptait de témoigner pour l'accusation. En dépit de cette promesse, il fut néanmoins poursuivi. Tout en admettant que l'engagement de la police n'était pas autorisé, la *High Court of Justice* annule la procédure car elle estime que poursuivre quelqu'un après lui avoir promis qu'il ne serait pas poursuivi constitue un *abuse of process*³⁶.

³⁶ R. v. Croydon Justices, ex parte Dean, 19 février 1993, *Crim. L. Rev.*, 1993, pp. 759-761, Commentary.

§ 2. Du côté de la poursuite

Le deuxième cercle de la justice négociée se situe au niveau de l'action du ministère public, c'est-à-dire de l'organe de poursuite. Dans les systèmes dominés par le principe de l'opportunité des poursuites, il s'agit du lieu par excellence de la négociation même si, comme nous le verrons, les systèmes liés par le principe de la légalité des poursuites s'engagent dans des voies très similaires. Sans prétendre explorer toutes les formes existantes, nous nous limiterons à certaines situations qui nous paraissent les plus significatives.

A. Dans les cas où l'exercice de l'action publique est subordonné à une plainte de la victime (en matière d'injure, de diffamation ou d'infractions contre l'honneur des personnes), M. Chiavario observe, dans le droit de la procédure pénale en Italie, la possibilité d'accords extrajudiciaires préalables au dépôt de la plainte. Il y a même parfois, souligne-t-il, des "ouvertures légales" à certaines négociations pendant la procédure elle-même. Pour les infractions dont la poursuite est subordonnée à la plainte de la victime, la *remissione della querela* (le désistement de la plainte) aura pour effet d'éteindre l'action publique pour autant qu'il y ait acceptation de l'auteur présumé (art. 152 et sv. du Code pénal). Le ministère public peut, dès lors, tenter une conciliation officielle entre le plaignant et l'inculpé afin d'encourager la conclusion d'un accord (art. 564 du Code de procédure pénale)³⁷. Si, malgré son caractère relativement particulier, nous évoquons cette procédure, c'est afin de souligner l'élément de privatisation qu'elle comporte. Il s'agit d'une dimension importante de la justice négociée qu'il convient de souligner.

B. Dans le cadre de la politique de classement du ministère public, différentes modalités de suspension, d'interruption ou d'extinction de l'action publique se mettent progressivement en place dans de nombreux pays qui impliquent, à des degrés divers, un débat et un accord entre les parties concernées. Il s'agit de procédures, formelles ou informelles, qui s'inscrivent soit dans des procédures de classement sous condition, soit dans des procédures de médiation.

Comme nous l'avons suggéré, par rapport aux deux systèmes juridiques qui dominant l'organisation des poursuites, on assiste à un singulier renversement de perspective. Dans les pays gouvernés par le principe de la légalité des poursuites, les procédures négociées s'acclimatent plus aisément que dans les pays gouvernés par le principe de l'opportunité des poursuites qui paraissent s'y prêter plus naturellement.

³⁷. M. CHIAVARIO, La justice négociée: une problématique à construire, *op. cit.*, p. 27, note 1.

Enfin, comme l'observent de nombreux auteurs, ces procédures qui se mettent en place au niveau de la poursuite ont pour objet, sinon pour objectif, de trouver une solution nouvelle entre l'abandon des poursuites et la poursuite. Un échelon intermédiaire.

1) En Allemagne, la réforme de 1975- la plus importante sur le plan structurel- qui a aboli l'institution du juge d'instruction, a en même temps accordé au ministère public le pouvoir de classer l'affaire sous condition, ce qui constitue, "un modèle de reconnaissance légale d'une forme de justice consensuelle"³⁸. Aux termes du § 153 de la St. Po., en effet, le classement sous condition (*Vorläufiges Absehen von Klage*) peut être réalisé par le parquet avec le consentement du juge et de l'accusé. Comme l'observe J. Pradel, le consensualisme se présente, en l'espèce, sous une forme triangulaire: juge, parquet, inculpé³⁹. Cette procédure, qui est facultative (*kann*) s'appliquerait surtout en matière de délinquance économique⁴⁰.

Dans un système dominé par le principe de la légalité des poursuites, H. Jung qualifie cette situation de cohabitation avec le principe de l'opportunité des poursuites et il en situe l'origine dans une stratégie de diversion ou de "bagatellisation" par voie procédurale⁴¹. Cette réforme, observe-t-il, a modifié l'équilibre des pouvoirs et "stimulé le développement d'éléments de négociation dans l'enquête préliminaire"⁴². K. Tiedeman, quant à lui, parle de "plea bargaining non prévu par la loi et soumis à des limites assez floues par la jurisprudence constitutionnelle"⁴³.

2) En Belgique, la loi du 10 février 1994 qui organise une procédure de médiation pénale, inscrivant celle-ci "à l'ombre" de la transaction⁴⁴, prévoit que "le procureur du Roi peut convoquer l'auteur de l'infraction et, pour autant que le fait ne paraisse pas être de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou à réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. *Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités*" (art. 216 ter du Code d'instruction criminelle). L'objet de la médiation réside donc dans l'indemnisation et dans ses modalités. Il s'agit d'une disposition marginale de la loi mais qui seule- et encore sous certaines réserve- peut être qualifiée de médiation

38. *Ibid.*

39. J. PRADEL, Le consensualisme en droit pénal comparé, *op. cit.*, p. 12.

40. *Ibid.*; J. HERRMAN, Diversion and Mediation in Federal Republic of Germany, *Rev. int. dr. pén.*, 1983, p. 1049.

41. H. JUNG, Le procès pénal en République fédérale d'Allemagne, in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992, p. 112.

42. *Ibid.*

43. K. TIEDEMAN, Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme. Rapport général, *Rev. int. dr. pén.*, 1993, p. 822.

44. M. van de KERCHOVE, Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994, *J.T.*, 1995, p. 61.

puisque les autres dispositions ne sont que des formes nouvelles de transaction qui autorisent le ministère public à proposer d'autres conditions que la paiement volontaire d'une somme d'argent, en l'espèce soit la réparation du dommage causé par l'infraction, soit le suivi d'une thérapie ou d'un traitement médical adéquat (lorsque l'infraction résulte d'un état de dépendance à l'alcool, aux médicaments ou aux stupéfiants), soit l'exécution d'un travail d'intérêt général⁴⁵.

La lecture des travaux préparatoires quant à la procédure à suivre permet de repérer la trace de la négociation: "Celle-ci (la procédure consiste pour le procureur du Roi à convoquer simultanément ou à un autre moment la victime et à intervenir entre la victime et le prévenu afin de favoriser un accord. Tout en exerçant un rôle actif, le procureur du Roi ne peut pas intervenir comme arbitre mais il exerce un rôle d'intermédiaire. Il doit donc adopter une attitude de stricte neutralité. Il doit en tout cas se garder d'influencer les parties ou de les convaincre d'accepter une indemnisation. Chacune des parties peut se faire assister par un avocat, seule la victime pouvant se faire représenter. Enfin, si de véritables débats se développaient entre les avocats au cours de la médiation, le procureur du Roi ne pourrait que conclure que les conditions pour en arriver à une solution dans le cadre de la médiation font défaut"⁴⁶. La pratique de la médiation, qui est entrée en vigueur à partir du 1er octobre 1994, permettra de prendre la mesure de cette innovation.

