

**Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles  
d'Aix-Marseille Université (EA 4690)**

**Mission de recherche Droit et justice**

# **Les enjeux de la déjudiciarisation**

Sous la direction de Sylvie CIMAMONTI  
et Jean-Baptiste PERRIER

Recherche réalisée dans le cadre de la convention n° 216.03.11.34  
3 mars 2016 – 3 mars 2018





Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et justice intitulée « **Les enjeux de la déjudiciarisation** » (convention n° 216.03.11.34).  
Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.





## Liste des contributeurs et des participants à la recherche

Alexis ALBARIAN

*Maître de conférences à Aix-Marseille Université*

Corinne BLERY

*Maître de conférences à l'Université de Caen*

Cédric BOCHEREAU

*Vice-Président du TGI de Clermont-Ferrand (coordonnateur des juges d'instance)*

Nicolas CATELAN

*Maître de conférences à Aix-Marseille Université*

Sylvie CIMAMONTI

*Professeur à Aix-Marseille Université*

Vincent EGEA

*Professeur à Aix-Marseille Université*

Florian ENGEL

*Doctorant à Aix-Marseille Université*

Aurélia FAUTRE-ROBIN

*Maître de conférences à l'Université Clermont-Auvergne*

Natalie FRICERO

*Professeur à l'Université de Nice*

Véronique GUERIN-WACONGNE

*Notaire à Digne-les-Bains*

Danièle GUEYDAN

*Médiatrice, Association Résonances*

Cédric HELAINE

*Doctorant à Aix-Marseille Université*

Marc JUSTON

*Ancien juge aux affaires familiales et Président du TGI de Tarascon*

Julien LARREGUE

*Docteur en droit privé et sciences criminelles, Aix-Marseille Université*

Anne LEBORGNE

*Professeur à Aix-Marseille Université*

Alain LEROI

*Vice-Président du TGI de Clermont-Ferrand*

Eric MAILLAUD  
*Procureur de la République près le TGI de Clermont-Ferrand*

Mostefa MAOUENE  
*Professeur à l'Université de Sidi bel Abbès*

Vincent MAZEAUD  
*Professeur à l'Université Clermont-Auvergne*

Laurent MUCCHIELLI  
*Directeur de recherches CNRS*

Catherine PARAHY  
*Médiatrice, Association Résonances*

Montserrat PERENA VICENTE  
*Professeur à l'Université de Madrid*

Catherine PERRAUDIN  
*Avocate au Barreau de Clermont-Ferrand*

Jean-Baptiste PERRIER  
*Professeur à Aix-Marseille Université*

Julien PINELLI  
*Avocat au Barreau d'Aix-en-Provence*

Evan RASCHEL  
*Professeur à l'Université Clermont-Auvergne*

Jean-Christophe RODA  
*Professeur à l'Université de Lyon III*

Catherine TZUTZUIANO  
*Docteur en droit privé et sciences criminelles, Université de Toulon*

Simon VICAT  
*Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand*

# Sommaire

## **Chapitre 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation**

Section 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile

Section 2 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale

Notion et définition de la déjudiciarisation : Synthèse

## **Chapitre 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation**

Section 1 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière civile

Section 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière pénale

Rôle et intérêt de la déjudiciarisation : Synthèse

## **Chapitre 3 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation**

Section 1 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation en matière civile

Section 2 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation en matière pénale

Domaine et méthodes de la déjudiciarisation : Synthèse

## **Chapitre 4 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé**

Section 1 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière civile

Section 2 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière pénale

Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé : Synthèse

## **Chapitre 5 : Efficacité des modes déjudiciarisés**

Section 1 : Efficacité des modes déjudiciarisés en matière civile

Section 2 : Efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale

Efficacité des modes déjudiciarisés : Synthèse

## **Chapitre 6 : Synthèse générale**



## Cadre de la recherche et méthodologie

La présente recherche portant sur *Les enjeux de la déjudiciarisation* a entendu répondre à certaines attentes de l'appel à projets lancé sur ce thème en 2015 par la Mission Droit et Justice<sup>1</sup>.

Elle constitue, en premier lieu, une étude académique mobilisant sur le sujet les sources nationales comme européennes (tant dans le cadre du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne). De façon plus précise, et même si la déjudiciarisation ne s'y limite plus aujourd'hui, la recherche a été conçue dans son champ d'élection que constituent le droit privé et les sciences criminelles comme un étude de droit comparé interne entre matière civile et matière pénale. A partir d'un état des lieux du recours actuel aux procédés déjudiciarisés en ces deux matières, il s'agissait d'en faire ressortir les inévitables traits communs comme les irréductibles différences afin de formuler, *in fine*, un certain nombre de propositions dans une double perspective de simplification et de cohérence.

Au-delà, la recherche s'est encore intéressée au droit comparé au sens plus traditionnel du terme. Un projet d'ouvrage collectif, encore en cours, permettra de comparer les résultats de la recherche aux expériences et pratiques de pays voisins, même s'il est apparu difficile de transposer *ipso facto* certains mécanismes étrangers en droit interne. A l'occasion de la recherche, certains membres de l'équipe ont également pu focaliser leur approche sur l'introduction récente du divorce « sans juge », et s'entretenir avec une collègue espagnole sur cette question ; cet entretien a été doublement fructueux, en ce qu'il a permis d'associer plus étroitement le Professeur Montserrat Vincente à la recherche, et en ce qu'il a permis de préciser nos attentes en vue de la réalisation d'une étude en droit comparé. Cette étude, figurant en annexe du présent rapport<sup>2</sup> s'interroge, en ce sens, sur le point de savoir si l'institution du divorce sans juge dans différents pays de part et d'autre de l'Atlantique aboutit ou non à des institutions équivalentes.

La dimension académique de cette recherche ne pouvait pour autant occulter la dimension empirique du sujet et celle-ci a été prise en compte sous une double forme. Un questionnaire

---

<sup>1</sup> <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2015/01/2015-A.O-d%C3%A9judiciarisation.pdf>

<sup>2</sup> V. *infra*, annexe 4.

en huit points a été élaboré par les membres de l'équipe de recherche<sup>1</sup> en vue de sa soumission aux magistrats et d'une analyse statistique des réponses apportées<sup>2</sup>, réalisée par M. Julien Larrègue, juriste et sociologue<sup>3</sup>. Pour l'élaboration de ce questionnaire, l'équipe de recherche a pu compter sur l'aide apportée par M. Laurent Mucchielli, directeur de recherche au CNRS, sociologue et spécialiste des questions de justice et de sécurité. Le questionnaire a ensuite été diffusé aux magistrats des TGI d'Aix-en-Provence, de Clermont-Ferrand, de Marseille et de Moulins sur Allier, *via* les chefs de juridictions. Le choix de ces juridictions reposait sur le souhait de pouvoir compter sur le retour de magistrats de juridictions de tailles différentes et donc confrontés à des problématiques d'organisation différentes. Les retours ont toutefois été très faibles : s'il a été possible de dégager certaines tendances en matière pénale, le caractère souvent partiel des réponses en matière civile n'a pas permis de tirer des enseignements probants.

Deux journées d'études ont par ailleurs été successivement organisées à Clermont-Ferrand en octobre 2016 et à Aix-en-Provence en avril 2017 entre les différents membres de l'équipe de recherche et des praticiens, pour recueillir plus directement, tant en matière civile que pénale, leurs expériences et avis et les intégrer à la recherche<sup>4</sup>. Ont ainsi été entendus des magistrats de l'ordre judiciaire (ancien président de TGI, vice-présidents de TGI, procureur de la République), des avocats (civilistes et pénalistes), mais aussi des médiateurs et notaires, pour échanger notamment sur la question, apparue en cours de mission, du divorce sans juge. Ces journées, auxquelles participait M. Julien Larrègue pour l'éclairage sociologique, ont ainsi été l'occasion de préciser les points mis en exergue dans le cadre des questionnaires, mais aussi de pallier le défaut de réponse à certaines questions, grâce à ces échanges directs.

Enfin, et toujours afin de discuter des réflexions et conclusions auxquelles aboutissait la recherche, grâce à leur expérience et aux occasions qu'elle a pu offrir, les membres de l'équipe ont pu échanger avec des praticiens, magistrats et avocats, soit que ceux-ci aient été formellement sollicités à cette fin (ainsi en est-il de la sollicitation de la commission pénale du Barreau de Marseille), soit que ces échanges aient pris place dans des cadres moins formels (ainsi en est-il des discussions eues notamment avec certains magistrats niçois).

---

<sup>1</sup> V. *infra*, annexe 1.

<sup>2</sup> V. *infra*, annexe 2.

<sup>3</sup> Docteur en droit, M. Julien Larrègue est qualifié par le Conseil national des universités (CNU) aux fonctions de maître de conférences dans les sections 01 (droit privé et sciences criminelles) et 19 (sociologie, démographie).

<sup>4</sup> V. *infra*, annexe 3.

# Introduction

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**1. Déjudiciarisation et justice.** Non sans paradoxe *a priori*, la déjudiciarisation<sup>1</sup>, provisoirement entendue comme le mouvement tendant à l'éviction ou au recul du juge, est aujourd'hui la grande affaire de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle. Elle constitue, en effet, l'une des questions incontournables d'aujourd'hui comme de demain en matière de droit et de justice.

Si les modes alternatifs de règlement des litiges existent depuis longtemps, l'on ne peut que constater un engouement récent et d'ampleur du législateur pour la déjudiciarisation, et le mouvement ne semble pas être en voie de prendre fin. Les différents rapports officiels touchant à la justice remis depuis une dizaine d'années, sur lesquels s'appuie souvent le législateur, en attestent de façon éloquente. Ainsi, en 2008, parmi les 65 propositions listées au sein du « rapport Guinchard »<sup>2</sup>, 34 concernaient la déjudiciarisation et l'allègement procédural. Cette logique se retrouve également au sein des différents rapports rendus à la fin de l'année 2013 par les groupes de travail organisés autour de la question de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, certains proposant de développer, dans des mesures variables, la déjudiciarisation<sup>3</sup>. Plus récemment, c'est encore au sein des rapports relatifs aux divers chantiers de la justice remis en janvier 2018 que fleurit la déjudiciarisation. Le rapport relatif à l'amélioration et à la simplification de la procédure civile<sup>4</sup> comporte ainsi en annexe 1<sup>5</sup> un certain nombre de « pistes de déjudiciarisation » organisées autour du greffe, du juge et du procureur, dans la perspective de « poursuivre le recentrage de l'institution judiciaire sur les questions nécessitant la prudence et l'autorité du juge ». L'amélioration et la simplification de la procédure pénale<sup>6</sup> englobent, quant à elles, les procédures alternatives<sup>7</sup> et conduisent à nombre de propositions touchant aux transaction pénale, forfaitisation, composition pénale,

---

<sup>1</sup> *Diversion* en anglais.

<sup>2</sup> *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport remis par la Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard, La Doc. fr., 2008, 344 p.

<sup>3</sup> V. ainsi les nombreuses déjudiciarisation proposées en matière civile dans *Le juge du XXI<sup>ème</sup> siècle Un citoyen acteur, une équipe de justice*, rapport remis par Pierre Delmas Goyon, décembre 2013, 128 p.; v. également *Les juridictions du XXI<sup>ème</sup> siècle Une institution qui, en améliorant, qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens et aux métiers de la justice*, décembre 2013, 128 p., rapport du groupe de travail présidé par Didier Marshall, notamment p. 40 la proposition 6.3, concernant les procédures familiales consensuelles.

<sup>4</sup> F. Agostini et N. Molfessis, *Chantiers de la justice Amélioration et simplification de la procédure civile*, Ministère de la justice, janvier 2018, 48 p.

<sup>5</sup> P. 41 et s.

<sup>6</sup> J. Beaume et F. Natali, *Chantiers de la justice Amélioration et simplification de la procédure pénale*, Ministère de la justice, janvier 2018, 44 p.

<sup>7</sup> P. 18 et s.

ordonnance pénale et comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; une telle diversité de mesures et procédés nécessitera de s'interroger sur l'appartenance réelle de chacune de ces procédures au mouvement de déjudiciarisation.

De prime abord, cette logique de déjudiciarisation peut paraître assez curieuse : alors que la justice étatique semble être la voie naturelle de règlement des litiges, l'on vient encourager – voire parfois imposer – l'utilisation de voies dérogatoires, déjudiciarisées, de règlement des différends. L'explication, posée à titre d'hypothèse, est pourtant simple : la déjudiciarisation peut présenter des intérêts la dotant d'une utilité certaine tant pour la justice, qu'elle a pour objet d'évincer à tout le moins d'en réduire le rôle, que pour les justiciables, intérêts et utilité qu'il s'agira précisément d'identifier et de préciser.

**2. Déjudiciarisation et judiciarisation.** Cette déjudiciarisation en développement continu n'est pas, pour autant, un phénomène ou un mouvement qui prendrait le relais du mouvement antérieur de judiciarisation constaté tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle ou qui s'y substituerait. Les deux coexistent à l'époque actuelle et peuvent au demeurant interférer.

Les deux mouvements sont, en réalité, parallèles et figurent parfois au sein d'un même texte de loi. Il suffit, en ce sens, de constater que les illustrations de la déjudiciarisation de la dernière décennie sont contemporaines, dans d'autres domaines, d'avancées d'une judiciarisation persistante : introduction de la question prioritaire de constitutionnalité entrée en vigueur en 2010, création de pôle judiciaire spécialisé (crimes contre l'humanité et crimes de guerre) ou de juridictions spécialisées (victimes d'accidents collectifs) en 2011<sup>1</sup>, ou encore développement des actions de groupe. Aux pionnières concernant le droit de la consommation issues de la loi Hamon du 17 mars 2014<sup>2</sup>, sont venues s'ajouter d'abord les actions de groupe en matière de santé avec la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé<sup>3</sup> puis celles prévues par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>, que ce soit devant le juge judiciaire, devant le juge administratif ou en matière de discriminations. Or ce dernier texte est sans doute plus

---

<sup>1</sup> Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* 14 décembre 2011 p. 21105.

<sup>2</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* 18 mars 2014 p. 5400.

<sup>3</sup> *JORF* 27 janvier 2016.

<sup>4</sup> *JORF* 19 novembre 2016, v. Titre V : L'action de groupe.



connu, du moins du grand public, comme ayant introduit le divorce « sans juge », récente figure médiatisée de la déjudiciarisation en matière civile.

Ce phénomène de judiciarisation n'est au demeurant pas exclusif de celui qui nous intéresse et l'exemple de l'action de groupe illustre tout à fait ces mouvements coexistants et parfois réunis. En effet, certaines actions de groupe du droit de la consommation se sont d'ores et déjà conclues par un accord, une transaction. La loi J21 a également prévu qu' « afin d'éviter toute judiciarisation inutile et de privilégier la voie consensuelle »<sup>1</sup>, l'action de groupe devra nécessairement être précédée d'une mise en demeure, adressée à la personne en cause, de cesser ou faire cesser le manquement ou réparer les préjudices subis et pourra être engagée qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois suivant la réception de cette mise en demeure<sup>2</sup>. Cette recherche d'un accord amiable perdure ensuite tout au long de la procédure, dans la phase suivant le jugement de responsabilité<sup>3</sup> comme lors de la liquidation collective des préjudices<sup>4</sup>. En sens inverse, la médiation peut bénéficier de l'exercice collectif sous la forme de la médiation groupée<sup>5</sup>.

La récente codification de la partie législative du code de la consommation opérée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016<sup>6</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016, illustre encore cette coexistence en regroupant formes déjudiciarisées (médiation<sup>7</sup>) et judiciarisées (actions en justice des associations de consommateurs<sup>8</sup>) au sein d'un même livre VI sur le « Règlement des litiges ».

**3. Développement et délimitation.** Dans ce contexte mêlé de judiciarisation/déjudiciarisation, le développement de cette dernière s'avère peut-être dominant au regard de ses caractères accru et accéléré et ce en tous domaines.

Le mouvement n'a pas épargné le droit public et plus précisément la justice administrative qui semblait, pour différentes raisons, initialement plus délaissée<sup>9</sup>. C'est ainsi que le recours à la

---

<sup>1</sup> Exposé des motifs du projet de loi à propos de l'article 22.

<sup>2</sup> Art. 62.

<sup>3</sup> Art. 68.

<sup>4</sup> Art. 73.

<sup>5</sup> Art. 75 et 76.

<sup>6</sup> *JORF* 16 mars 2016, texte n° 29.

<sup>7</sup> Art. L. 611-1 à L. 616-3 c. conso.

<sup>8</sup> Art. L. 621-1 à L. 623-32 c. conso.

<sup>9</sup> J.-M. Sauvé, « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », 17 juin 2015.

transaction a été encouragé par voie de circulaire<sup>1</sup> et note<sup>2</sup> ministérielles. La loi J21 précitée marque une étape plus décisive. À sa suite<sup>3</sup>, un décret n° 2017-566 du 18 avril 2017<sup>4</sup> est venu régir la médiation, que ce soit à l'initiative des parties ou du juge, dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif. Et plus récemment encore, un décret n° 2018-101 du 16 février 2018<sup>5</sup> porte expérimentation, sur une partie du territoire du 1<sup>er</sup> avril 2018 au 16 novembre 2020, d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique (d'État comme territoriale<sup>6</sup>) et de litiges sociaux et ce à peine d'irrecevabilité du recours contentieux.

Mais c'est sur l'éviction ou l'amoindrissement en droit privé du rôle du juge judiciaire que se focalisera la présente recherche, et ce plus particulièrement en matière civile comme en matière pénale. Outre l'adéquation du terme même de déjudiciarisation prise dans un sens strict, c'est en effet en ces matières que peuvent être prises les illustrations les plus marquantes de réalisations passées ou présentes – ainsi incitation à une conciliation ou médiation préalable voire obligation et divorce « sans juge » en matière civile, transaction pénale par officier de police judiciaire et convention judiciaire d'intérêt public en matière pénale – comme de réalisations à venir telles celles récemment annoncées résultant du projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022<sup>7</sup>.

Dans le cadre ainsi précisé, la déjudiciarisation vise alors l'exclusion ou l'allègement de l'intervention du juge du siège dans le règlement du litige et non de celle du parquet puisque celui-ci ne tranche pas le litige auquel il est partie, mais l'on ne peut ignorer que ce dernier texte amorce, sur quelques points limités, un mouvement parallèle de désengagement ou de repli du ministère public là encore en matière civile<sup>8</sup> comme pénale<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JORF* 8 avril 2011 p. 6248 ; *Proc.* 2015, comm. 313, S. Deygas.

<sup>2</sup> Note n° JUST1517317N, 25 juin 2015 relative au recours à la transaction pour régler amiablement les conflits : *BOMJ* n° 2015-07, 31 juillet 2015 ; *Proc.* 2011, comm. 215, S. Deygas.

<sup>3</sup> Art. 5 de la loi introduisant de nouveaux chapitres sur la médiation dans le code de justice administrative : art. L. 114-1 et les articles L. 213-1 et s.

<sup>4</sup> *JORF* 20 avril 2017 texte n° 23.

<sup>5</sup> *JORF* 17 février 2018 texte n° 9.

<sup>6</sup> Arrêté du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale, *JORF* 8 mars 2018 texte n° 15.

<sup>7</sup> Est pris en considération ici le texte de l'avant-projet diffusé par le ministère de la justice le 9 mars 2018, non encore présenté en conseil des ministres.

<sup>8</sup> V. par exemple la suppression de l'exigence relative aux « conclusions du procureur de la République, partie jointe avisée de la procédure » tendant au prononcé d'une amende civile en cas de changement d'usage des locaux d'habitation (art. 10 III).

<sup>9</sup> V. par exemple : présentation facultative du gardé à vue au procureur en vue de la première prolongation de 24 heures (art. 30), caractère facultatif du débat contradictoire impliquant la présence du procureur pour le recours à l'assignation à résidence sous surveillance électronique (art. 34).

Sous cette réserve, il est notable que le texte le plus récent qui puisse être pris en considération dans le cadre de cette recherche emploie expressément à plusieurs reprises le terme de déjudiciarisation<sup>1</sup> et évoque inexorablement la notion dans l'intitulé de plusieurs chapitres, que ce soit en matière civile en proposant de « *développer la culture du règlement amiable des différends* »<sup>2</sup> et de « *repenser l'office des juridictions* »<sup>3</sup> ou en matière pénale quant aux « *alternatives aux poursuites* »<sup>4</sup>.

**4. Dimensions internationale et européenne.** Le fait que la recherche privilégie le contexte français ne saurait occulter que la déjudiciarisation partie d'Outre-Atlantique dans les années 1960<sup>5</sup> s'est développée aujourd'hui dans de nombreux pays<sup>6</sup> sur plusieurs continents<sup>7</sup> et, au-delà, intègre, les espaces juridiques supranationaux à l'échelle internationale comme européenne.

Si le droit international semble particulièrement marqué par un important mouvement de judiciarisation depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale et plus encore celle du XX<sup>e</sup> siècle avec la création successive de tribunaux pénaux internationaux et de la cour pénale internationale, la déjudiciarisation n'y est pas totalement étrangère comme cela a pu être démontré à travers certains aspects de la justice dite « transitionnelle »<sup>8</sup>.

L'incidence européenne est, quant à elle, très importante que ce soit dans le cadre du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne et intéresse la mission de recherche à plusieurs égards.

Comme en d'autres domaines, la première influence concerne les sources de la déjudiciarisation.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adopte depuis longtemps des recommandations préconisant le recours à tel ou tel mode déjudiciarisé : ainsi la médiation

---

<sup>1</sup> V. art. 6 : « expérimenter une déjudiciarisation de la révision des pensions alimentaires », art. 9 : « déjudiciariser la vente forcée de l'immeuble en cas de saisie immobilière ». *Adde* art. 16 : « externaliser la vérification des comptes de gestion des majeurs protégés ».

<sup>2</sup> Titre 2, sous-titre 1, chapitre 1.

<sup>3</sup> Titre 2, sous-titre 1, chapitre 3.

<sup>4</sup> Titre 4, sous-titre 3, chapitre 1.

<sup>5</sup> V. J. Laplante, « La déjudiciarisation, sa portée au niveau communautaire (aux Etats unis) », *Actualités bibliographiques, Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 4, p. 459.

<sup>6</sup> Ainsi, le Sénat consacrait dès le 1<sup>ère</sup> mars 1998 une étude de législation comparée (n° 36) à la déjudiciarisation du divorce.

<sup>7</sup> V., par exemple, Hygin Didace Amboulou, *La déjudiciarisation et les procédures non contentieuses en Afrique*, L'Harmattan, coll. Etudes africaines, 2015.

<sup>8</sup> J. Cazala, « La déjudiciarisation en matière de violation massive des droits de l'homme », in O. Boskovic (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, pp. 415-440.

que ce soit en matière de réactions sociales à la délinquance juvénile<sup>1</sup>, familiale<sup>2</sup> ou pénale<sup>3</sup> etc.

L'Union européenne impulse, quant à elle, un mouvement plus décisif de déjudiciarisation. La directive du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>4</sup> a ainsi été transposée par une ordonnance du 20 août 2015<sup>5</sup>. Si est interdite toute clause ou convention l'obligeant, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge<sup>6</sup>, le consommateur dispose en revanche du droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel, lequel doit lui garantir un recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation<sup>7</sup>. La réforme a alors provoqué certaines initiatives telle la création par le Conseil national des barreaux (CNB)<sup>8</sup> d'un médiateur national de la consommation de la profession d'avocats chargé du règlement des litiges notamment relatifs aux honoraires, et d'un centre national de médiation des avocats (CNMA) tendant à promouvoir la médiation auprès des justiciables et à leur faciliter l'accès aux avocats intervenant en médiation. Un certain nombre de médiateurs ont depuis été nommés dans différents secteurs<sup>9</sup>.

De même, le règlement 2015/2421 du 16 décembre 2015, modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer<sup>10</sup>, n'en envisage pas moins la possibilité d'une transaction, certes judiciaire, qui doit être reconnue et

---

<sup>1</sup> Recommandation (87) 20 sur les réactions sociales à la délinquance juvénile du 17 septembre 1987.

<sup>2</sup> Recommandation (98) 1 sur la médiation familiale du 21 janvier 1998.

<sup>3</sup> Recommandation (99) 19 sur la médiation en matière pénale du 15 septembre 1999.

<sup>4</sup> Directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), *JOUE* 18 juin 2013, L 165/63.

<sup>5</sup> Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF* 21 août 2015 p. 14721 et décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, *JORF* 31 octobre 2015 p. 20408 ; S. Piédelièvre, « Le règlement amiable des litiges après l'ordonnance du 20 août 2015 », *Gaz. Pal.* 26 novembre 2015, n° 330, p. 4 ; E. Petit, « la médiation de la consommation : une procédure obligatoire pour toutes les entreprises à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016 », *D.* 2015, p. 2571.

<sup>6</sup> Art. L. 152-4 c. conso.

<sup>7</sup> Art. L. 152-1 c. conso.

<sup>8</sup> CNB, communiqué, 26 décembre 2015.

<sup>9</sup> <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso>: assurance, banque et établissements de crédit, commerce coopératif et associé, eau, énergie, produits et services financiers, télécom, transports Ile de France, voyage et tourisme.

<sup>10</sup> *JOUE* 24 décembre 2015, L 341/1 ; F. Cornette, « Introduire une instance européenne de règlement des petits litiges », *Europe* n° 4, avril 2016, prat. 1.

exécutée dans un autre État membre dans les mêmes conditions qu'une décision rendue dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges<sup>1</sup>.

Au-delà des sources mêmes de la déjudiciarisation, le droit de l'Union européenne, par son contexte particulier, fournit encore des illustrations renouvelées du sujet, qu'elles touchent à la notion ou aux méthodes et outils de déjudiciarisation. Sont ainsi mises en évidence certaines questions, relatives notamment à la protection des données, et certaines innovations, notamment la mise en service d'une plateforme multilingue de règlement en ligne des litiges (RLL)<sup>2</sup> opérationnelle depuis le 15 février 2016.

Une autre incidence réside, en deuxième lieu, dans le fait que tant le Conseil de l'Europe que l'Union européenne ont aujourd'hui intégré la justice déjudiciarisée dans leurs outils d'état des lieux et d'évaluation comparative des systèmes de justice des différents États qui en relèvent respectivement. Le tableau de bord annuel de la justice dans l'Union européenne publié depuis 2012<sup>3</sup>, s'appuie sur différentes sources d'information, la principale étant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)<sup>4</sup>, relevant du Conseil de l'Europe, qui publie un rapport périodique à partir d'une grille pour l'évaluation des systèmes judiciaires. L'un comme l'autre font référence aux méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges<sup>5</sup> ou mesures alternatives de règlement des litiges<sup>6</sup>.

L'on ne saurait, enfin, méconnaître l'importance que peut revêtir la jurisprudence européenne, qu'il s'agisse de la Cour de Strasbourg<sup>7</sup> ou de celle de Luxembourg<sup>8</sup> en matière de déjudiciarisation, particulièrement au regard de la préservation du droit d'accès au juge.

---

<sup>1</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 15) insérant un art. 23 bis.

<sup>2</sup> <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show>

<sup>3</sup> V., en dernier lieu, communication de la Commission européenne du 10 avril 2017, « Le tableau de bord 2017 de la justice dans l'Union européenne », COM(2017) 167 final.

<sup>4</sup> [https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default\\_fr.asp](https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_fr.asp)

<sup>5</sup> V. tableau de bord 2017, préc., pp. 32-33 les graphiques 30 « promotion et incitations en faveur du recours aux méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges » et 31 « nombre de plaintes déposées par les consommateurs sur la plateforme de RLL ».

<sup>6</sup> CEPEJ, grille pour l'évaluation des systèmes judiciaires, cycle 2016-2018, 15 mai 2017, CEPEJ(2016)9rev, point 7, questions 163 à 168.

<sup>7</sup> CEDH, 26 mars 2015, *Momčilović c./ Croatie*, req. n°11239/11, selon lequel ne constitue pas une entrave substantielle au droit d'accès direct au juge l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement à toute demande devant une juridiction civile, à peine d'irrecevabilité, si par ailleurs le processus amiable suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec, les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent.

<sup>8</sup> CJUE 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c./ Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C. 75-16 selon lequel le droit de l'Union ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit, dans les litiges impliquant des consommateurs, qu'une médiation obligatoire soit menée avant tout recours

**5. Hypothèses et perspectives.** Le mouvement de déjudiciarisation ainsi rapidement circonscrit doit dès lors être examiné de façon approfondie afin d'en saisir le sens, d'en analyser les différentes formes, d'en comprendre les enjeux.

Pour ce faire, la présente recherche, à partir d'une définition préalable de la notion (chapitre 1) part de l'hypothèse que le recours à la déjudiciarisation s'explique par les intérêts multiples (chapitre 2) que celle-ci est à même de présenter tant pour la justice que pour les justiciables ; tous objectifs qui, une fois identifiés et précisés, doivent, dans un second temps, être éprouvés en termes d'efficacité de cette tendance (chapitre 5).