Dans les travaux préparatoires encore, le contexte de la médiation est clairement évoqué: le recours à une "solution alternative" à l'intervention du juge est lié à l'impossibilité pour celui-ci de répondre au développement de la petite délinquance (les vols de voiture, les actes de vandalisme, etc.), "en raison à la fois de la lenteur de la procédure et du nombre de cas en attente de jugement" Dans cette perspective, la médiation consiste "à apporter une solution à la situation conflictuelle causée par une infraction en faisant appel à la collaboration responsable des parties"⁴⁷.

S'agit-il vraiment d'une médiation? En dépit de l'intitulé de la loi, observe M. van de Kerchove, il semble que cette forme de résolution des conflits s'apparente plus à ce que J.P. Bonafé-Schmitt appelle une "conciliation/réparation"⁴⁸. La médiation implique, en effet, l'intervention d'un tiers par rapport aux parties en procès, ce qui n'est pas le cas du ministère public. Ce dernier est directement intéressé à l'indemnisation de la victime puisqu'elle constitue une condition légale de l'extinction de sa propre action.

⁴⁵. Il est intéressant d'observer le caractère hybride de ces prestations d'intérêt général. Elles ne sont considérées, dans le cadre de la procédure de médiation, ni comme des peines, ni comme des mesures probatoires mais comme des "conditions spécifiques d'extinction de l'action publique". En fait, comme l'observe à juste titre M. van de Kerchove, "seule l'exclusion de ces différentes qualifications est susceptible de justifier l'intervention du ministère public" (*ibid.*, p. 63, note 38). Celle-ci reste, à notre avis, injustifiable.

⁴⁶. *Ibid.*, p. 64

⁴⁷. *Ibid.*

⁴⁸. J.P. BONAFE-SCMITT, *La médiation: une justice douce*. Paris, Syros, 1992, p. 107; M. van de KERCHOVE, *Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994, op. cit.*, p. 64.

3) En France, la médiation pénale é été introduite par loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale (art. 6) qui modifie l'article 41 du Code de procédure pénale⁴⁹. Dans le cadre du principe de l'opportunité des poursuites, la loi offre au parquet une troisième voie. Il peut, en effet, décider soit de poursuivre, soit de classer, soit désormais d'entreprendre une médiation pénale (art. 41). C'est donc le parquet qui est investi du pouvoir de décider une médiation⁵⁰. Mais cette procédure ne peut toutefois être réalisée qu'avec l'accord de toutes les parties (victime, délinquant), à toutes les étapes de la médiation. Celles-ci doivent être clairement informées de leur droit et du contexte juridique dans lequel s'inscrit la médiation, c'est-à-dire une décision de classement qui n'est jamais définitive et qui n'empêche pas, ultérieurement, l'ouverture de l'action publique, avec éventuellement une constitution de partie civile. Dans ce cadre, quant au fond cette fois, la médiation ne peut être envisagée que si elle est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, si elle permet de mettre fin au trouble qui résulte de l'infraction et si elle est de nature à contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. Il s'agit des mêmes conditions que celles qui sont prévues aux articles 132-59 et 132-60 du Code pénal en matière de dispense et d'ajournement de la peine.

Si, au départ, le rôle du médiateur consiste, comme l'observe D. Salas, à "faciliter la confrontation, à faire préciser les points de vue de chacune des parties", il s'étend aussi, "une fois ce travail de débrouillage réalisé", à la conclusion d'un accord⁵¹. Le médiateur, en l'espèce, n'est pas un arbitre mais un conciliateur qui non seulement facilite la négociation entre les parties mais exerce aussi "une fonction plus dynamique, notamment par la possibilité qu'il aurait de proposer aux parties un projet d'accord"⁵². En d'autres termes, comme en matière administrative, le médiateur ouvrirait "un espace de négociation"⁵³.

Quelle est, en définitive, la portée de la médiation? "Nous sommes loin ici, observe D. Salas, d'une justice pénale alternative fondée sur la dépénalisation et la concorde. Plutôt que de supposer un espace d'harmonie sociale, il faut y voir une série d'interactions où différentes institutions à la fois sociales et étatiques composent un système sous le contrôle de l'État...En posant le plus souvent la question de l'*indemnisation* plutôt que celle de la *réparation*, la médiation pénale se place moins dans

⁴⁹. G. BLANC, La médiation pénale, *La Semaine juridique*, 1994, I, n° 3760, pp. 211-215.

⁵⁰. Si rien dans le texte n'interdit au procureur d'être lui-même médiateur, ce qui comme nous l'avons vu est la négation même de la médiation qui suppose par définition l'intervention d'un tiers, cette situation est déconseillée "au nom de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance qui doivent caractériser la mission de médiation" (*ibid.*, p. 214, n° 15). Dans les faits, ce sont le plus souvent des structures associatives qui interviennent.

⁵¹. D. SALAS, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, P.U.F., 1992, coll. Les voies du droit, p. 146.

⁵². G. BLANC, La médiation pénale, *op. cit.*, p. 214, n° 17.

⁵³. *Ibid.*, p. 215, n° 20.

l'optique d'une recherche de compromis facteur de paix sociale que dans celle d'une protection de droits patrimoniaux subjectifs garantis par le droit étatique"⁵⁴.

§ 3. Négociation horizontale et verticale

La justice négociée trouve son expression la plus achevée dans les procédures de *plea bargaining* ou de *guilty plea* que l'on connaît depuis longtemps aux Etats-unis⁵⁵ et que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de véritable contrat⁵⁶. Dans le modèle américain, le *guilty plea*, c'est-à-dire l'offre de plaider coupable, est généralement précédé d'un *plea bargaining*, c'est-à-dire (littéralement) une négociation quant au choix du système de ce qui sera plaidé. Les termes de la négociation peuvent être soit la peine (*sentence bargaining*), soit les chefs d'inculpation (*charge bargaining*). Dans le premier cas, il s'agit d'une négociation verticale dans la mesure où l'accord donné par l'organe de poursuite lie le juge du fond; dans le second cas, il s'agit d'une négociation horizontale qui se déroule entièrement au niveau de la poursuite entre l'inculpé et le ministère public qui peut disqualifier ou requalifier les faits⁵⁷.

Ces procédures ont fait, aujourd'hui, une entrée remarquée sur la scène pénale dans de nombreux pays européens. Selon qu'il s'agit d'une négociation horizontale ou verticale, elles se situent soit au seul niveau de la poursuite, soit au double niveau de la poursuite et du jugement. L'enjeu de ces procédures? Négocier la solution du conflit ou prouver les faits.

La Recommandation R (87) 18 du 17 septembre 1987 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe sur la simplification de la justice pénale a sans doute joué un rôle moteur en cette matière. Elle suggère expressément la procédure de *guilty plea* (l'offre de plaider coupable) dans la perspective de l'accélération de la justice. Lorsque le prévenu reconnaît volontairement les faits, il ne doit pas rester trop longtemps dans l'incertitude

⁵⁴. D. SALAS, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, op. cit., pp.147-148.

⁵⁵. Sur l'histoire du *plea bargaining* aux U.S.A. et en Angleterre, cf. A.W. ALSCHULER, *Plea bargaining and its history*, *Columbia Law Review*, 1979, pp. 1 et s; Fr. TULKENS, Le rôle et les limites de la fonction juridictionnelle dans la justice pénale aux Etats-Unis, in *Pouvoir judiciaire et fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 502 et s. et les références citées; B. DE SMET, De versnelling van de rechtspleging met instemming van de verdachte. Is de invoering van een "guilty plea" naar Angelsaksich model wenselijk?, *Panopticon*, 1994, pp. 422-423.

⁵⁶. R.E. SCOTT et W.J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, *Yale Law Review*, 1992, pp. 1959.

⁵⁷. B. DE SMET, De versnelling van de rechtspleging met instemming van de verdachte. Is de invoering van een "guilty plea" naar Angelsaksich model wenselijk?, op. cit., p. 424. Toutes les infractions, mêmes les plus graves, peuvent faire l'objet de cette procédure qui règle près de 90% des affaires aux Etats-Unis et à défaut de laquelle, concrètement, la justice ne pourrait être rendue. La Cour suprême exerce toutefois son contrôle sur les termes de l'accord qui doivent respecter les exigences du *due process*. Ainsi, il a été jugé qu'ils ne pouvaient être obtenus par la contrainte (*Brady vs. U.S.*, 397 U.S. 742, 1970).

quant à la peine. Dans ce cas, il convient de simplifier les règles du procès⁵⁸. En l'espèce, la simplification porte essentiellement sur la question de la preuve des faits qui ne doit plus être rapportée, ce qui offre pour la justice le double avantage de décharger les organes de poursuite, d'instruction et de jugement et d'accélérer l'issue du procès qui se limite au prononcé de la peine. En échange- car, rappelons-le, il s'agit bien d'une procédure d'échange-, le prévenu peut compter sur une réduction de peine, soit prévue par la loi, soit accordée par le juge. Un régime que l'on pourrait qualifier de compensation en échange de l'abandon du droit d'être jugé au fond qui, dans certains pays, est un droit constitutionnel. Le *guilty plea* est, à ce titre, le résultat d'un accord entre parties qui "disposent" en quelle que sorte de la procédure.

Simplicité, rapidité, efficacité sont les thèmes qui dominent le débat. Si certains pays semblent privilégier le *guilty plea* pour accélérer la procédure, d'autres paraissent surtout chercher, par ce moyen, à renforcer l'efficacité du système⁵⁹, le "dénominateur commun étant l'aspiration à une justice moins gaspilleuse de ses énergies et de ses ressources, en relation avec le grand courant de la diversion"⁶⁰. Ajoutons une nuance à ce constat: la rigueur de la règle de l'exclusion de la preuve, qui existe dans certains pays et qui tend à s'imposer dans d'autres, n'est pas étrangère à une certaine volonté de renoncer, surtout dans les matières complexes, à la charge de la preuve.

A. En Allemagne, le principe de l'instruction (*Instruktionmaxime*), qui impose aux autorités le devoir de rechercher la vérité, s'oppose, théoriquement, au principe de la négociation (*Verhandlungsmaxime*)⁶¹.

En dépit de sérieuses objections doctrinales⁶², le *plea bargaining* est néanmoins une pratique de plus en plus largement utilisée⁶³, notamment dans le but d'accélérer la procédure. Des arrangements informels (*informelle absprachen*) interviennent, surtout dans les affaires complexes, à la suite de discussion entre l'avocat, le ministère public et le tribunal. Dans la négociation, la reconnaissance de certains faits par l'accusé entraîne une promesse par le juge, désormais dispensé de l'établissement de la preuve, d'une réduction de peine⁶⁴.

⁵⁸. Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation R(87)18 du 17 septembre 1987, Exposé des motifs, p. 33.

⁵⁹. B. DE SMET, De versnelling van de rechtspleging met instemming van de verdachte. Is de invoering van een "guilty plea" naar Angelsaksisch model wenselijk?, *op. cit.*, p. 421.

⁶⁰. M. CHIAVARIO, La justice négociée: une problématique à construire, *op. cit.*, p. 28.

⁶¹. H.H. KÜHNE, Germany, in C. Van Den Wyngaert (ed.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, London, Butterworths, 1993, p. 145

⁶². B. SCGÜNEMANN, Absprachen im Strafverfahren, *Deutscher Juristentag Gutachen*, 1990.

⁶³. H. JUNG, Le procès pénal en République fédérale d'Allemagne, in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁴. H.H. KÜHNE, Germany, in C. Van Den Wyngaert (ed.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, *op. cit.*, p. 157.

Les cours et tribunaux, et même la Cour constitutionnelle⁶⁵, reconnaissent implicitement cette stratégie, en veillant à "encadrer" la procédure et à la soumettre à certaines conditions afin que soient respectés les droits de la défense, l'égalité des citoyens ou la présomption d'innocence⁶⁶.

La question sans doute la plus critique est le caractère "quasi privé" de ces négociations qui échappent aux garanties juridictionnelles liées au caractère public du procès. L'absence de transparence permet toutes les dérives.

B. En Angleterre, le système de justice pénale ne pourrait fonctionner sans le *guilty plea* de la majorité des accusés, ce qui dispense le tribunal de l'établissement de la preuve⁶⁷. Dans les faits, le *guilty plea* s'organise souvent à travers un jeu de qualifications alternatives (ainsi, par exemple, un accusé du chef de viol qui conteste les faits acceptera de plaider coupable d'attentat à la pudeur). Sauf dans les cas où la peine est déterminée de manière fixe, le *guilty plea* entraîne une réduction de la peine (*sentence discount*) qui, en fonction des circonstances et surtout du moment où l'accusé plaide coupable⁶⁸, peut aller jusqu'à un tiers⁶⁹. Les raisons invoquées pour justifier cette diminution de la peine qui, d'une certaine manière érode le principe de proportionnalité de la sanction, sont l'économie des ressources de la justice et, dans certains cas, la protection des témoins qui sont ainsi épargnés de dépositions traumatisantes. Dans cette logique qui est surtout manageriale dans la mesure où elle concerne la gestion des cours et tribunaux, il est important que la reconnaissance de culpabilité intervienne le plus tôt possible, avant que ne soit engagée l'instruction de l'affaire. Dans un cas récent, la Cour d'appel estime qu'au plus tôt l'accusé plaide coupable, au mieux il en sera pour l'administration de la justice, ce qui explique sa décision: "the earlier the plea the higher the discount"⁷⁰.