Face aux différentes manifestations de l'utilité de la déjudiciarisation, son développement paraît *a priori* devoir être appelé et encouragé. Néanmoins, un tel développement ne peut se faire sans un encadrement précis tant des domaines et méthodes retenus (chapitre 3) que du respect des droits des intéressés au sens large du terme, parties comme tiers au mode déjudiciarisé (chapitre 4).

Tous ces intérêts, domaines, méthodes, conséquences de la déjudiciarisation ne se présentent pas de la même manière en matière civile et en matière pénale, appelant chaque fois une déclinaison spécifique dont il faudra ensuite tenter la synthèse de façon d'abord particulière sur chaque question puis générale à titre conclusif (chapitre 6).

**Plan :**

Chapitre 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation

Chapitre 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation

Chapitre 3 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation

Chapitre 4 : Droit des parties et des tiers au mode déjudiciarisé

Chapitre 5 : Efficacité des modes déjudiciarisés

Chapitre 6 : Synthèse générale

---

juridictionnel ; toutefois, étant donné que l'accès à la justice doit être assuré, le consommateur peut se retirer de la médiation à tout moment sans devoir se justifier.

# Chapitre 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation

## Section 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile

Natalie FRICERO

6. La structure même du mot déjudiciarisation donne des indications sur le sens du terme : le préfixe dé-, la racine *judiciar*, le suffixe -isation. Le préfixe « dé » vient du latin *dis*, indiquant l'éloignement, la séparation, la privation. La déjudiciarisation apparaît donc comme l'antonyme de la judiciarisation.

7. La judiciarisation est définie par le dictionnaire *Le Larousse* comme **la tendance à privilégier le recours aux tribunaux** pour trancher les litiges. La judiciarisation traduit aussi un renforcement du rôle du juge, **le développement quantitatif du recours aux tribunaux** et **l'intensification corrélative du rôle du juge** dans divers secteurs de la vie sociale (judiciarisation de la vie politique, de l'activité médicale par la multiplication des actions en justice en responsabilité, des relations de travail). La juridicisation ou juridification de la société conduit à une mobilisation fréquente des dispositions juridiques et à l'accroissement des contentieux. Dans le *Dictionnaire de la justice*, Antoine Jeammaud<sup>1</sup> indique que la déjudiciarisation serait le mouvement inverse, correspondant à **la tendance à soustraire à la justice** quand la judiciarisation est la tendance à soumettre à la justice.

Il faut préciser la notion retenue de la déjudiciarisation (I) et la distinguer de la déjuridictionnalisation (II).

### I. Notion retenue

8. La notion de déjudiciarisation traduit donc **le traitement de certaines catégories d'affaires civiles par d'autres moyens que le recours aux tribunaux de l'ordre judiciaire**. Pour le confier à qui ? Le terme est polysémique et le mot judiciaire dans un sens large désigne ce qui est relatif à la justice (on parle du « système judiciaire » qui englobe les juridictions judiciaires et administratives) ; dans un sens plus restrictif, judiciaire désigne la justice rendue par les tribunaux judiciaires que ce soit en matière civile ou en matière pénale. On parle de l'autorité judiciaire aux articles 64 à 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

---

<sup>1</sup> « Judiciarisation/déjudiciarisation ».

La déjudiciarisation peut donc désigner la tendance à soustraire les litiges à la justice en général (A), et à la justice judiciaire en particulier (B).

### A. Soustraire à la justice en général

9. Cette soustraction du litige à la justice en général peut se réaliser en **confiant la résolution des litiges à des professionnels du droit**, comme les avocats pour le divorce par consentement mutuel par acte d'avocats déposé au rang des minutes d'un notaire<sup>1</sup>, ou les huissiers de justice pour la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances<sup>2</sup>. Dans ces deux cas, le bénéficiaire obtient un titre exécutoire sans aucune intervention d'un juge.

10. Cette soustraction du litige à la justice en général peut encore se réaliser en **transférant la résolution du différend aux parties elles-mêmes**, avec l'aide d'un tiers, médiateur ou conciliateur de justice ou avec l'assistance d'avocats (procédure participative). Mais dans ces cas, les parties n'obtiennent pas directement un titre exécutoire, elles doivent solliciter l'octroi de la force exécutoire du juge qui aurait été compétent pour trancher leur litige<sup>3</sup>.

11. Les pouvoirs publics tentent de **développer ces modes contractuels de résolution des différends** : en prévoyant une tentative préalable de médiation obligatoire, à peine d'irrecevabilité de la demande<sup>4</sup>, ou encore en prévoyant une tentative de conciliation préalable obligatoire, à peine d'irrecevabilité de la déclaration au greffe<sup>5</sup>, formée devant le tribunal d'instance<sup>6</sup>.

12. Cette entrave à l'accès au juge, en ce qu'elle implique une irrecevabilité de la demande en l'absence de tentative préalable de médiation ou de conciliation, est tout à fait conforme au droit européen.

---

<sup>1</sup> Art. 229-1 s. Code civil et art. 1144 s. Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Art. L. 125-1 et R. 125-1 s. Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Art. 1565 Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Par ex. la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO), organisée à l'article 7 de la loi n° 2016- 1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXIe dans certains contentieux post-rupture, et arrêté du 16 mars 2017 désignant les 11 juridictions habilitées à expérimenter la *tentative de médiation préalable obligatoire* à la saisine du juge en matière familiale.

<sup>5</sup> Art. 4 de la loi n° 2016- 1547 du 18 novembre 2016.

<sup>6</sup> Pour un montant égal au plus à 4000 euros, art. 843 Code de procédure civile.



Elle est en effet **conforme au procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droit de l'homme**. Dans un arrêt du 24 octobre 2017<sup>1</sup>, la Cour considère que l'obligation d'introduire un recours précontentieux est indubitablement une limitation au droit d'accès à un tribunal ; dès lors, elle se doit d'examiner si celle-ci n'a pas atteint le droit en question dans sa substance même<sup>2</sup>. Au § 31 de l'arrêt, la Cour relève que le Gouvernement ne mentionne pas un but légitime particulier poursuivi par les décisions judiciaires contestées. Elle estime cependant que, en se référant à l'arrêt *Momčilović*, il renvoie, implicitement, aux buts indiqués dans ce dernier, notamment la bonne administration de la justice et, plus particulièrement, le désengorgement du rôle des tribunaux de demandes susceptibles d'être réglées à l'amiable.

Elle est également **conforme à la directive de l'Union européenne sur la médiation de la consommation**. Dans une décision C-75/16 du 14 juin 2017<sup>3</sup>, la Cour de justice indique que la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation « doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit le recours à une procédure de médiation, dans les litiges visés à l'article 2, paragraphe 1, de cette directive, comme condition de recevabilité de la demande en justice relative à ces mêmes litiges, dans la mesure où une telle exigence n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système juridictionnel ». La Cour poursuit en précisant, qu'en revanche, « ladite directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que, dans le cadre d'une telle médiation, les consommateurs doivent être assistés d'un avocat et qu'ils ne peuvent se retirer d'une procédure de médiation que s'ils démontrent l'existence d'un juste motif à l'appui de cette décision ».

**13.** Cette soustraction du litige à la justice en général peut également se réaliser en confiant la **résolution à un tiers avec utilisation des nouvelles technologies** : médiation en ligne, comme en matière de consommation, ou à des acteurs privés créant des sites de médiation en ligne<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CEDH, 3<sup>e</sup> section, 24 octobre 2017, n<sup>os</sup> 20199/14 et 20655/14, *Nesterenko et Gaydukov c. Russie*, Procédures, déc. 2017, comm. N. Fricero.

<sup>2</sup> V. CEDH, *Momcilovic c. Croatie*, 26 mars 2015, n<sup>o</sup> 11239/11 : une irrecevabilité de la demande sanctionnant une absence de tentative préalable obligatoire de solution amiable n'est pas contraire au procès équitable.

<sup>3</sup> CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli contre Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C-75/16.

<sup>4</sup> Art. L. 611 s. et R.612 s. Code de la consommation.

14. Cette soustraction du litige à la justice en général peut encore se réaliser en **incitant plus ou moins vivement les parties à trouver elles-mêmes** une solution sans l'aide d'un tiers **par la transaction** ; par exemple, pour la réparation des dommages causés par des véhicules terrestres à moteur, l'assureur doit proposer une transaction<sup>1</sup>.

15. Cette soustraction du litige à la justice en général peut se réaliser en permettant aux parties **d'éviter le juge pour résoudre un différend né à l'occasion d'un contrat**, par des clauses diverses : exemple, la résolution du contrat n'est plus judiciaire (art. 1224 et 1226 code civil, ordonnance du 10 février 2016)

16. Cette soustraction du litige à la justice en général peut enfin se réaliser **en transférant la juridiction « gracieuse »<sup>2</sup> du juge** à des professionnels hors palais de justice : par exemple, le changement de prénom a été transféré à l'officier d'état civil<sup>3</sup>, et en cas de difficulté, l'officier d'état civil saisit le Procureur de la République. Le juge aux affaires familiales n'est saisi que si le Procureur de la République s'oppose au changement. De même, il peut y avoir un transfert du pouvoir de décision au directeur de greffe de la juridiction : on reste dans l'enceinte judiciaire, mais ce n'est plus le juge qui décide ! Par exemple, l'article 509-1 du Code de procédure civile pour les requêtes aux fins de certification de titres exécutoires français en vue de leur reconnaissance et de leur exécution à l'étranger.

## **B. Soustraire à la justice judiciaire en particulier**

17. Cette soustraction du litige à la justice judiciaire en particulier s'observe lorsque la résolution du contentieux est confiée à **des autorités administratives indépendantes (AAI)**. Cette acception de la déjudiciarisation pose question, parce que les AAI peuvent être considérées comme des « tribunaux » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme...

18. Il en est de même de **l'arbitrage** : certes, la solution échappe à l'autorité judiciaire, mais elle est tranchée par un « juge privé » et n'est généralement pas considérée comme un mode amiable de résolution des différends.

---

<sup>1</sup> Art. L. 211-10 et R. 211-10 Code des assurances.

<sup>2</sup> La matière gracieuse est caractérisée par l'absence de litige, mais par un contrôle obligatoire du juge en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant (art. 25 Code de procédure civile).

<sup>3</sup> Art. 60 Code civil, loi du 18 nov. 2016.

## II. Distinction avec la « déjuridictionnalisation »

**19.** Il faut **distinguer la déjudiciarisation de la déjuridictionnalisation**, laquelle n'entraîne pas systématiquement une déjudiciarisation.

L'office traditionnel du juge civil, défini à l'article 12 du code de procédure civile, consiste à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il s'agit de l'office « juridictionnel » (*juris dictio*) traditionnel, le juge statuant par une décision revêtue des attributs de l'acte juridictionnel (autorité de la chose jugée, force probante d'un acte authentique, dessaisissement, force exécutoire).

**20.** La déjuridictionnalisation peut consister à **faire intervenir le juge pour mettre fin au différend sans trancher par un acte juridictionnel**.

Par exemple, lorsque le juge exerce son office de « conciliation »<sup>1</sup>, son activité conserve un aspect judiciaire mais ne relève plus du « juridictionnel » : le procès-verbal de conciliation dressé par le juge à l'issue d'une conciliation qu'il a menée<sup>2</sup> n'est pas une décision juridictionnelle et n'est donc pas susceptible de recours<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 21 Code de procédure civile : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

<sup>2</sup> Art. 130 et 131 Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Il est vrai que la Cour de cassation a ouvert un « recours-nullité » pour excès de pouvoir lorsque le juge n'informe pas les parties sur l'existence de leurs droits, parce qu'elle estime que même si cet office n'est pas juridictionnel, il reste « judiciaire », ce qui entraîne le respect par le juge de principes fondamentaux inhérents à l'équité (Cass. soc. 24 mai 2006, n° 04-45877 et 16 nov. 2010, n° 09-68415).

## Section 2 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale

Evan RASCHEL

21. Il est quelque peu paradoxal de constater qu'en matière pénale, la déjudiciarisation, qui constitue à n'en pas douter l'un des enjeux majeurs du XXI<sup>ème</sup> siècle, ne semble pas faire l'objet d'une définition claire ni harmonisée. A cet égard, les dictionnaires juridiques<sup>1</sup>, pas davantage que les index des manuels et traités de procédure pénale<sup>2</sup>, ne sont d'aucune aide, ne définissant ni la « déjudiciarisation » ni ce qui serait son antonyme, la judiciarisation. Pour mieux l'appréhender, il faut se tourner vers l'acception civiliste de la notion<sup>3</sup> où « l'idée de déjudiciarisation n'est pas une idée nouvelle »<sup>4</sup>. C'est sous ce seul aspect qu'une occurrence de la déjudiciarisation peut être trouvée dans un dictionnaire<sup>5</sup>, et définie d'une manière sans doute rapide comme la « *Suppression du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement parler, de son pouvoir juridictionnel. (...)* ».

Seules des recherches spécifiques, individuelles<sup>6</sup> ou collectives<sup>7</sup> permettent de mieux appréhender la notion sous son angle pénal. Il en ressort que la déjudiciarisation a des significations très différentes, dont certaines manquent de pertinence au regard de l'objet de la présente recherche.

22. En effet, la déjudiciarisation c'est, pour schématiser à l'extrême, le rôle du juge pénal qui diminue voire, dans des cas particuliers et (nécessairement) rares, disparaît. Or, cet amoindrissement du rôle du juge est susceptible de résulter de plusieurs phénomènes, dont certains ne sauraient pourtant être rattachés à la déjudiciarisation, sauf à l'entendre d'une manière excessivement large. À notre avis, la déjudiciarisation ne doit pas être envisagée comme un résultat, du moins pas uniquement comme un résultat, mais plutôt comme la traduction d'une action politique. La déjudiciarisation est un phénomène dont l'initiative

---

<sup>1</sup> Ont été consultés : le *Vocabulaire juridique*, G. Cornu – Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9<sup>ème</sup> éd., 2011 ; le *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2017, R. Cabrillac (dir.), LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2017.

<sup>2</sup> Ont été consultés : B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz coll. Précis, 25<sup>ème</sup> éd., 2016 ; F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2015 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis coll. Manuel, 10<sup>ème</sup> éd., 2014.

<sup>3</sup> Sur laquelle, dans la même recherche : N. Fricero, Notion et définition de la déjudiciarisation (en matière civile).

<sup>4</sup> L. Cadiet, « La déjudiciarisation. Propos introductifs », in O. Boskovic (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, p. 11.

<sup>5</sup> In *Lexique des termes juridiques* 2011, S. Guinchard et Th. Debard (dir.), 18<sup>ème</sup> éd., 2011, v° Déjudiciarisation.

<sup>6</sup> J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2014.