Comme en définitive cette pratique semble convenir à toutes les parties, aussi bien à l'accusé et à son conseil qu'à la police, au *Crown Prosecution Service* et au juge, différents incitants sont prévus afin d'encourager les accusés à plaider coupable. Les incitants majeurs sont soit une réduction des charges, soit une réduction de la peine qui, dans les deux cas, fait l'objet de négociations entre les parties. Tel est l'objet du *plea bargaining*. Si, officiellement, celui-ci n'a pas de place en droit anglais⁷¹, des pratiques

65. Bundesverfassungsgericht, 27 janvier 1987, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, p. 419.

66. Bundgerichtshof, 7 juin 1989, *NStz*, 1989, p. 438; Bundgerichtshof, 4 juillet 1990, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 3030.

67. A.T.H. SMITH, England and Wales, in C. Van Den Wyngaert (ed.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, *op. cit.*, p. 92.

68. House of Lords, Cain (1976), *Crim. L. Rev.*, p. 464.

69. M. ZANDER, *A Matter of Justice. The Legal System in Ferment*, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 189.

70. R. Hollington and Emmens, (1986), 82 Cr. App. R. 281.

71. Wise, 1979, R.T.R., p. 57.

en ce sens se développent néanmoins informellement et l'on assiste aujourd'hui à une "superposition...plus franchement reconnue que jadis de certaines pratiques de 'plea bargaining' dans l'ancienne institution du 'guilty plea' "72.

En ce qui concerne les négociations sur les inculpations (*charge bargaining*), comme l'observe J. Spencer, le *prosecutor* et l'avocat de la défense discutent le contenu des charges et arrivent un accord aux termes duquel le premier est prêt à limiter certaines d'entre elles en échange d'une promesse de déclaration de culpabilité⁷³. Quant à la négociation sur la peine (*sentence bargaining*), à première vue difficilement conciliable avec la nécessaire neutralité du juge dans le modèle accusatoire, elle paraît également d'usage courant⁷⁴. De manière informelle, soit l'avocat s'informe sur la réduction de peine que le juge serait prêt à accorder si son client plaide coupable, soit le juge prend lui-même l'initiative de convoquer dans son bureau le procureur et l'avocat de la défense pour une négociation sur la peine⁷⁵.

Les dangers de ces procédures officieuses sont très généralement soulignés: danger pour le coupable d'échapper à la peine, danger pour l'innocent de plaider coupable "de force", contre les faits⁷⁶. En outre, elles posent, aux yeux de certains, des problèmes à la fois sociaux et moraux. En ce qui concerne les inculpations, la question n'est plus de savoir si l'accusation a des preuves suffisantes pour établir la culpabilité mais si elle a des éléments suffisants pour induire une offre de plaider coupable. En ce qui concerne la peine, pourquoi, en définitive, accorder une peine plus légère à quelqu'un qui renonce au procès plutôt qu'à celui qui y recourt sinon pour donner un avantage à celui qui fait gagner du temps au juge? Une telle pratique est incompatible avec l'idée d'une juste peine (*just desert*)⁷⁷. Enfin, une recherche empirique menée par R. Hood révèle que le système de réduction des peines, joint à la tendance qui est plus grande dans certaines communautés ethniques de ne pas plaider coupable, a pour effet de soumettre ces minorités à un risque accru de condamnation à des peines d'emprisonnement et à des peines de longue durée⁷⁸.

S'il n'y a pas, en Angleterre, d'obstacle juridique à la conclusion d'accord entre l'organe de poursuite et l'accusé, en revanche le juge ne peut pas, en principe, y être impliqué. Dans l'arrêt *Turner* de 1970, qui est considéré comme un arrêt de principe, la cour d'appel rappelle qu'elle désapprouve les discussions entre la défense et le juge qui

72. M. CHIAVARIO, La justice négociée: une problématique à construire, *op. cit.*, p. 28.

73. J. SPENCER, Le procès pénal en Angleterre, in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, sous la direction de M. Delmas-Marty, Paris, P.U.F. coll. Les voies du droit, 1992, p. 129.

74. J. BALDWIN et M. McCONVILLE, *Negotiated Justice*, London, Robertson, 1977.

75. P. CURRAN, Discussing in the judge's private room, *Crim. L. Rev.*, 1991, pp. 79 et s.; R. v. Johnson and Loiraine (1990), *Crim. L. Rev.*, 1990, p. 661.

76. J. BALDWIN et M. McCONVILLE, *Negotiated Justice*, *op. cit.*

77. Negotiated justice. A closer look at the implications of plea bargains, *Justice*, London, 1993, p. 3.

78. R. HOOD, *Race and Sentencing*, 1992, p. 125.

pourraient donner l'apparence que ce dernier a donné, quant à la peine, des garanties qui le lieraient, quelle que soit l'issue des faits⁷⁹. Des décisions plus récentes vont dans le même sens⁸⁰.

La *Royal Commission on Criminal Justice*, créée en 1991 suite notamment aux récentes erreurs judiciaires qui ont secoué le pays (notamment les *Birmingham Six*) et que certaines n'hésitent pas à qualifier de "miscarriage of justice"⁸¹, a repris la question de l'admissibilité du *plea bargaining*⁸². Dans son rapport final, la commission, présidée par Lord Runciman, suggère d'introduire officiellement le *sentence bargaining* dans le système pénal anglais⁸³. En l'espèce, l'objectif est très précis. Il s'agit d'organiser sur des bases plus claires, dès la phase préliminaire, le système de réduction de peine afin d'éviter les *cracked trials*, c'est-à-dire les procès ajournés le jour même de l'audience parce que l'accusé ne plaide coupable qu'à ce moment. Juges, experts, témoins, etc. sont convoqués inutilement puisqu'il n'y aura pas de débat sur la culpabilité. L'audience est réservée pour un procès qui en fait est ajourné. Ces situations, jugées désastreuses sur le plan de l'économie des ressources, seraient très fréquentes. La recommandation proposée est, dès lors, un "changement d'approche": à sa demande, dès les premières étapes de la procédure, le juge devrait pouvoir donner à l'avocat de l'accusé des indications sur la peine qu'il prononcerait dans l'état du dossier. Ce *sentence canevas* devrait être proposé en présence de toutes les parties et consigné par écrit⁸⁴. En mai 1992, le *General Council of the Bar* publié le rapport d'un groupe de travail, présidé par R. Seabrook, qui va dans le même sens et qui recommande le *plea bargaining*. "as the single most effective form of judicial intervention to save court time and money"⁸⁵.

Ces propositions ont suscités, de différents côtés, des critiques sévères⁸⁶. D'emblée, la question des *cracked trials*, qui résultent des offres de plaider coupables à la dernière minute, fait l'objet de vues divergentes. Si beaucoup d'accusés attendent jusqu'au jour de l'audience pour éventuellement plaider coupable, c'est parce qu'ils

⁷⁹. Turner (1970), 2 Q.B. 321.