<sup>7</sup> V. not. Le rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 2008.

revient aux pouvoirs publics, soucieux de soustraire au juge une partie de ses attributions. Dès lors, un amenuisement du rôle de ce juge qui ne résulterait que de considérations pratiques ne nous semble pas devoir intégrer le champ de la déjudiciarisation.

**Un amenuisement factuel du rôle du juge ne peut être rattaché à la déjudiciarisation.**

**23.** Dans un premier sens, la déjudiciarisation pourrait être comprise comme l'exact contraire d'un aspect de la judiciarisation – qu'il conviendrait d'ailleurs mieux de nommer *juridicisation*<sup>1</sup> - au sens d'un processus large de mobilisation du droit, d'un recours à l'argument juridique ouvrant « *Le spectre de la société contentieuse* »<sup>2</sup>. Partant, la judiciarisation serait aussi employée « *dans un sens voisin pour rendre compte du développement quantitatif du recours aux tribunaux et de l'intensification corrélative du rôle de ces derniers dans divers secteurs de la vie sociale* »<sup>3</sup>. La déjudiciarisation serait alors le mouvement en sens contraire. Cependant, chacun sait les chiffres de presque tous les contentieux pénaux en constante évolution : la déjudiciarisation serait-elle définie ainsi, qu'aucun mouvement de baisse ne serait constaté. En tous les cas, et ainsi qu'il a déjà été précisé, il apparaît que la déjudiciarisation serait bien plus logiquement définie comme une action volontaire des pouvoirs publics, non comme la résultante d'une tendance pratique et, ici, sociétale.

**24.** Cette déjudiciarisation purement factuelle peut être rapprochée d'une autre hypothèse, celle où une pratique conduit à réduire le champ d'intervention d'un juge. Ainsi du juge d'instruction dont il est fréquemment souligné la faiblesse du nombre de saisines (2 à 3% des affaires lui sont soumises). Assiste-t-on pour autant à une déjudiciarisation et, plus largement, à une déjuridictionnalisation<sup>4</sup> de la phase préliminaire au procès pénal ? Sans doute pas. D'une part, l'institution du juge d'instruction n'est (pour l'instant), pas remise en cause ; sa marginalisation ne résulte que de la pratique. D'autre part, les contentieux qui sont alors transférés, de l'instruction vers les enquêtes, s'accompagnent justement d'une

---

<sup>1</sup> A. Jeammaud, « Judiciarisation/déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (dir.), 2004, p. 677.

<sup>2</sup> L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1997, p. 29-50.

<sup>3</sup> A. Jeammaud, art. préc., p. 677.

<sup>4</sup> Sur l'articulation des deux termes, cf. *infra* n° 42 et s.

juridictionnalisation progressive de ces dernières, à travers la figure spécifique du juge des libertés et de la détention (JLD)<sup>1</sup>.

**25.** Enfin, la déjudiciarisation ne doit pas non plus être ici entendue comme le contraire de ce qui peut être appelé la *juridification*, c'est-à-dire l'augmentation du volume de droit en vigueur, l'aspect principal du phénomène de *pénalisation*<sup>2</sup>. La pénalisation n'est pas dépourvue de lien avec la judiciarisation<sup>3</sup>, puisque l'augmentation des interdits pénaux augmente d'autant, en théorie du moins, les contentieux. En sens inverse, la dépénalisation – phénomène marginal, mais réel - serait donc source de déjudiciarisation : la justice pénale serait moins saisie, le juge pénal se prononcerait moins souvent. Mais cette forme de déjudiciarisation ne serait qu'une conséquence indirecte de la dépénalisation. Il apparaît que les dépénalisations jusqu'ici réalisées traduisaient d'autres objectifs : prise en compte de l'assouplissement des mœurs (adultère ou homosexualité par exemple) ou impératifs de la vie des affaires<sup>4</sup>. A la marge, il existe tout de même quelques cas de figure de dépénalisations justifiées, semble-t-il, par une volonté de déjudiciarisation. Ainsi « *en matière d'émission de chèques sans provision, le nombre d'infractions était colossal et les tribunaux ne pouvaient plus faire face* »<sup>5</sup>, entraînant une dépénalisation qui allait devenir totale en 1991<sup>6</sup>.

En outre, et c'est une autre différence majeure, avec la déjudiciarisation, une *réponse* pénale perdure le plus souvent. Simplement, cette réponse est confiée à d'autres que le juge pénal.

**26. La déjudiciarisation est un phénomène dont l'initiative revient aux pouvoirs publics, soucieux de soustraire au juge une partie de ses attributions.** Il n'y a déjudiciarisation que dans les cas où le juge se voit retirer tout ou partie de sa compétence. *A contrario*, **une déformalisation, une simplification de sa tâche n'est pas une déjudiciarisation.**

Il est possible de prendre ici l'illustration fournie par les ordonnances pénales qui allègent et abrègent la fonction judiciaire. L'ordonnance pénale est une « *procédure judiciaire*

---

<sup>1</sup> O. Décima (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Actes du colloque organisé le 30 avril 2014 par l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) et l'Institut des sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux (ISCJ), Cujas, coll. Actes et études, 2015.

<sup>2</sup> Sur laquelle, v. O. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008.

<sup>3</sup> A. Falzoi, « La pénalisation, âme d'une judiciarisation de la société française », *RPDP* 2008, doct. p. 531 et s.

<sup>4</sup> Cette dépénalisation reste très incomplète : comp. J.-M. Coulon (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2008.

<sup>5</sup> A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. Manuel, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 1144.

<sup>6</sup> Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement.

*simplifiée* », pour reprendre les termes de son exposé des motifs<sup>1</sup>, créée par une loi du 3 janvier 1972 pour favoriser le traitement des contraventions – depuis, d’assez nombreux délits sont également concernés. Pour ces infractions, le procureur de la République, s’il estime une audience inutile, peut communiquer le dossier, avec ses réquisitions, à un juge qui pourra rendre une ordonnance portant condamnation de l’auteur des faits, sans audience publique ni avocat (sauf recours contre l’ordonnance). Le rituel judiciaire est déformalisé, simplifié, accéléré<sup>2</sup>. Mais rien n’est soustrait à la fonction juridictionnelle ni à la compétence du juge : il n’y a pas déjudiciarisation.

27. Après ces quelques définitions négatives, il convient d’avancer dans notre objectif de définition de la déjudiciarisation et livrer ainsi quelques éléments de définition positive.

Pour ce faire, le plus simple est sans doute de scinder le terme pour en étudier séparément chaque composante. En commençant par son élément central : la *déjudiciarisation* a pour objet le juge (I), ce qui appelle quelques précisions. C’est ensuite le préfixe « *dé* » qu’il convient de préciser (II) : s’opposant à la judiciarisation, il semble annoncer un retrait du juge, mais que faut-il exactement entendre par là ? Enfin, le suffixe « *isation* » semble annonciateur d’une tendance, d’un mouvement vers plus de déjudiciarisation (III) : est-ce bien le cas ?

## **I. *Déjudiciarisation***

28. Avant de comprendre comment opère la déjudiciarisation, il convient de cerner son objet, ce sur quoi ce phénomène agit.

**28. La déjudiciarisation a pour objet le seul juge.** Il semble impossible de parler de déjudiciarisation si c’est le rôle d’un autre acteur du procès pénal qui diminue ou disparaît, y compris si cet autre acteur est magistrat. Ainsi un affaiblissement ponctuel du rôle du Ministère public ne saurait être entendu comme un aspect de la déjudiciarisation, sauf à recourir à une conception à notre avis trop large de la notion.

---

<sup>1</sup> Cités par J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 18<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 641.

<sup>2</sup> C. Viennot, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, coll. NBT, vol. 120, 2012.

**30. La déjudiciarisation a-t-elle pour objet tous les juges ?** Mais si l'attention se porte naturellement vers lui, le juge de jugement n'est pas seul concerné. La déjudiciarisation semble tout autant concerner l'affaiblissement des « autres » magistrats du siège compétents en matière pénale, pour autant qu'un tel affaiblissement soit effectivement constaté. Tel n'est pas le cas de l'application des peines qui, au contraire, fit l'objet d'une certaine judiciarisation suivie d'une juridictionnalisation. Tel serait plutôt le cas de la phase préliminaire au procès pénal, spécialement lors de l'état d'urgence (14 novembre 2015 – 1<sup>er</sup> novembre 2017) et, depuis, par l'effet de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. En effet, le propre de cette loi fut d'inscrire en droit commun certaines mesures d'investigation comme relevant non plus de la police judiciaire mais de la police administrative. Partant, le juge appelé à se prononcer s'agissant des investigations judiciaires est presque entièrement exclu.

Ainsi en est-il des mesures dites de contrôle et surveillance administratifs (CSI, art. L. 228-1 et s.) qui donnent compétence au ministre de l'Intérieur d'obliger, par décision écrite et motivée, une personne à respecter un certain nombre d'obligations, notamment : « 1° *Ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé, qui ne peut être inférieur au territoire de la commune (...)* ; 2° *Se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite d'une fois par jour (...)* ; 3° *Déclarer son lieu d'habitation et tout changement de lieu d'habitation* ». Plusieurs obligations correspondent tout à fait à celles qui pourraient être prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence sous surveillance électronique<sup>1</sup>, par un juge d'instruction (ou un JLD). Dès lors, la nécessité de ces nouvelles mesures n'est pas évidente ; leur intérêt pourrait ne résider que dans le transfert de compétence vers l'autorité administrative, et dans la privation subséquente de tout pouvoir de contrôle du juge judiciaire (sauf application de l'article 111-5 du code pénal). Parce qu'elles sont particulièrement attentatoires aux libertés, les nouvelles visites et saisies obéissent à un régime très différent. C'est le juge des libertés et de la détention du TGI de Paris qui est seul compétent (sur saisine du préfet et après avis du procureur de la République de Paris, préalablement informé) pour les autoriser, puis les contrôler, le cas échéant en se rendant sur place. Son ordonnance doit être écrite et motivée ; elle peut faire l'objet d'un appel (non-suspensif) devant le premier président de la cour d'appel de Paris, puis d'un pourvoi en cassation. Et dès la fin de la visite, l'autorité administrative peut demander au JLD du TGI de Paris d'autoriser l'exploitation des données

---

<sup>1</sup> V. CPP, art. 138 et 142-5.



saisies<sup>1</sup>, son ordonnance est là encore susceptible d'appel. Précisons enfin que « *Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître du contentieux indemnitaire (...)* »<sup>2</sup>. Bref, la déjudiciarisation de la sécurité intérieure n'est pas complète. C'est d'ailleurs cette garantie judiciaire qui a permis au Gouvernement de recevoir l'aval du Conseil d'Etat<sup>3</sup>. Mais elle risque de demeurer formelle : le JLD parisien pourra-t-il faire autrement que faire confiance aux demandes pressantes des préfets départementaux, souvent présentées comme nécessaires à la prévention d'actes de terrorisme, et alors qu'il ne peut réellement vérifier leur bien-fondé ? Le rôle du JLD est en tous les cas amoindri s'agissant de la mesure de retenue de quatre heures pouvant être décidée par l'officier de police judiciaire, après simple information du juge<sup>4</sup>.

Les circonstances pratiques pourront donc aboutir, même dans ce cadre des visites et saisies, à un affaiblissement du juge pénal. Il reste qu'il ne s'agit alors, formellement du moins, nullement d'une déjudiciarisation. Pour mieux le comprendre, il convient à présent de s'attarder non plus sur l'objet de la déjudiciarisation, mais sur sa méthode. Que signifie précisément le « *dé* » de déjudiciarisation ?

## II. Déjudiciarisation

**31.** Le préfixe « *dé* » postule un retrait du juge ou de sa fonction. Mais une telle définition reste très lacunaire. S'agit-il d'une diminution ou d'une disparition ? Quelle forme prend ce retrait ?

Il est constant que la déjudiciarisation reste une notion susceptible de plusieurs sens. Comme l'a très bien écrit M. Jeammaud dans l'article qu'il lui a consacré dans le *Dictionnaire de la Justice*, la déjudiciarisation « *est une notion ambiguë où se mêlent des réalités distinctes relevant tantôt de la simple déformalisation, tantôt de la déjuridictionnalisation, tantôt de la déjudiciarisation stricto sensu* »<sup>5</sup> ; le rapport Guinchard de 2008 en tirait logiquement les conséquences en l'accordant au pluriel, traitant des « *déjudiciarisation en matière pénale* »<sup>6</sup>. La déformalisation a été exclue du champ de la déjudiciarisation (*cf supra*), de sorte qu'il reste, selon nous, deux sens pertinents à la déjudiciarisation en matière pénale.

---

<sup>1</sup> CSI, art. L. 229-5, II, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2</sup> CSI, art. L. 229-6.

<sup>3</sup> Avis précité du 15 juin 2017, § 14 et s.

<sup>4</sup> CSI, art. L. 229-4.

<sup>5</sup> L. Cadiet, lors de son audition par la commission Guinchard et qui cite A. Jeammaud, art. préc.

<sup>6</sup> Rapport Guinchard, préc., p. 121 et s.

**32.** La première, légère, est la **déjudiciarisation au sens large**, qui permet de soustraire au juge pénal une partie de son rôle (A). C'est, à l'intérieur de l'appareil judiciaire, une autre répartition des tâches qui aboutit à amoindrir celles du juge judiciaire (par exemple, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, CRPC<sup>1</sup>). La seconde, plus radicale, peut être nommée « **déjuridictionnalisation** »<sup>2</sup> (B) ; ce serait « *sortir du palais de justice, du périmètre de la justice* » pour reprendre une expression tirée du rapport Guinchard<sup>3</sup>. Alors, l'on se soustrait (presque) entièrement au juge pénal.

M. Jeammaud ne semble pas penser le contraire, ayant également écrit, à propos de la déjudiciarisation : « *Elle s'entend plutôt, soit d'un recul localisé du rôle du juge (...), soit du développement de lieux et procédures de règlement des différends extérieurs à la justice d'Etat* »<sup>4</sup>.

### **A. La déjudiciarisation au sens large : la diminution (du rôle) du juge pénal**

**33.** La déjudiciarisation peut d'abord amener à diminuer, plus ou moins sensiblement, le rôle du juge dans la réponse pénale qui sera apportée à une infraction. Une juridiction pénale sera bien saisie du contentieux. Seulement, une partie plus ou moins importante du travail sera confiée à d'autres organes que le juge, afin de soulager ce dernier.

**34.** Dans un cas particulier, cette nouvelle répartition des fonctions conduit même à supprimer (presque) entièrement le rôle du juge. Il s'agit des classements sous condition (comprenant la fameuse « médiation ») prévus à l'article 41-1 du code de procédure pénale. Cette procédure soustrait au juge une réponse pénale à une infraction qui sera transférée vers le procureur de la République<sup>5</sup> : la déjudiciarisation semble totale, puisqu'à l'inverse des compositions pénales, CRPC et autres conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP)<sup>6</sup>, aucun processus de validation ou d'homologation par un juge n'est prévu. En réalité, la Cour de cassation a décidé, d'une manière surprenante, que l'exécution d'une mesure imposée au titre de l'article 41-1

---

<sup>1</sup> V. *infra* n° 36.

<sup>2</sup> Comp. S. Guinchard, « L'avenir du juge », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 171 et s., spéc. p. 175.

<sup>3</sup> Rapport Guinchard, préc., p. 48.

<sup>4</sup> Art. préc., p. 677.

<sup>5</sup> Etant précisé qu'il peut opérer « *directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République* » (alinéa 1<sup>er</sup>).

<sup>6</sup> V. *infra* n° 43.

n'éteignait pas l'action publique<sup>1</sup>, de sorte que la mise en œuvre de cette mesure peut n'entraîner aucune déjudiciarisation...

**35.** En tous les cas, une telle hypothèse reste exceptionnelle. La plupart du temps, la déjudiciarisation aboutit à simplement alléger le rôle du juge, la rapprochant des dispositifs de « déformalisation » dont nous avons vu qu'ils ne méritaient sans doute pas d'être assimilés à une véritable déjudiciarisation<sup>2</sup>. Il est possible d'en prendre deux illustrations : l'une devenue classique<sup>3</sup>, la CRPC, l'autre plus récente, il s'agit de la CJIP.

**36. Illustration classique : l'homologation dans la CRPC.** Dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), lorsque la personne poursuivie donne son accord aux peines proposées en présence de son avocat, le procureur de la République doit saisir aussitôt le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui par une requête en homologation. Le magistrat saisi tient alors une audience publique (le Conseil constitutionnel l'a imposé, en raison de la peine privative de liberté potentiellement encourue<sup>4</sup>) au cours de laquelle sont entendus la personne et son avocat, ainsi que la victime si elle souhaite se constituer partie civile. La présence du ministère public n'y est pas obligatoire.

Le juge homologateur doit vérifier « *la réalité des faits et leur qualification juridique* », le fait que l'intéressé reconnaisse « *librement et sincèrement être l'auteur des faits* » qui lui sont reprochés (le Conseil constitutionnel a insisté sur ce point<sup>5</sup>) et accepte la peine proposée par le procureur de la République, laquelle doit au demeurant être justifiée au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Après avoir procédé aux vérifications exigées par la loi, ce magistrat peut soit homologuer les peines proposées par le procureur de la République, soit refuser de le faire (aucun recours n'est alors possible) mais il ne dispose pas du pouvoir de modifier les termes de l'accord qui lui est soumis. Lorsqu'il décide d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République, il statue le jour même par une ordonnance motivée « *par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont*

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 21 juin 2011: *Bull. crim.* n° 141.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 26.

<sup>3</sup> Une procédure comparable et légèrement plus ancienne, au regard de ce qui sera dit au sujet de la CRPC et de la déjudiciarisation, est la composition pénale (CPP, art. 41-2 et 41-3).

<sup>4</sup> Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, consid. 117-118.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

*justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* »<sup>1</sup>. En cas d'homologation, le juge statue en outre sur les demandes formées par la victime lorsqu'elle se constitue partie civile lors de l'audience d'homologation ou qu'elle a formé une demande de dommages et intérêts par lettre recommandée ou par télécopie.

**37. En cas de réussite de la CRPC**, l'ordonnance d'homologation a les mêmes effets qu'un jugement de condamnation et est immédiatement exécutoire ; le Conseil constitutionnel lui-même l'a qualifiée de « décision juridictionnelle »<sup>2</sup>. Dans quelle mesure est-ce alors de la déjudiciarisation ? Le juge n'est pas absent, et les vérifications imposées peuvent, s'il y procède correctement, prendre du temps. D'un autre côté, ce temps est réduit en comparaison d'un mode classique de saisine et sa tâche est simplifiée grâce à l'action du ministère public qui endosse nettement le rôle principal. La procédure aboutit à soulager le juge d'une partie de son rôle (là réside d'ailleurs l'objectif principal de la CRPC), mais il donne lieu également à une décision juridictionnelle, ce qui ne correspond pas à la définition retenue de la déjudiciarisation.

**38. En cas d'échec de la CRPC** (soit que la personne refuse la proposition, soit que le juge refuse l'homologation), 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* »<sup>3</sup>. Autrement dit, aucune déjudiciarisation n'a alors lieu. Finalement, la CRPC ne relève pas de la déjudiciarisation, même si elle traduit un amoindrissement du rôle du juge. Cette difficulté se retrouve encore s'agissant de la CJIP, mise en place par la loi Sapin 2 à la fin de l'année 2016, mais avec une conclusion peut-être différente.

**39. Illustration récente : la validation dans la CJIP**<sup>4</sup>. Dans le cadre de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), « *Lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de validation* »<sup>5</sup>. En théorie, cette validation, loin d'être formelle, donne au président du tribunal un rôle important.

---

<sup>1</sup> CPP, art. 495-11.

<sup>2</sup> Cons. constit., 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC, consid. 118.

<sup>3</sup> CPP, art. 495-12.

<sup>4</sup> Sous un autre angle, la CJIP est également présentée *infra* n° 53. (bon n°)

<sup>5</sup> CPP, art. 41-1-2, II, al. 1<sup>er</sup>.

Sur la forme, « *Le président du tribunal procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat* »<sup>1</sup>.

Sur le fond, et à l'issue de cette audition, « *le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements* »<sup>2</sup>.

**40.** Ce rôle important du juge interpelle : peut-on réellement parler de déjudiciarisation ? Sa tâche n'est qu'à peine allégée. En outre, son office pourra être entièrement mobilisé si la personne morale, après validation, se rétracte (elle dispose d'un délai de dix jours pour le faire) ; de même que la CJIP n'exclut nullement des poursuites à l'encontre des personnes physiques : « *Les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques* »<sup>3</sup>. En conséquence, la proposition de CJIP est, non seulement, sans effet à leur égard, mais ne peut encore pas prévoir de clause atténuant ou dégageant la responsabilité des dirigeants sociaux. Pour autant, et comme l'article 41-1-2 du code de procédure pénale prend soin de le préciser, la décision d'homologation n'a ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation, de telle sorte qu'il est possible de déceler dans ce mécanisme une certaine déjudiciarisation, en ce qu'il exclut une décision de condamnation dotée de l'autorité de la chose jugée, tout en parvenant à sanctionner l'auteur des faits.

**41.** Surtout, il ne peut qu'être constaté que dans cette dernière illustration, le juge conserve une fonction importante. Son rôle n'est que diminué, et encore peut-il ne pas l'être en cas d'échec de la mesure. En comparaison, ce qui peut être dénommé « déjuridictionnalisation » réalise une déjudiciarisation plus franche, puisqu'elle est susceptible d'aboutir à la disparition totale du juge pénal.

---

<sup>1</sup> CPP, art. 41-1-2, II, al. 2.

<sup>2</sup> CPP, art. 41-1-2, II, al. 2.

<sup>3</sup> CPP, art. 41-1-2, I, dernier alinéa.

## B. La déjuridictionnalisation : la disparition (du rôle) du juge pénal

42. La déjudiciarisation peut être radicale : c'est le cas de la déjuridictionnalisation qui permet d'offrir une réponse pénale, mais en la confiant à d'autres organes, et ce faisant, en la « *sort[ant] du palais de justice* », pour reprendre l'expression de M. Cadet<sup>1</sup>.

43. **L'illustration des transactions pénales.** Ici la déjudiciarisation est assez indirecte : on favorise les alternatives aux poursuites. Classiquement, seule la transaction proposée par le maire de la commune, prévue par l'article 44-1 du code de procédure pénale, prévoit l'intervention du juge lorsque la transaction proposée à l'intéressé comporte l'engagement d'accomplir un travail rémunéré (lorsque la mesure proposée consiste en la réparation du préjudice, c'est le procureur de la République qui est saisi aux fins d'homologation). En 2014, la nouvelle transaction par officier de police judiciaire a également prévu que « *La transaction autorisée par le procureur de la République, proposée par l'officier de police judiciaire et acceptée par l'auteur de l'infraction est homologuée par le président du tribunal de grande instance ou par un juge par lui désigné, après avoir entendu, s'il y a lieu, l'auteur de l'infraction assisté, le cas échéant, par son avocat* » (article 41-1-1, I, dernier alinéa). Dans ces deux hypothèses, spécialement dans la seconde, il y a déjudiciarisation au sens où le rôle du juge pénal diminue, à l'instar de ce qui a pu être déjà décrit, mais le juge pénal ne disparaît pas : il n'y a pas déjuridictionnalisation.

44. À l'inverse, dans la quasi-totalité des hypothèses de transaction (environnement, commerce, consommation, transports, discriminations...), le magistrat du siège est absent<sup>2</sup>. C'est le cas depuis longtemps lorsque certaines administrations habilitées à exercer l'action publique disposent du droit de transiger. Elles ont la faculté de proposer au délinquant qui reconnaît avoir commis une infraction l'abandon des poursuites en échange du versement d'une somme d'argent au Trésor public ou de l'exécution d'une prestation déterminée. Certaines de ces transactions impliquent **l'accord du ministère public** (voir par exemple, l'article L. 523-1 du code de la consommation) voire **son homologation** (voir par exemple, l'article L. 161-25 du nouveau code forestier). D'autres administrations, qui peuvent engager des poursuites, disposent de la faculté de procéder à une transaction avec l'auteur de

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 32.

<sup>2</sup> V. l'article de J.-B. Perrier, réalisé dans le cadre de la présente recherche : « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ Pénal* 2015, p. 474.

l'infraction, **sans recueillir préalablement l'accord du ministère public** (voir par exemple, l'article 350 du code des douanes), à moins que l'action publique ait été préalablement engagée.

En revanche, et sauf les cas cités plus haut (transactions du maire et par officier de police judiciaire), **aucun magistrat du siège n'est sollicité**. C'est alors qu'il peut y avoir déjudiciarisation, au sens plus radical, puisque si la transaction réussit, l'action publique est éteinte aux termes de l'article 6, alinéa 3 du code de procédure pénale : l'infraction ne parviendra jamais jusqu'à aucun juge, qui n'en aura pas même connaissance. En comparaison de la plupart des cas déjà décrits (CJIP, composition pénale *etc.*...), ces transactions mettent en œuvre ce qui est sans doute la forme de déjudiciarisation la plus aboutie.

**45.** Mais la déjudiciarisation est subordonnée à la réussite de la procédure de transaction : si elle échoue, des poursuites pourront être diligentées selon le schéma classique, auquel cas un juge devrait être sollicité. Et pour protéger cette possibilité, il est parfois expressément précisé que « *Les actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la transaction sont interruptifs de la prescription de l'action publique* » (voir par exemple, l'article 44-1, al. 3 du code de procédure pénale). Ainsi, la mise en œuvre d'une transaction pénale n'est jamais synonyme d'une déjudiciarisation certaine, seulement d'une déjudiciarisation possible.

**46. Problèmes soulevés : La déjudiciarisation peut-elle être absolue ? Peut-on se priver intégralement du juge ?** Deux exigences fondamentales semblent s'y opposer.

**47.** En 2008 déjà, le rapport Guinchard soulignait l'importance d'un « *pénal de recours* », selon l'expression de M. Marin, alors procureur de la République du TGI de Paris. La commission a en effet considéré que, lorsque cela était possible, il était préférable de favoriser la sanction de certains comportements sans intervention, *a priori*, de l'autorité judiciaire, mais en réservant toujours un droit de recours, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>.

Il est ici possible de prendre **l'illustration de l'amende forfaitaire**<sup>2</sup>. Il s'agit d'une procédure quasiment administrative, voire uniquement administrative si aucune contestation n'est faite par le contrevenant. Ainsi le juge disparaît, mais peut réapparaître à la demande expresse de la personne concernée... En effet s'il refuse cette procédure, le contrevenant peut adresser soit

---

<sup>1</sup> Rapport, p. 121.

<sup>2</sup> CPP, art. 529 et s.

une requête en exonération au stade de l'amende forfaitaire, soit une réclamation motivée au stade de l'amende forfaitaire majorée. Si le ministère public persiste dans sa volonté de poursuite, il est alors contraint de recourir à une autre procédure (citation devant le tribunal, ordonnance pénale). Dans ces conditions, la Cour de cassation a jugé que cette voie de poursuite respectait l'article 6 de la Convention européenne et notamment le droit d'accès à un tribunal<sup>1</sup>.

**48.** Une autre difficulté est susceptible d'être soulevée par cette hypothèse d'une déjudiciarisation absolue, entière : l'autorité judiciaire est « *gardienne de la liberté individuelle* » (article 66, alinéa 2 de la Constitution), au sens de garantie contre la détention arbitraire, partant une déjudiciarisation totale ne saurait exister lorsqu'une atteinte à la liberté est encourue par la personne poursuivie. Le Conseil constitutionnel l'avait rappelé en 1995 à l'occasion d'une saisine *a priori* concernant l'injonction pénale, qui aurait permis de proposer à l'auteur certaines mesures qui, par leur nature et leur portée, requièrent l'intervention d'un juge du siège<sup>2</sup>. Plus récemment, concernant le droit de transiger des maires (article 44-1 du code de procédure pénale), le Conseil constitutionnel avait considéré que « *le maire ne peut mettre en œuvre une procédure de transaction que si l'action publique n'a pas été mise en mouvement ; que l'autorité judiciaire, qui homologue l'accord intervenu entre le maire et l'auteur des faits, n'est liée ni par la proposition du maire ni par son acceptation par la personne concernée ; qu'aucune des mesures pouvant faire l'objet de la transaction n'étant de nature à porter atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, il était loisible au législateur de confier ce pouvoir d'homologation à un magistrat du parquet ou à un magistrat du siège ; que, dans ces conditions, le législateur n'a pas méconnu le principe de la séparation des pouvoirs* »<sup>3</sup>.

**49.** Il faut en déduire qu'en matière pénale, le retrait total du juge ne saurait avoir qu'un domaine limité<sup>4</sup>. Le spectre de la déjudiciarisation est donc partiel. Pourtant, il continue à s'accroître, ainsi que l'annonce la désinence du terme « *isation* ».

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 mai 2002 : *Bull. civ.* II, n° 98.

<sup>2</sup> Conseil constitutionnel, 2 février 1995, n° 95-360 DC, consid. 6.

<sup>3</sup> Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, consid. 42.