⁸⁰. R. v. Smith (1990), 1 All. E. R., 634 (la cour d'appel estime que les rencontres dans le bureau du juge devraient être rares et limitées au strict nécessaire); R. v. Keily (1990), *Crim. L.Rev.*, p. 204.

⁸¹. *Criminal Justice in Crisis. A broad analysis of the theory and politics of criminal justice in England*, ed. by M. McConville et L. Bridges, Cheltenham, E.Elgar publishing, 1994.

⁸². Pour des commentaires des travaux de la *Royal Commission on Criminal Justice*, cf. B. HUBER, Grossbritannien, in A. Eser/ B. Huber (Hrsg), *Strafrechtsentwicklung in Europa, 4.1, Landesberichte 1989/1992 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur*, Freiburg-im Breisgau, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1994, pp. 683-685.

⁸³. The Royal Commission on Criminal Justice, *Report*, Her Majesty's Stationery Office, juli 1993, pp. 110-114, n° 41 à 58.

⁸⁴. *Ibid.*, p. 113, n° 51.

⁸⁵. *The Efficient Disposal of Business in the Crown Court*, Report of a working party chaired by Robert Seabrook QC, May 1992.

⁸⁶. A. ASHWORTH, The Royal Commission on Criminal Justice. Plea, Venue and Discontinuance, *Crim. L. Rev.*, 1993, pp. 830 et s.; Negotiated Justice. A closer look at the implications of plea bargains, *Justice*, London, 1993.

veulent voir comment s'orientent l'affaire, la présence ou non de témoins, l'attitude du juge, etc. En fait, ce qui est déterminant dans le choix de l'accusé de plaider ou non coupable est moins la question de la peine que la perception qu'il a du risque d'une condamnation, ce qui affaiblit l'argument selon lequel un système plus organisé de réduction de peine favorisera les reconnaissances précoces de culpabilité. Par ailleurs, ce n'est souvent que le jour de l'audience que l'avocat rencontre son client et si ce dernier change son système de défense c'est le plus souvent sur la pression de son conseil. Enfin, si le système est surchargé ou mal chargé (des audiences vides, par exemple), il s'agit d'un problème de gestion qui incombe au gouvernement. Le management de l'administration de la justice pénale est une question technique qui appelle des solutions techniques.

En dépit de ces critiques, le *Criminal Justice Public Order Act 1994* reconnaît le principe d'une réduction de peine en échange d'un *guilty plea*. L'article 48 dispose, en effet, que le juge prendra en compte, dans la détermination de la peine, les étapes antérieures de la procédure au cours desquelles l'accusé a manifesté son intention de plaider coupable; s'il en résulte qu'il impose une peine moins sévère, celle-ci devra être prononcée en audience publique. L'objectif de cette disposition est donc d'encourager les accusés à plaider coupable le plus rapidement possible pour éviter au tribunal ou au jury des pertes de temps.

C. En Italie, le nouveau Code de procédure pénale de 1988⁸⁷ a introduit deux procédures qui "se fondent sur la reconnaissance légale de certains effets à l'accord conclu entre le parquet et l'accusé"⁸⁸. Il s'agit, dans un système qui reste dominé par le principe de la légalité de la poursuite⁸⁹, de procédures fondées sur le consentement des parties. En l'espèce, l'accord porte non pas sur la décision de poursuivre mais sur la mesure de la peine et/ou la forme du procès. L'objectif poursuivi semble surtout celui d'accélérer la procédure en raison, notamment, des nombreuses condamnations de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du délai raisonnable (art. 6. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

D'un côté, le code a officialisé une procédure qui existait depuis la loi du 24 novembre 1981, à savoir l'application de la peine sur la requête des parties (*applicazione*

⁸⁷. Sur la réforme de la procédure pénale en Italie, cf. M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, 2ème éd., Turin, 1990; G.D. PISAPIA; Le nouveau code de procédure pénale italien, *Archives de politique criminelle*, n° 13, 1991, pp. 115 et s.; P. TONINI et S. COLIZZI, Le nouveau code de procédure pénale italien, *Rev. sc. crim.*, 1989, pp. 206 et s. J.J. MILLER, Plea bargaining and its analogues under the New Italian Criminal Procedure, Code and the United States, *NYU Journal of International Law and Politics*, 1990.

⁸⁸. M. CHIAVARIO, La justice négociée: une problématique à construire, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁹. Ce principe est consacré par l'article 112 de la Constitution. M. Chiavario observe que la Cour constitutionnelle n'a pas, jusqu'à présent, estimé que la justice consensuelle était incompatible avec ce principe.

della pena su richiesta delle parti). Il s'agit de ce que l'on appelle, dans le langage courant, le *patteggiamento*. Pour les infractions qui sont susceptibles d'une peine de deux ans de détention au maximum, l'accusé et le ministère public demandent au juge d'appliquer la peine sur laquelle ils se sont mis d'accord. En d'autres termes, ils demandent au juge de sceller leur accord qui, en l'espèce, porte sur le choix d'une peine réduite. Le *patteggiamento* peut intervenir soit durant la phase préliminaire, soit pendant la phase de jugement. Si la procédure est acceptée, elle débouche sur un jugement qui pourrait encore, mais l'hypothèse serait rare, acquitter le prévenu. En cas de condamnation, sous réserve du contrôle de la légalité de la procédure par le juge prévue par l'article 27, al. 3, de la Constitution, ce dernier prononce la peine réduite, sans que la réduction puisse être supérieure à deux tiers⁹⁰. Aucune autre peine complémentaire ne sera prononcée contre l'accusé qui, en outre, ne sera pas tenu aux frais du procès. En échange, il renonce à son droit de contester les charges de l'accusation et d'interjeter appel. En d'autres termes, il y a, implicitement, admission de la culpabilité. Toutefois, si le juge refuse de sceller l'accord des parties et que la procédure se poursuit, la requête de l'accusé ne pourra être assimilée à un aveu. Si, en droit, cette nuance est importante, en fait elle nous semble difficile à maintenir.

D'un autre côté, le nouveau code a organisé, à côté du *patteggiamento*, une autre forme de justice consensuelle: le jugement abrégé (*giudizio abbreviato*). Cette procédure est applicable pour toutes les infractions, quelle que soit leur gravité et sans limitation quant au taux de la peine, à l'exception toutefois de l'emprisonnement à vie⁹¹. Ici, l'accord porte sur le choix d'une procédure abrégée par rapport à la procédure de jugement ordinaire. Dès la phase préliminaire, le juge peut accueillir la requête de l'inculpé d'être jugé "en état"⁹². Si le parquet marque son accord (ce qui l'empêche alors de modifier les charges), l'affaire sera jugée, non pas par le juge du fond, mais par le juge de l'enquête préliminaire, en l'état (*allo stato degli atti*), sur base du dossier de la poursuite et sans la publicité du procès. Les termes du jugement "abrégé" sont soit un acquittement, soit une condamnation à une peine qui sera réduite en principe d'un tiers. En outre, la condamnation ne figurera pas au casier judiciaire. L'accusé renonce à son droit de faire appel, mais non pas de se pourvoir en cassation⁹³. En revanche, il échappe aux effets d'une recherche de preuve plus approfondie qui pourrait déboucher sur de nouvelles charges.