<sup>4</sup> Sur le domaine de la déjudiciarisation en matière pénale, voir la contribution de S. Cimamonti, réalisée dans le cadre de cette recherche, *AJ Pénal* 2015, p. 460.



### **III. La déjudiciarisation**

**50. La déjudiciarisation est une tendance.** Le terme qu'il nous appartient de définir se conclut par « *le suffixe savant "isation" [qui] n'est pas étranger au droit* »<sup>1</sup>. M. Jeammaud, dans sa définition précitée de la judiciarisation/déjudiciarisation, relevait très justement que « *Par sa désinence, le terme (...) évoque soit une évolution en cours, soit une action ou une stratégie à l'œuvre* ». En réalité, les deux éléments (évolution d'une part, action d'autre part), peuvent être simultanément relevés. La déjudiciarisation serait donc un mouvement, vers un amoindrissement du juge. Concrètement, cette tendance peut déboucher soit sur l'extension de mécanismes préexistants permettant une déjudiciarisation, soit sur la création de nouveaux mécanismes.

**51. Extension de mécanismes préexistants permettant une déjudiciarisation. L'extension peut d'abord être réelle,** par le relèvement des seuils de gravité d'infractions susceptibles de se voir appliquer une déjudiciarisation. C'est ainsi que la composition pénale, prévue en 1999 pour un contentieux de masse et peu grave, s'applique depuis la loi Perben II du 9 mars 2004 à « *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* »<sup>2</sup> ; elle s'applique *a fortiori* aux contraventions<sup>3</sup>. Dans la même perspective, le projet de loi de programmation et de réforme pour la justice envisage d'étendre encore le domaine de la composition pénale, en permettant ce procédé pour tous les délits<sup>4</sup>.

Par ces extensions, réalisée et projetée, ce sont davantage d'infractions qui sont et qui seront susceptibles de subir une réponse par le biais d'une composition pénale : ce sont donc davantage de cas potentiels de déjudiciarisation.

**52. L'extension peut ensuite être personnelle.** Pour reprendre l'illustration de la composition pénale, c'est ainsi que depuis une loi du 5 mars 2007, cette alternative aux poursuites est applicable non plus aux seuls majeurs, mais également aux mineurs âgés d'au moins 13 ans « *lorsqu'elle apparaît adaptée à la personnalité de l'intéressé* »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 205.

<sup>2</sup> CPP, art. 41-2.

<sup>3</sup> CPP, art. 41-3.

<sup>4</sup> A l'exception des délits de presse et de l'homicide involontaire, art. 38 du projet.

<sup>5</sup> Art. 7-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

**53. Création de nouveaux mécanismes permettant une déjudiciarisation.** A cet égard, le dernier exemple marquant est sans doute la **convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)** créée par la loi dite « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Celle-ci a pour objet de sanctionner les entreprises ayant commis des faits de corruption et de prévenir leur récurrence, sans pour autant aboutir à une condamnation pénale inscrite au casier judiciaire<sup>1</sup>, afin d'éviter que ces entreprises soient automatiquement privées, du fait de la législation applicable dans certains États, d'accès aux marchés internationaux. Obéissant à la même finalité, l'ordonnance de validation de la CJIP « *n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation* »<sup>2</sup>. C'est là une différence essentielle avec la CRPC qui explique la mise à l'écart de cette dernière ; la représentation nationale ayant fait valoir que la reconnaissance de culpabilité empêche d'accéder ensuite aux marchés publics internationaux, notamment américains, ce qui risque de dissuader les personnes morales de s'orienter vers ce mécanisme<sup>3</sup>. Autre originalité de la CJIP: dans l'hypothèse d'une validation par le président du tribunal<sup>4</sup>, la personne morale dispose d'un délai de dix jours pour exercer son droit de rétractation. En cela, cette nouvelle « convention », plus encore que les autres mécanismes mis en œuvre dans le cadre de la déjudiciarisation, se rapproche d'un autre phénomène marquant notre procédure pénale, celui d'une justice consensuelle, négociée, tout du moins « acceptée ».

**54.** Signalons une dernière spécificité de la CJIP au regard de la (relative) déjudiciarisation qu'elle met en œuvre. Classiquement, les mécanismes de déjudiciarisation sont décidés par différents organes, en amont de la saisine d'un juge – c'est ainsi que la CJIP peut être proposée par le parquet. Mais par exception, le juge d'instruction lui-même peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, prononcer par ordonnance la transmission de la procédure au procureur de la République aux fins de mise en œuvre de la CJIP<sup>5</sup>. Cela suppose que la personne morale concernée reconnaisse les faits et accepte la qualification pénale retenue.

---

<sup>1</sup> CPP, art. 41-1-2, II, al. 5 et 6 : « *La convention judiciaire d'intérêt public n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire. Elle fait l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République. L'ordonnance de validation, le montant de l'amende d'intérêt public et la convention sont publiés sur le site internet de l'Agence française anticorruption* ».

<sup>2</sup> CPP, art. 41-1-2, II, al. 4.

<sup>3</sup> V. les références et citations pertinentes in M. Segonds, « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *Droit pénal* 2017, étude 4, n° 17-18.

<sup>4</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 39.

<sup>5</sup> CPP, art. 180-2.

**55. Mais la déjudiciarisation n'est pas une tendance univoque.** Il ne faut sans doute pas trop opposer la judiciarisation et la déjudiciarisation<sup>1</sup> ; ainsi que cela résultait rapidement de nos travaux, « *Les deux mouvements semblent en réalité parallèles. Il suffit en ce sens de constater que les illustrations de la déjudiciarisation depuis une décennie dont il sera question sont aussi contemporaines de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ou du développement de l'action de groupe* »<sup>2</sup>. Ainsi en matière pénale a-t-on pu assister à une judiciarisation de l'exécution des peines en 1958 avec l'institution du juge d'application des peines, puis une juridictionnalisation avec la loi du 15 juin 2000 soumettant plus largement les décisions de ce magistrat au régime des actes juridictionnels. De même parle-t-on aujourd'hui de « *juridictionnalisation de l'enquête pénale* »<sup>3</sup> avec le rôle devenu primordial du juge des libertés et de la détention. Le suffixe « *isation* » ne doit donc pas tromper : la matière pénale n'est pas marquée par un mouvement exclusif de déjudiciarisation.

**56. Bilan.** A la lumière de ce qui précède, il est possible de se risquer à la définition suivante de la déjudiciarisation en matière pénale.

**Négativement**, la déjudiciarisation n'est pas la simple résultante d'une pratique, judiciaire ou sociétale : c'est une action de politique pénale décidée par les pouvoirs publics soucieux, pour différentes raisons<sup>4</sup>, de retirer au juge pénal une partie de son office. Et comme l'annonce le suffixe « *isation* », cette action s'inscrit dans une tendance, une stratégie mise en œuvre pour répondre à certains défis d'ores et déjà posés à notre justice.

**Positivement**, la déjudiciarisation se définit par le retrait du juge pénal (du seul juge pénal, mais de tous les juges - pas seulement les juges de jugement). Le retrait du juge peut s'entendre, au sens large de la déjudiciarisation, comme une diminution de son rôle dès lors que son intervention ne donne pas lieu au prononcé d'une décision juridictionnelle. C'est, à l'intérieur de l'appareil judiciaire, une autre répartition des tâches qui aboutit à amoindrir celles du juge judiciaire (c'est l'exemple de la CJIP ou de la composition pénale). Une seconde forme de déjudiciarisation, plus radicale, correspond à ce qui est parfois nommé déjuridictionnalisation, qui permet d'offrir une réponse pénale, mais en la « *sort[ant]*

---

<sup>1</sup> De même que l'on ne pourrait opposer dépénalisation et pénalisation : O. Sautel, *Le double mouvement de dépénalisation et de pénalisation dans le nouveau Code pénal*, thèse, Montpellier I, 1998.

<sup>2</sup> V. S. Cimamonti, « Domaine et mise en œuvre de la déjudiciarisation », in *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice*, Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson, F. Renucci, S. Zientara-Logeay (dir.), Paris, LexisNexis, 2018, pp. 457-466.

<sup>3</sup> O. Décima (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, préc.

<sup>4</sup> V. *infra* chapitre 2 : Rôle et intérêts de la déjudiciarisation.

*du palais de justice* », pour reprendre l'expression de M. Cadiet (c'est l'exemple des transactions pénales confiées à certaines administrations).

En revanche, et parce qu'il n'y a déjudiciarisation que dans les cas où le juge se voit retirer tout ou partie de sa compétence, une déformalisation, une simplification de sa tâche n'est pas une déjudiciarisation. Ainsi en est-il des ordonnances pénales : le rituel judiciaire est déformalisé et accéléré, mais rien n'est soustrait à la fonction juridictionnelle. Il n'y a pas déjudiciarisation.

## Notion et définition de la déjudiciarisation : Synthèse

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**57. Préalable.** Toute recherche portant sur les enjeux de la déjudiciarisation suppose, au préalable, de définir l'objet étudié. Or, cette définition est loin d'être aisée tant la notion ne semble pas recevoir une acception identique en matière civile et en matière pénale, ni même au sein de chacune de ces matières. La déjudiciarisation serait en effet pour certains « une notion ambiguë où se mêlent des réalités distinctes relevant tantôt de la simple déformalisation, tantôt de la déjuridictionnalisation, tantôt de la déjudiciarisation *stricto sensu* »<sup>1</sup> ; pour d'autres, elle impliquerait plus simplement la « suppression du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement parler, de son pouvoir juridictionnel »<sup>2</sup>.

En matière civile, elle se traduirait par le traitement de certaines catégories d'affaires par d'autres moyens que le recours aux tribunaux de l'ordre judiciaire<sup>3</sup> ; en matière pénale, la définition est sans doute encore plus délicate, certains considérant même qu'elle n'existe pas en matière répressive, ce que révélerait la faiblesse des développements consacrés à ce sujet dans les manuels. La recherche menée a permis de rejeter ce postulat, la déjudiciarisation existant bel et bien en matière pénale, quoique le terme n'y soit pas utilisé. Surtout, la recherche a mis en évidence le caractère protéiforme de la déjudiciarisation.

**58. Totale ou partielle.** La déjudiciarisation peut être totale, lorsque le règlement du litige a lieu hors du juge, soit qu'il soit réglé par les parties elles-mêmes<sup>4</sup>, soit qu'elles aient recours à un professionnel du droit<sup>5</sup> ou encore à un tiers, directement ou par le truchement des nouvelles technologies<sup>6</sup>. En matière civile, la déjudiciarisation s'observerait encore en l'absence de litige, lorsque certaines compétences du juge en matière gracieuse sont transférées à d'autres professionnels, notamment à l'officier d'état civil<sup>7</sup>.

Cette déjudiciarisation totale s'observe en matière pénale, s'agissant des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale, pour lesquelles le juge du siège n'intervient pas, ni lors de la mise en œuvre de la voie alternative, ni pour valider ou homologuer l'accord conclu<sup>8</sup>,

---

<sup>1</sup> A. Jeammaud, « Judiciarisation/déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (dir.), 2004, p. 677.

<sup>2</sup> In *Lexique des termes juridiques* 2011, S. Guinchard et Th. Debard (dir.), 18<sup>ème</sup> éd., 2011, v° Déjudiciarisation.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 8.

<sup>4</sup> V. *supra* n° 10.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 9.

<sup>6</sup> V. *supra* n° 13.

<sup>7</sup> V. *supra* n° 16.

<sup>8</sup> V. *supra* n° 34.

lequel n'a d'ailleurs pas à être formalisé ; elle se retrouve encore pour certaines transactions, proposées par l'administration compétente, pour lesquelles, à nouveau, le juge n'intervient pas<sup>1</sup>. Une telle déjudiciarisation semble encore pouvoir être constatée concernant l'amende forfaitaire, puisque le juge n'intervient qu'en cas de contestation<sup>2</sup>. Cette déjudiciarisation totale reste toutefois exceptionnelle en matière pénale où l'on retrouve plus souvent une déjudiciarisation partielle, que certains qualifient de « déformalisation »<sup>3</sup>. Cette déjudiciarisation partielle se retrouve concernant la composition pénale et pour l'actuelle transaction par officier de police judiciaire prévue par l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, dont la disparition est annoncée<sup>4</sup> : le juge n'intervient pas pour trancher le litige, pour apprécier la responsabilité de l'auteur de l'infraction comme choisir la sanction adaptée, et la décision rendue n'est pas un jugement de condamnation<sup>5</sup>. Cette simple validation ou homologation de l'accord, sans contrôle ni audition obligatoire de l'intéressé et ne donnant pas lieu à une décision de condamnation, ne peut dès lors être vue comme une procédure judiciaire ; elle est mise en œuvre à l'occasion d'un procédé déjudiciarisé. Un tel constat pourrait surprendre, mais nul ne songerait à dire que l'homologation des transactions ou des médiations prévue par les articles 1565 et suivants du code de procédure civile retire à ces modes de règlement des litiges leur caractère déjudiciarisé ; il en va de même de la validation de la composition pénale, d'autant que celle-ci pourrait à l'avenir ne plus être systématique<sup>6</sup>.

**59. Le recul du rôle du juge.** À tout le moins, la déjudiciarisation implique qu'une autorité, judiciaire ou non<sup>7</sup>, n'intervient plus pour trancher le litige, la solution étant négociée par les parties, ou proposée par l'une et acceptée par l'autre, le cas échéant avec l'aide d'un tiers, mais ce tiers ne rend aucune décision susceptible de s'imposer aux parties. À ce titre, la procédure simplifiée de jugement en matière pénale, à savoir l'ordonnance pénale<sup>8</sup>, n'est pas une déjudiciarisation. Dans le même ordre d'idée, les jugements de donné acte ou les jugements d'expédient ne peuvent être vus comme des voies déjudiciarisées puisque, nonobstant l'accord des parties, le juge rend toujours une décision. Enfin, et même si l'office

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 44.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 47.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 35.

<sup>4</sup> V. le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>5</sup> Elle ne peut d'ailleurs constituer le premier terme de la récidive.

<sup>6</sup> En ce sens, v. le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>7</sup> Les AAI ou les arbitres ne sont pas des autorités judiciaires, pour autant le règlement du litige par une AAI ou un arbitre ne relève pas de la déjudiciarisation à proprement parler ; v. *supra* n° 17 et 18.

<sup>8</sup> En ce sens, v. *supra* n° 26.

du juge est modifié, la conciliation réalisée par lui ne traduit pas la mise en œuvre d'un procédé déjudiciarisé.