⁹⁰. M. CHIAVARIO, Le procès pénal en Italie, *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, op. cit., pp. 81-82.

⁹¹. Il s'agit d'une restriction raisonnable imposée par la Cour constitutionnelle. Voy. P. CORSO, Italy, in C. Van Den Wyngaert (ed.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, op. cit., pp. 252-253.

⁹². M. CHIAVARIO, Le procès pénal en Italie, *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, op. cit., p. 82.

⁹³. *Ibid.*

Si la "justice consensuelle" a réduit la charge des tribunaux, elle suscite néanmoins des appréciations en sens divers. Certains avocats estiment, dans un calcul coût-bénéfice, que pour certaines affaires ils retirent plus d'avantages en recourant à tous les dispositifs de la procédure qui permettent de retarder le jugement; pour eux, l'accélération ne présente aucun profit. Inversement, d'autres craignent que le *patteggiamento* soit l'occasion pour les avocats de se débarrasser des affaires moins lucratives⁹⁴.

D. En Belgique, on ne connaît pas, en principe, le système du *guilty plea* (ni dès lors celui du *plea bargaining*), en ce sens que la reconnaissance des faits pendant la phase préliminaire ne dispense pas de l'établissement de la preuve par la juge ou par le jury.

La Commission pour le droit de la procédure pénale qui a été créée en 1991 n'a pas encore abordé la question des procédures négociées dans la mesure où la réforme qu'elle propose entend d'abord s'attacher aux questions les plus urgentes et notamment la procédure préparatoire⁹⁵.

E. La France ne connaît pas davantage le système du *guilty plea*. Dans son rapport préliminaire (1989), la Commission justice pénale et droits de l'homme rappelle que ce système soulève des réticences très fortes⁹⁶. Dans son rapport final (1990), la Commission estime toutefois souhaitable que le "choix effectué par l'accusé de 'plaider coupable' ou 'non coupable' soit pris en considération dans la procédure dont il fait l'objet"⁹⁷. Elle suggère, dès lors, trois propositions qui ont comme point commun un jugement plus rapide. La première proposition concerne une simplification de la mise en état du dossier: le fait de plaider coupable entraîne un assouplissement de la procédure, en ce sens que les investigations seraient limitées à l'enquête de personnalité. La deuxième proposition porte sur l'institution d'un classement judiciaire des poursuites : pour des infractions mineures et lorsque l'accusé reconnaît les faits, le ministère public pourrait requérir du juge l'arrêt des poursuites lorsque le trouble causé par l'infraction a cessé et que le dommage est réparé ou est susceptible de l'être. Dans ce cas, le juge déclare l'action publique éteinte et, le cas échéant, il donne force exécutoire à l'accord civil intervenu. La troisième proposition est un jugement immédiat par le juge, moyennant certaines conditions⁹⁸.

94. *Ibid.* p. 87.

95. Commission pour le droit de la procédure pénale, 1. *Rapport de la commission*. 2. *Avant-projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*. 3. *Enquête dans les milieux judiciaires*, Collection scientifique de la faculté de droit de l'université de Liège, Maklu, 1994.

96. Commission justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales. Rapports*, Paris, La documentation française, 1991, p. 67.

97. *Ibid.*, p. 158; voy. aussi, p. 119.

98. *Ibid.*, pp. 159-160.

Notons, toutefois, la pratique de la correctionnalisation judiciaire qui peut impliquer une certaine marge de négociation implicite puisque cette procédure requiert nécessairement l'accord de toutes les parties ainsi que du juge.

A travers cet examen, en droit comparé, des formes et des objets des procédures négociées, la définition de la justice négociée, telle que nous l'avons tentée au départ, peut se préciser. Négativement, comme l'observe J. Pradel, il n'y a pas de justice négociée "si l'accord se noue entre magistrats seuls"⁹⁹. Dans la justice négociée, en effet, un des présupposés est l'opposition d'intérêt des parties qui entrent dans la voie du compromis pour arriver à un accord. Il n'y a pas davantage justice négociée, poursuit le même auteur, "lorsque la loi se borne à offrir à une partie privée le choix entre deux possibilités, les magistrats ne pouvant que s'incliner devant tel parti" ou encore lorsqu'elle prévoit une diminution de peine en raison d'une cause d'excuse (l'excuse de dénonciation, par exemple, dans la délinquance de groupe)¹⁰⁰. Dans ces deux cas, en effet, le juge est tenu par les termes de la loi. Or, la justice négociée, quant à elle, implique, théoriquement, une liberté de choix des parties. Positivement, la justice négociée semble avoir pour objet le contournement des règles juridiques traditionnelles. Dans quel but? Contrairement à ce qui peut paraître à première vue, il ne s'agit pas de moins intervenir mais de mieux intervenir.

III. Possibilité, limites et enjeux de la justice négociée: des logiques enchevêtrées

Sous les différentes formes que nous venons d'évoquer, quelles sont à la fois les possibilités et les limites des procédures négociées? Quelles sont les ouvertures qu'elle crée et quelles difficultés suscitent-elles? Y a-t-il des limites naturelles à la négociation? De manière générale, l'analyse de Herbert Packer, en 1960, sur la logique des deux modèles de justice (*crime control, due process*) reste d'une singulière actualité¹⁰¹.

En l'espèce, nous nous limiterons à pointer certaines questions qui nous paraissent critiques au regard des principes fondamentaux de la procédure tels qu'il sont rappelés en France par la Commission justice pénale et droits de l'homme : prééminence du droit, protection des personnes, qualité du procès¹⁰². Ces principes recouvrent les exigences des droits de l'homme.

⁹⁹. J. PRADEL, Le consensualisme en droit pénal comparé, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁰. *Ibid.*, pp. 6-7.

¹⁰¹. H. PACKER, Two Models of the Criminal Process, *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, pp. 1 et s.

¹⁰². Commission justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales. Rapports, op. cit.*, pp. 111-124.

Dans l'état actuel des pratiques¹⁰³, la justice négociée se heurte, dans son processus, à des difficultés majeures.

§ 1. Un double déplacement de la fonction juridictionnelle

Au regard des différents pôles de pouvoirs détenus par le juge- investigation, contradiction, coercition, décision-, le développement de la justice négociée entraîne un double déplacement de la fonction juridictionnelle: celle-ci se replie vers l'amont et elle change de mains.

Au stade de la phase préparatoire ou de la phase intermédiaire, l'effet de certaines procédures négociées, comme par exemple le jugement abrégé ou le jugement sur la peine à la requête des parties en Italie, est de créer, comme l'observe justement D. Salas dans son analyse sur le rôle du juge, une sorte de "jugement anticipé"¹⁰⁴. Dès ce moment, se réalise une "fonction décisionnelle pleine" qui sort le système pénal du choix binaire non-lieu/renvoi en jugement. Il y a donc, selon la formule de D. Salas, "un déplacement du centre de gravité de la fonction juridictionnelle qui émigre vers l'amont"¹⁰⁵.

Ce premier déplacement, à son tour, en entraîne un autre: la fonction décisionnelle change de mains. A partir du moment où le prévenu choisit la procédure qui lui sera appliquée et où le juge entérine des accords négociés avec le ministère public, la fonction décisionnelle, au stade du jugement, lui échappe, en partie tout au moins.

Comment, par rapport à cette mutation, maintenir un sens au principe de la présomption d'innocence, ce fil d'or de la procédure comme le qualifie en Angleterre la Chambre des Lords, tel qu'il est expressément reconnu par l'article 6. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales? Si toute personne doit être considérée comme innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par un jugement, quelle est la portée de la présomption à partir du moment où l'inculpé lui-même, dès les premières étapes du procès, signe sa renonciation? Par ailleurs, à titre de corollaire, quelle sera encore la portée du droit de ne pas s'incriminer soi-même (*privilege against self-incrimination*)?

La décision en France du Conseil constitutionnel du 2 février 1995 selon laquelle l'article 35 de la loi relative à l'organisation des juridictions civile, pénale et administrative qui institue l'injonction pénale entre les mains du ministère public est contraire à la Constitution pèse d'autant plus lourd que les motifs avancés tiennent aux exigences élémentaires de l'Etat de droit: "Considérant qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait

¹⁰³. Voy. R. JUY-BIRMAN, *supra*, 2. La place des stratégies informelles.

¹⁰⁴. D. SALAS, *Le rôle du juge*, *supra* Titre II. Comparaison entre systèmes nationaux, chapitre 1. Acteurs et pouvoirs, section 3. Le rôle du juge.

¹⁰⁵. *Ibid.*

été déclaré coupable; qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité publique est garante de la liberté individuelle; que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République...; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties; qu'en matière de crimes et de délits, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle. Considérant que 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"¹⁰⁶

§ 2. Un procès pénal dual

A travers les procédures négociées, le modèle "pur" d'un juge qui recherche la vérité, détermine la culpabilité et prononce la peine au terme d'un débat sur le fond, contradictoire et public, tend progressivement à se déformer. Modèle "impur" pour autant? La question est complexe.

En Italie, ces procédures spéciales sont présentées par M. Chiavario comme "un jeu d'alternatives différenciées à la mesure de chaque situation"¹⁰⁷. En tant qu'elles permettent une justice simplifiée et accélérée, les procédures négociées rencontreraient les nécessités de la réaction sociale pour les contentieux de masse tandis que la procédure ordinaire serait réservée à un nombre plus réduit d'affaires, qui sera ainsi mieux traité. Une nouvelle ligne de partage au sein du système d'administration de la justice pénale: c'est une hypothèse qu'il conviendrait d'interroger. Mais, inversement, signe d'une logique enchevêtrée, certains voient dans le cas, par exemple, de la procédure abrégée lorsque celle-ci est demandée par l'auteur d'une infraction grave, une forme de privilège qui porte atteinte, dans l'opinion publique, au sentiment de justice¹⁰⁸.

En dernière instance, c'est l'image d'un procès pénal unique qui se brouille. Comme l'observe justement H. Jung, la procédure pénale tend à perdre son uniformité: "Petit vol, crime contre l'environnement et meurtre exigent leur propre structure de

¹⁰⁶. Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, *J.O.*, 7 février 1995, p. 2097.

¹⁰⁷. M. CHIAVARIO, *Le procès pénal en Italie, Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne, op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁸. *Ibid.*, p. 87.

procédure"¹⁰⁹. Comment toutefois maintenir l'idée d'une nécessaire diversité du procès sans tomber dans le piège d'un droit pénal dual dont les termes, simplificateurs, sont souvent ceux de la délinquance mineure et de la délinquance majeure? Seuls les extrêmes intéresseraient-ils le droit pénal?

Le risque d'une justice pénale à deux vitesses, une justice de luxe et une justice au rabais (*discount justice*), nous semble (trop) réel. La question critique, en l'espèce, est celle de la qualité de la justice.

§ 3. Une fiction: l'égalité des parties

Sur le plan théorique, un des présupposés des procédures négociées- que certains n'hésitent pas à qualifier de justice de marché¹¹⁰ - est l'égalité des parties. Il s'agit là, de toute évidence, d'une fiction. "Là où l'exclusion sociale entraîne, par l'exclusion de la culture, celle du droit, la justice des textes et des tribunaux, au lieu de la contrebalancer, redouble cette mise à l'écart"¹¹¹. Aux Etats-unis, où la pratique du *plea bargaining* est généralisée, les prisonniers appartiennent à la population la plus pauvre et aux minorités ethniques les plus défavorisées.

Dans le procès, toutes les inégalités des parties réapparaissent, inégalités de condition (origine sociale, niveau socio-économique, appartenance culturelle) mais aussi, pour reprendre les termes de P. Bourdieu, inégalités de position¹¹². Dans le cadre autoritaire de la justice pénale, qui reste largement inchangé, l'accusé, qui a tout à perdre et peu à gagner, se trouve nécessairement dans une position basse par rapport aux acteurs judiciaires dont le rôle social les situe nécessairement dans une position haute¹¹³.

Dans un contexte structurel de cet ordre, la liberté du "commerce" (*negotiatio*) est plus illusoire que réelle. Loin de contribuer à l'égalité des parties, les procédures négociées peuvent renforcer l'inégalité de celles-ci car "le contrat est aussi l'instrument privilégié de domination du fort sur le faible"¹¹⁴.

Concrètement, un problème crucial, commun à tous les systèmes qui connaissent ce type de procédure, est celui de la qualité de la défense, et donc des ressources qui permettent de bénéficier d'un avocat de qualité. L'analyse des pratiques administratives

109. H. JUNG, Le procès pénal en République fédérale d'Allemagne, in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, op. cit., p. 114.

110. F.H. EASTERBROOK, Criminal Procedure as a Market System, *Journal of Legal Studies*, 1983, p. 311.

111. H. LECLERC, Justice et exclusion, in *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, Série Morales, n° 16, octobre 1994, p. 144.

112. *La misère du monde*, sous la direction de P. Bourdieu, Paris, Seuil, 1993.

113. L. BOLTANSKI, *L'amour et la justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailie, 1990.

114. M-A. FRISON-ROCHE, 2+1 = la procédure, in *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, Série Morales, n° 16, octobre 1994, p. 193.

de transaction montrent que "ce sont les parties les plus préparées, les mieux armées qui négocient le mieux"¹¹⁵. En France, la Commission justice pénale et droits de l'homme subordonne la mise en oeuvre des réformes proposées "à une réforme profonde de l'aide accordée par l'État en matière pénale"¹¹⁶. Un autre problème, qui se superpose au premier, est le décalage culturel qui pèse lourdement dans la négociation et qui contribue, substantiellement, à "l'inégalité pénale"¹¹⁷.