La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble être plus délicate à catégoriser, certains la retenant au titre des procédés déjudiciarisés alors qu'elle donne pourtant lieu à une décision valant jugement de condamnation<sup>1</sup>. Ces positions témoignent sans nul doute des contours imprécis de la notion de la déjudiciarisation elle-même et soulignent tout l'enjeu d'une telle définition. Cela étant, s'agissant de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, les entretiens réalisés avec les praticiens ont permis de connaître leur perception de cette procédure, laquelle est vue comme une procédure judiciaire et non comme un procédé déjudiciarisé<sup>2</sup>, confirmant ainsi le sentiment de certains membres de la mission de recherche.

**60. Une méthode et non un résultat.** La disparition du juge ou l'affaiblissement de son rôle recouvre ainsi de nombreuses hypothèses, en matière civile comme en matière pénale. Le changement de prénom relève désormais de l'officier d'état civil et non plus du juge, de telle sorte qu'il a été « déjudiciarisé » ; de même, le contrôle des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance relève du juge administratif, de telle sorte que le juge judiciaire est ici encore exclu<sup>3</sup>. Pour autant, si dans un cas comme dans l'autre le contentieux est retiré au juge judiciaire ou ne lui a pas été confié, il serait excessif de parler dans ces hypothèses de déjudiciarisation. Certes, si l'on ne retient que le résultat, l'on constate bien une déjudiciarisation<sup>4</sup>. Mais la mise en œuvre de procédés déjudiciarisés est avant tout le choix d'une méthode, d'un mode de règlement des différends reposant sur l'accord des parties, ce qui fait ici défaut.

**61. Choisie ou imposée.** Le premier critère de la déjudiciarisation conduit à mettre en évidence l'importance de l'accord conclu entre les parties ; le pendant pourrait être le libre choix de cette voie, et l'on retrouverait ici l'importance du caractère consensuel. Il apparaît sur ce point qu'en matière civile, la voie déjudiciarisée peut être choisie librement par les parties, qui peuvent également y être incitées par le jeu d'un mécanisme de tentative de

---

<sup>1</sup> Art. 495-11 du c. pr. pén.

<sup>2</sup> Ce point de vue est partagé par les magistrats du parquet rencontrés à l'occasion des journées d'études et par les avocats pénalistes interrogés sur ce point précis.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 30.

<sup>4</sup> Sur cette obs. v. *supra* n° 23.

conciliation préalable obligatoire, mais la déjudiciarisation peut également être imposée<sup>1</sup> ; lorsqu'elle est imposée, cette entrave à l'accès au juge est soumise à des conditions qui permettent de considérer que le dispositif est conforme aux droits européens<sup>2</sup>.

**62. Essai de définition.** Ainsi délimitée, la déjudiciarisation peut se prêter à une définition, qui ne peut toutefois qu'être générale, compte tenu de la diversité des méthodes pouvant être mises en œuvre. La déjudiciarisation est une finalité, à savoir le règlement du litige sans recourir au juge, du moins en matière contentieuse.

**La déjudiciarisation recouvre donc un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, en matière civile comme en matière pénale, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer une nature juridictionnelle.**

Quelle que soit la matière en cause, l'accord des parties est donc au cœur de la notion de déjudiciarisation, et s'il ne faut pas se bercer d'illusions en ce que l'accord conclu est parfois plus le fruit d'une renonciation pragmatique que la traduction d'un vœu de réconciliation, il suppose néanmoins l'adhésion des parties au contenu de l'accord, mais aussi au contexte déjudiciarisé.

---

<sup>1</sup> Sur cette méthode, v. *infra* chapitre 3.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 12.



## Chapitre 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation

### Section 1 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière civile

Aurélia FAUTRE-ROBIN

**63. De l'identification des intérêts escomptés à l'identification de l'outil approprié.** Economiser les deniers publics<sup>1</sup>, simplifier et moderniser la justice<sup>2</sup>, recentrer l'office du juge<sup>3</sup>, désengorger les juridictions<sup>4</sup>, responsabiliser les intéressés<sup>5</sup>, apaiser les conflits<sup>6</sup>, clarifier la législation<sup>7</sup>, accélérer le traitement des affaires<sup>8</sup>, crédibiliser la justice<sup>9</sup>, limiter l'intrusion du judiciaire<sup>10</sup> comme la judiciarisation de la société<sup>11</sup> ou encore promouvoir la liberté<sup>12</sup>, là sont les principaux intérêts associés, plus ou moins directement, à la déjudiciarisation. Face à autant d'avantages, l'enthousiasme du juriste devrait se manifester avec ardeur et le propos pourrait s'arrêter là. Pourtant il n'en est rien et il importe de comprendre que la réserve de nombreux juristes<sup>13</sup> tient moins à la faisabilité des objectifs

<sup>1</sup> V. E., Bazin, « De la médiation de la consommation », *AJ Contrat*, 2017, p. 361 ; E. Farine, « La déjudiciarisation. Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire social ? », *Droit*, vol., 61, n° 1, 2015, p. 185 ; S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », *LPA*, 14 juin 2012, n°119, p. 3 ; S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », *Gaz Pal.*, 5 juin 2008, n°157.

<sup>2</sup> V. J.-L. Puygauthier, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation », *JCP N*, n° 15, 15 avril 2016, 1127 ; Y. Strickler, « Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *Procédure*, n° 6, juin 2015, Etudes 6.

<sup>3</sup> A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », *La lettre*, mai 2017, p. 9 ; J. Gautier, « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *LPA*, 21 novembre 2016, n° 232, p. 7 ; N. Pierre et S. Pierre-Maurice, « La déjudiciarisation de l'envoi en possession du légataire », *Defrénois*, 2016, p. 1327 ; N. Pierre et S. Pierre-Maurice, « La déjudiciarisation de l'envoi en possession du légataire », *Defrénois* 2016, p. 1327 ; S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §3.

<sup>4</sup> V. S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.*, 2016, p. 4, spéc. §3 ; J. Monéger, « L'éviction du juge par la loi », *AJDI*, 2016, p. 170, faisant référence au « fardeau » du juge.

<sup>5</sup> Dans ce sens, il est souvent question de permettre aux intéressés de se réapproprier leur litige : v. S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », préc., spéc. §3 ; A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », préc., spéc. p. 9.

<sup>6</sup> V. E. Farine, « La déjudiciarisation. Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire social ? », préc., spéc. p. 185.

<sup>7</sup> M. Cresp, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.*, 2014, p. 107.

<sup>8</sup> V. S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §17.

<sup>9</sup> V. J. Gautier, « Du développement inexorable de la déjudiciarisation après la loi “J21” : entre outil moderne de rationalisation de l'office du juge et régression du droit », *Lexbase Hebdo* n° 701, éd. privée, 8 juin 2017.

<sup>10</sup> V. M. Cresp, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », préc. ; A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », préc., spéc. p. 9.

<sup>11</sup> V. S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc.

<sup>12</sup> V. V. Egéa, « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *RD const.*, 2017, p. 97.

<sup>13</sup> Y compris des praticiens : par ex. v. A. Dufour, « Le pronostic vital de notre justice est engagé », *LPA*, 21 février 2017, n° 37, p. 4, qui relate les propos tenus par le Président Yves Mahiu, lors de l'assemblée générale de la Conférence des bâtonniers du 27 janvier 2017.

énoncés, qu'à l'identification de l'outil permettant leurs réalisations. En somme, la déjudiciarisation est-elle réellement l'instrument d'accomplissement de ces objectifs ?

**64. De la définition de la déjudiciarisation à l'identification de ses intérêts.** Le rôle qu'il est permis d'assigner à la déjudiciarisation est bien évidemment étroitement lié au sens qui lui est préalablement donné. Or, il y a là une notion complexe susceptible de diverses définitions, qui ont déjà pu être relevées<sup>1</sup>. Rappelons que, strictement, la déjudiciarisation semble pouvoir s'entendre comme le fait de retirer à l'office du juge. C'est, par une « *action contraire* »<sup>2</sup> induite par le préfixe “dé”<sup>3</sup>, décider de se passer du juge à l'avenir. Ce mouvement inverse, visant à retirer au juge une activité qui lui était jusque-là confiée, est un élément de définition assez largement partagé<sup>4</sup>. Mais rappelons également que la déjudiciarisation paraît parfois être entendue plus largement<sup>5</sup>, comme le fait d'en appeler à un office non strictement juridictionnel ou simplement assoupli. Autrement dit, toute intervention au cours de laquelle le juge mettrait en œuvre un office ne relevant pas, à proprement parler, de son pouvoir juridictionnel ou même plus largement de la sèche application de l'article 12 du Code de procédure civile, serait assimilable à une forme de retrait du juge et donc à une forme de déjudiciarisation<sup>6</sup>. Telle est la définition large que semblent retenir certains pénalistes<sup>7</sup> et une partie de la doctrine civiliste<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 6 et s.

<sup>2</sup> *Le nouveau Petit Robert*, 2009. V° Dé-, Des-, Dés- p. 616.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Dans ce sens notamment, S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc.; N. Peterka, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. A propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G*, n° 44, 26 octobre 2015, 1160 ; E. Farine, « La déjudiciarisation. Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire social ? », préc. ; J.-L. Puygauthier, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation », préc. spéc. §21 ; également, S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd., 2015-2016, V° Déjudiciarisation, p. 335 dont la définition met expressément en avant la suppression du juge (« *Suppression du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement, de son pouvoir juridictionnel* ») ; le Rapport dit Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, spéc. p. 48, en affirmant qu'« *au sens littéral, déjudiciariser, c'est sortir du palais de justice, du périmètre de la justice, une activité jusqu'ici confiée au juge* » met bien en avant l'idée de dépossession du juge même si, avec une telle définition, la déjudiciarisation ne paraît caractérisée que si *in fine* la compétence quitte le palais, ce qui paraît pourtant constituer non pas de la déjudiciarisation mais de la déjuridictionnalisation. Dans ce sens d'ailleurs, v. S. Guinchard, « L'avenir du juge », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Études offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 171, spéc. p. 175 ; dans ce sens notamment, S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc. ; S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §21.

<sup>5</sup> Plus largement, en ce sens que le terme est retenu alors même que le juge est présent.

<sup>6</sup> Et ce, *a priori*, que lui soit confié dès l'origine une telle fonction ou que le passage se fasse d'une fonction strictement juridictionnelle à une fonction non strictement juridictionnelle.

<sup>7</sup> V., dans la présente étude, E. Rachel, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », n° 21 et s..

<sup>8</sup> V. A. Jeammaud, « Judiciariser/déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (dir.), 2004, p. 677.

**65. Méthodologie de l'analyse.** Au-delà de la pertinence de ces différentes approches, déjà relevée<sup>1</sup>, et afin de ne négliger aucune des perceptions possibles du rôle de la déjudiciarisation, tout en permettant sans doute plus aisément les rapprochements avec la matière pénale, il importe d'éprouver toutes les formes de déjudiciarisation. C'est donc en ayant à l'esprit ces conceptions divergentes que doivent être analysés le rôle et l'intérêt recherché de la déjudiciarisation, qu'il soit question, par son biais, de rationaliser le fonctionnement de la justice (I) ou de renforcer certains axes d'évolution du droit civil (II).

## **I. Rationaliser le fonctionnement de la justice ?**

**66.** La déjudiciarisation serait-elle un outil au service du fonctionnement de la justice en ce qu'elle permettrait une rationalisation des temps de procédure comme de l'utilisation des deniers publics (A), tout autant qu'une rationalisation de l'office du principal de ses acteurs, à savoir le juge (B) ?

### **A. Rationaliser le temps et l'argent ?**

**67. Economiser le temps : légitimité d'une obsession ancienne.** Déjà en 1936, pouvait-on lire sous la plume du Doyen Hébraud que « *toute réforme de la procédure consiste, aujourd'hui, à accélérer la marche du procès* »<sup>2</sup>. Décidément « *le temps judiciaire est obsédant* »<sup>3</sup>. Pourtant, il n'est pas certain que la rapidité soit toujours de bon augure. « *Le temps passé à construire sa procédure est aussi celui qui est nécessaire à la réflexion conduisant au renoncement ou au sacrifice (...)* »<sup>4</sup>. Le temps est essentiel au travail de l'avocat<sup>5</sup> et plus généralement au respect des droits de la défense<sup>6</sup>. Il est nécessaire à l'écoute des parties, demande forte de celles-ci<sup>7</sup>. Bref, le temps est une composante d'une bonne administration de la justice. Ceci étant dit, il faut comprendre par-dessus tout que « *le contrôle que l'on n'exerce pas sur le champ, l'on risque d'avoir à en payer ultérieurement le*

---

<sup>1</sup> V. *supra* N. Fricero, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », n° 6 et s.

<sup>2</sup> P. Hébraud, *La réforme de la procédure*, LGDJ, 1936, spéc. §2, p. 3.

<sup>3</sup> V. S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §5.

<sup>4</sup> C. Charrière-Bournazel, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », *Gaz. Pal.*, 19-20 décembre 2007, p. 924, spéc. p. 925.

<sup>5</sup> F. de La Vaissière, « Réforme de la procédure civile : jusqu'où ira-t-on ? », *AJDI*, 2017, p. 553.

<sup>6</sup> V. S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §10.

<sup>7</sup> V. S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc.

*prix* »<sup>1</sup>. Un accord inéquitable, ou seulement perçu comme tel, « *arraché par la force ou concédé par lassitude, est exposé à une remise en cause postérieure* »<sup>2</sup>, de sorte que le temps facilement gagné aujourd'hui est du temps assurément perdu demain<sup>3</sup>. En somme, la solution proposée – la déjudiciarisation – risque de n'avoir pour effet que de déplacer les difficultés.

**68. La mesure du temps. Attention aux spécificités.** Si en dépit de ces quelques mises en garde il apparaît toujours indispensable d'économiser le temps judiciaire, alors il devient nécessaire avant toute chose d'être en mesure de quantifier ce temps judiciaire. De cette analyse émergeront les situations sur lesquelles il paraît important d'agir. Reste qu'il est des procédures où l'« *engorgement ne peut être mesuré en termes de temps comme le sont les durées moyennes de procédure* »<sup>4</sup>. Il existe « *des contentieux singuliers qui se mesurent non pas en linéaire, durée de l'instance, mais en stock* »<sup>5</sup>. C'est le cas pour le juge des enfants qui suit les mineurs dans la durée, parfois durant toute leur minorité, mais aussi pour le juge des tutelles. L'approche de la question du temps doit par conséquent s'adapter à ces singularités.

La recherche de gain de temps semble « *insuffisante à elle seule à justifier la déjudiciarisation* »<sup>6</sup>. Qu'en est-il de la recherche d'économie d'argent, souvent étroitement liée à la question du temps ?