En Angleterre, les pratiques du *guilty plea* suscitent de vives discussions qui portent sur le caractère personnel et volontaire de la procédure. L'affaire de Birmingham témoigne de la réalité des aveux extorqués par la police. Un accord peut toujours, d'une certaine manière, être sollicité. En outre, le risque de discrimination dans les procédures négociées est à ce point réel que la *Commission for Racial Equality* invite à revoir les pratiques de réduction des peines qui constituent des discriminations indirectes contre les accusés de couleur¹¹⁸. Or, il nous semble certain que, dans tous les pays, le nombre accru d'étrangers devant les cours et tribunaux marquera les prochaines décennies. L'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que les droits garantis par la Convention doivent être assurés sans discrimination de sexe, de race, de couleur.

En Allemagne, la réforme de l'enquête préliminaire devrait, pour beaucoup, renforcer les droits de la défense et "équilibrer la position forte du ministère public"¹¹⁹.

En Italie, enfin, la jurisprudence tente de limiter le poids du désaccord du ministère public, qui constitue un réel droit de veto, en exigeant qu'il soit motivé et soumis au contrôle du juge.

L'égalité des armes, qui est une condition nécessaire du contradictoire, reste un obstacle majeur. Le contractuel n'est pas nécessairement le juste: il peut même être "une source privilégiée de l'injustice"¹²⁰.

§ 4. La transparence

Justice et secret grincent comme lait et citron. Dans les procédures négociées, la difficulté majeure réside dans le caractère opaque et non transparent de ces procédures, ce qui renforce encore l'inégalité des parties. Celles-ci ne peuvent invoquer aucune

115. E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, op. cit., p. 249.

116. Commission justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales. Rapports*, op. cit., p. 141.

117. F. BRION, *L'inégalité pénale. Immigration, criminalité et système d'administration de la justice pénale*, Bruxelles, Services de programmation de la politique scientifique, 1994.

118. Negotiated Justice. A closer look at the implications of plea bargains, *Justice*, op. cit., p. 9.

119. H. JUNG, Le procès pénal en République fédérale d'Allemagne, in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, op. cit., p. 113.

120. M-A. FRISON-ROCHE, 2+1 = la procédure, op. cit., p. 199.

jurisprudence, aucun précédent. Le cas par cas devient aussi le face à face. En outre, privées de tout témoin, la justice négociée échappe au contrôle démocratique de la justice, par la presse notamment. Enfin, les victimes individuelles ou collectives sont également écartées du débat et n'ont pas voix au chapitre. Elles ne peuvent organiser leur défense et se sentent, bien souvent offensées. Cette situation est paradoxale avec un des objectifs des procédures négociées qui est de prendre en compte les intérêts des victimes.

En s'affranchissant, en tout ou en partie, des règles de procédure et de fond qui régissent le déroulement du procès, la justice négociée risque de devenir une justice de classe. Si l'accusé doit, d'une manière ou d'une autre, coopérer à son procès, il importe que ce soit dans un système ouvert, contradictoire, qui devra nécessairement être tant soit peu formalisé.

§ 5. Simplifier est complexe

Le thème de la simplification, en vue principalement de l'accélération de la justice, est omniprésent dans le débat sur la justice négociée¹²¹. Mais simplifier quoi? et pour qui? Contourner le procès raccourcit le parcours, certes. Mais au bénéfice de qui? Nous ne pensons pas que ce soit toujours au bénéfice de l'accusé ni de la justice. Dans la forme judiciaire de la procédure, le juge est un tiers, impartial, qui doit conduire le procès et organiser le débat. De la contradiction des points de vue, qui auront été entendus, se dégagera un jugement, motivé, qui mettra fin à la discussion. "Ainsi, la justice ne vient certainement pas d'une diminution du pouvoir procédural du juge mais bien d'un accroissement de ce dernier, car il est le garant des droits des parties, notamment de la partie la plus faible"¹²².

La majorité des critiques du *plea bargaining* en Angleterre soulignent que cette procédure ne sert en définitive que les intérêts des juges et des avocats. En Italie, si les procédures simplifiées reçoivent un accueil favorable dans le Nord, en revanche elles suscitent de la méfiance dans le Sud car elles diminuent les ressources des avocats qui sont nombreux. Dans un sens ou dans un autre, ceci montre bien que ce sont les professionnels du droit qui dominant le jeu. Faire peser la responsabilité - et la charge - de la simplification et de l'accélération de la procédure sur l'accusé est une manière de déplacer du problème. Les problèmes de gestion du système pénal, bien réels sans nul doute, requièrent des solutions administratives plutôt que des changements dans la règle de droit. Le paradoxe, en l'espèce, qui traduit une singulière dégradation de l'État de

121. Sur la simplification et l'accélération de la procédure pénale en droit comparé, cf. K. TIEDEMAN, Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme. Rapport général, *Rev. int. dr. pén.*, pp. 820-823, n° 10 à 12 et 838-840, n° 37-40.

122. *Ibid.*, p. 204

droit, réside dans le fait que des considérations pratiques l'emportent sur les exigences de l'application de la loi.

En filigrane de la question de la simplification, c'est la question de l'efficacité de l'administration de la justice pénale qui est posée. Mais l'efficacité devient un mythe si elle se borne à traduire, dans le champ pénal, la rationalité économique qui domine le fonctionnement de notre société¹²³. La question de l'efficacité doit être envisagée de manière intégrée. Quelle efficacité voulons-nous pour la justice pénale: *crime control* vs. *due process*? Et avec quels moyens? En tout état de cause, l'efficacité doit rester subordonnée à la justice.

Simplifier est une affaire complexe. Il s'agit moins de limiter le droit que de donner accès au droit; il s'agit moins de détourner la procédure que de l'améliorer; il s'agit moins d'accélérer la justice que de la rendre. Assurer le droit au procès, qui est également un droit de l'homme, est aussi une chose très simple.

En définitive, si les procédures négociées veulent prétendre au statut d'alternatives et "favoriser l'émergence de nouveaux modes de régulation sociale"¹²⁴, elles doivent être entourées de garanties réelles. A cet égard, il ne s'agit pas seulement de prévoir un contrôle formel, par le juge, de la légalité du résultat de la négociation, ce qui constituerait une simple "relégation de surface"¹²⁵, mais il convient surtout d'assurer ce contrôle tout au long du processus de la négociation elle-même. A défaut, le risque existe que les procédures négociées ne soient guère autre chose, à l'ère de la dérégulation et du néolibéralisme, que l'introduction de l'économie de marché dans l'administration de la justice pénale.

123. M. van de KERCHOVE, Médicalisation et fiscalisation du droit pénal: deux versions asymétriques de la dépenalisation, *Déviance et société*, 1981, p. 14. Voy. aussi A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, op. cit., pp. 41-42.

124. M. van de KERCHOVE, Médiation et législation, in *Médiation et modes alternatifs de résolution des conflits*, op. cit., 1992, pp. 331 et s.

125. E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, op. cit., p. 250.