**69. L'approche économique de la justice, une considération majeure.** Le coût apparaît comme un enjeu majeur de la déjudiciarisation, traduisant avec force l'approche économique de la justice désormais bien connue. Le rendement, notion que l'on croyait réservée à l'industrie, est aujourd'hui pris en compte dans les juridictions<sup>7</sup>. Dans le même sens, il y est aussi souvent question de productivité<sup>8</sup> et même de « *logique managériale* »<sup>9</sup>. L'analyse

---

<sup>1</sup> J. Normand, « Droit judiciaire de la famille et contrat », in *La Contractualisation de la famille*, D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), Economica, 2001, p. 211, spéc. pp. 217-218.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Dans le même sens, D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in *La Contractualisation de la famille*, D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), Economica, 2001, p. 81, spéc. pp. 97-98 ; H. Fulchiron, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce "notarial") », *D.*, 2008, chron., p. 365, spéc. p. 367.

<sup>4</sup> V. S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §21.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> V. S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §28.

<sup>7</sup> M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.*, 1992, p. 344, spéc. p. 350.

<sup>8</sup> A. Garapon, « Vers une nouvelle économie de la justice ? Réaction au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.*, 1997, chron., p. 69, spéc. p. 70.

<sup>9</sup> M. Haravon, « La fin de la justice civile ? Réflexions sur l'éviction du juge », *D.*, 2011, chron., p. 2427.

économique, ou dite aussi comptable<sup>1</sup>, ne serait d'ailleurs pas un choix mais une approche inéluctable<sup>2</sup> suscitée par la rencontre d'une raréfaction des ressources de l'État avec l'apparition d'un besoin massif de justice ; besoin massif de justice qui ferait de celle-ci « *un bien de consommation courante* »<sup>3</sup>. En définitive, il n'y a rien de surprenant à ce que la déjudiciarisation du divorce ait pu être proposée par le ministre du Budget avant d'être reprise par le Président de la République<sup>4</sup>.

**70. Légitimité de la recherche d'économie financière.** *A priori* rien ne paraît plus légitime que de chercher à faire l'économie des deniers publics *a fortiori* lorsque ces derniers manquent. Or, nous dit-on, « *les caisses sont vides* »<sup>5</sup>, la « *justice (est) financièrement asséchée* »<sup>6</sup> et « *les déficits ne sont pas près de se résorber* »<sup>7</sup>. Il faut toutefois se prémunir contre un double écueil. D'une part, « *le recours au juge ne doit pas être stigmatisé par les charges financières qu'il implique* »<sup>8</sup>, parce que ce recours « *est un signe positif dans une société démocratique* »<sup>9</sup>. Il convient de s'en féliciter. D'autre part, l'État ne doit pas trouver dans la déjudiciarisation, « *une béquille complaisante à sa carence dans le financement du système judiciaire* »<sup>10</sup>. En effet, en serait-on réduit à une telle nécessité si, osons le dire puisque beaucoup le pensent, le budget consacré au système judiciaire français ne représenterait pas « *par habitant 64 euros, quand le montant de la redevance audiovisuelle est de 136 euros par habitant* »<sup>11</sup>, ou, plus justement, par foyer. Est-il légitime de chercher à déjudiciariser sous couvert de contraintes budgétaires lorsque le nombre de juges professionnels, pour 100 000 habitants en Europe « *est de 20,92 en moyenne alors qu'il est, en France, de 10,7* »<sup>12</sup> ? Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que le ministre de la Justice lui-même soit tenu de reconnaître qu'une augmentation du budget de la justice est

---

<sup>1</sup> S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc.

<sup>2</sup> A. Garapon, « Vers une nouvelle économie de la justice ? Réaction au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », préc., spéc. p. 71 et s.

<sup>3</sup> A. Garapon, « Vers une nouvelle économie de la justice ? Réaction au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », préc., spéc. p. 72.

<sup>4</sup> V. M. Juston, « Divorce par consentement mutuel : l'avis d'un juge aux affaires familiales », *Gaz. Pal.*, 4-5 janvier 2008, Libres propos, p. 2.

<sup>5</sup> X. Labbé, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *AJ fam.* 2018, p. 112, spéc. §2 ; S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §1.

<sup>6</sup> S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc.

<sup>7</sup> J.-J. Martel, « MARD, si l'on osait ? », *AJDI*, 2017, p. 633.

<sup>8</sup> S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §3.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la “juridiversité” », préc.

<sup>11</sup> A. Dufour, « Le pronostic vital de notre justice est engagé », préc., spéc. p. 4, qui relate les propos tenus par le Président Yves Mahiu, lors de l'assemblée générale de la Conférence des bâtonniers du 27 janvier 2017.

<sup>12</sup> *Ibid.*

nécessaire<sup>1</sup>. Nécessaire mais pas suffisante, d'où le recours à la déjudiciarisation. Mais y'a-t-il là un outil opportun s'agissant d'économiser l'argent public ?

**71. La déjudiciarisation comme instrument opportun d'économie financière.** « *Les chances de voir cet espoir se concrétiser sont bien maigres* »<sup>2</sup> si la déjudiciarisation s'accompagne de garanties suffisantes. La déjudiciarisation du divorce en témoigne. Déjà, à ce sujet, il faut se souvenir qu'avant que cette déjudiciarisation ne soit devenue droit positif, la commission Guinchard avait estimé que huit emplois de juge à plein temps et seize de greffiers seraient économisés<sup>3</sup> alors qu'il conviendrait de rémunérer, par la voie de l'aide juridictionnelle, l'ensemble des prestations notariales réalisées en direction des époux les moins aisés, rémunérations s'ajoutant à celle des avocats<sup>4</sup>. En effet, il faut avoir conscience que le notaire ne travaille pas gratuitement. Même modestement tarifée sa prestation, contrairement à celle du juge, doit être assumée par les parties. Ce à quoi s'ajoute la rémunération des deux avocats au lieu d'un seul possible auparavant. Lorsque leur prestation est couverte par l'aide juridictionnelle – ce qu'a raisonnablement prévu la réforme<sup>5</sup> – c'est alors l'économie pour l'État qui est à relativiser. Si l'on y ajoute les contentieux à retardement que peut entraîner le retrait du juge<sup>6</sup>, l'opération ne paraît économiquement guère rentable.

**72. Quelle limite à la recherche de rentabilité de temps et d'argent ?** Plus largement, si le fil conducteur des réformes doit être la recherche de célérité et d'économie, à quand, par exemple en droit de la famille, le divorce par simple échange de lettres recommandées avec accusé de réception, voire, pourquoi pas, le « *cyber divorce*<sup>7</sup> » en quelques clics sur Internet, ironiquement imaginé par le professeur Murat ? Au demeurant si l'approche économique doit être une considération majeure ne faudrait-il pas au contraire allonger les délais de procédure car plus les procédures sont rapides plus elles sont susceptibles d'être mobilisées<sup>8</sup>. L'absurdité de la proposition témoigne, au-delà de la capacité de la déjudiciarisation à satisfaire un

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> M. Saulier, « Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille », préc., spéc. §4.

<sup>3</sup> V. Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, préc., spéc p. 99. Egalement J.-M. Hayat, « Le point de vue d'un chef de juridiction », *Gaz. Pal.*, 11 mars 2014, n° 196, p. 7.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, art. 50 VII : *JORF* 19 nov. 2016.

<sup>6</sup> V. *infra*, la conséquence de la suppression de l'homologation en matière de remise en cause des accords.

<sup>7</sup> P. Murat, « Droit de la famille 2030... », *Dr fam.*, 2008, repère, n° 1, p. 1.

<sup>8</sup> S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §15.

objectif de gain de temps et d'argent, de la difficile articulation de ces enjeux au travers d'un tel mécanisme.

À défaut de présenter un réel intérêt en termes de rationalisation du temps et de l'argent, la déjudiciarisation peut-elle être l'occasion d'une rationalisation pertinente de l'office du juge ?

## **B. Rationaliser l'office du juge ?**

**73. Récurrence d'un argument péremptoire.** La formule revient dans les débats un peu comme un slogan<sup>1</sup>. Il faudrait recentrer l'office du juge sur le cœur de sa mission. Plus exactement, à en croire le gouvernement, le juge doit juger<sup>2</sup>. Le projet de loi de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle, dit projet J21, a été une fois de plus l'occasion de mettre l'argument en avant, le garde des Sceaux ayant notamment déclaré que « *reconnaître le métier de juge, le valoriser et le respecter* », c'est aussi recentrer le juge « *sur sa mission essentielle de trancher les litiges par l'application du droit* »<sup>3</sup>. Ce truisme n'est pas satisfaisant. Dissimulant un manque de réflexion, il constitue un alibi commode pour entreprendre des réformes essentielles.

**74. Légitimité de la théorie du recentrage.** L'argument du recentrage sous-tend l'idée d'une organisation hiérarchique des activités du juge. Parmi les multiples fonctions qui lui sont dévolues, certaines seraient prééminentes, et c'est sur ces dernières qu'il faudrait axer sa compétence.

S'il n'est évidemment pas permis d'analyser, dans le cadre de cette étude, un à un les différents juges civils pour voir si se dégage, pour chacun d'eux, une fonction plus centrale que les autres, il est en revanche permis, de façon suffisante pour souligner les limites de l'argument, de démontrer que tous les juges ne sauraient être perçus comme ayant au cœur de leur mission la sèche application de l'article 12 du Code de procédure civile. Et justement c'est particulièrement vrai pour le juge aux affaires familiales (JAF) spécialement concerné par cet argument. Mais avant toute chose, constatons l'absence de priorité de fonction textuellement établie. En effet, aucun texte n'a semble-t-il jamais expressément consacré le caractère prioritaire de certaines fonctions confiées au juge, quel qu'il soit. Plus encore, les

---

<sup>1</sup> V. également, V. Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. Aix-Marseille, Defrénois, 2010, spéc. §1, p. 1.

<sup>2</sup> J.-J. Urvoas, garde des Sceaux, discussion en séance publique, Ass. nat., mardi 17 mai 2016, spéc. p. 6.

<sup>3</sup> J.-J. Urvoas, discussion préc., spéc. p. 5.

actuels articles 12 et 21 du Code de procédure civile, visant respectivement l'obligation faite au juge de trancher le litige et sa mission de conciliation, sont tous deux insérés dans le chapitre consacré aux « *principes directeurs du procès* ». Pourtant, l'existence de fonctions prioritaires historiques du juge n'est pas douteuse. Toute la richesse du vocabulaire est employée pour souligner le fait que le juge est « *d'abord* »<sup>1</sup> celui qui tranche les contestations. C'est ici que se trouverait l'office « *principal* »<sup>2</sup> du juge, sa fonction « *première* »<sup>3</sup>, « *essentielle* »<sup>4</sup>, « *fondamentale* »<sup>5</sup>, « *naturelle* »<sup>6</sup>. C'est là que résiderait, avant toute autre fonction, « *le cœur de sa mission* »<sup>7</sup>, celle qui « *va de soi* »<sup>8</sup>, « *classique* »<sup>9</sup>, « *traditionnelle* »<sup>10</sup>. Une place particulière est ainsi presque unanimement faite à la fonction consistant à trancher les litiges par application de la règle de droit. Dès lors, parmi toutes les tâches qui ont pu être confiées au juge au gré des évolutions<sup>11</sup> – homologuer, autoriser, authentifier, concilier, promouvoir la médiation, etc. – seul le fait de trancher les litiges paraît en mesure d'être perçu non seulement comme une fonction essentielle ou fondamentale, mais aussi comme une fonction naturelle ou traditionnelle. Le cumul de ces caractéristiques hisse cette fonction au sommet d'une hiérarchie ou, plus exactement, au sommet de la hiérarchie originellement établie, et c'est dans l'histoire qu'il faut en rechercher la justification, laquelle est parfaitement mise en lumière par la dualité des expressions doctrinales. D'un côté, déclarer que la fonction classique ou traditionnelle du juge est de trancher les litiges revient à souligner un état de fait historique : le juge n'a pas été créé pour autre chose que pour trancher les litiges, ce qui explique qu'originellement, l'essentiel de son activité consistait à accomplir cette fonction. Ce n'est qu'à titre « *accessoire* »<sup>12</sup> que le juge intervenait pour effectuer d'autres missions. D'un autre côté, affirmer qu'il y a là sa fonction essentielle ou fondamentale revient à mettre l'accent sur la raison d'être de ce constat historique. Tranchant

---

<sup>1</sup> G. Darcy, « Regard elliptique sur l'office du juge », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 29 et 30 sept. 2006, p. 538, spéc. p. 543.

<sup>2</sup> J. Normand, V° Office du juge, in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2004, p. 925 et s.

<sup>3</sup> M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *Rép. civ. Dalloz*, sept. 2006, spéc. §6, p. 3.

<sup>4</sup> D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, spéc. p. 25.

<sup>5</sup> J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, spéc. §15, p. 15.

<sup>6</sup> M. Bandrac, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Draï, Dalloz, 2000, p. 171, spéc. §5, p. 176.

<sup>7</sup> B. Mercadal, « La légitimité du juge », *RID comp.*, 2002, p. 277, spéc. §16, p. 283.

<sup>8</sup> Ph. Théry, « Le juge dans le Code civil », *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 657, spéc. p. 665.

<sup>9</sup> B. Faucher, *La conciliation judiciaire*, th. Paris II, 1980, spéc. p. 214.

<sup>10</sup> J.-M. Coulon, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 133, spéc. p. 136.

<sup>11</sup> La juridiction gracieuse apparaît comme constante dans le temps et dans l'espace : E. Jeamin-Petit, *La mission de conciliation du juge (Réflexions sur l'office du juge)*, th. Nantes, 2006, spéc. §175 et s, p. 114 et s.

<sup>12</sup> I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.*, 1978, p. 42, spéc. §1, p. 43.



les conflits, le juge assure une mission irremplaçable. Il évite, par son jugement, que les individus ne se fassent justice à eux-mêmes. Le fait de trancher les litiges en application des règles de droit paraît donc avoir puisé dans son caractère nécessaire à la paix sociale la seule légitimité historiquement acceptable. Mais, dès lors que l'apaisement par le jugement autoritaire ne se présente plus comme l'unique instrument de paix sociale, la hiérarchie traditionnelle des fonctions du juge peut progressivement être remise en cause.

**75.** L'analyse des fonctions spécifiques du JAF illustre cette perception renouvelée de l'exercice du pouvoir judiciaire car si tant est que le JAF, ou même avant lui le juge aux affaires matrimoniales, ait jamais eu pour fonction prioritaire de trancher les litiges, il n'est plus guère contestable que sa fonction prioritaire contemporaine se trouve ailleurs. Au moins peut-on s'accorder sur l'idée que l'accumulation des réformes intervenues depuis sa création en 1993 renforce l'observation déjà implicitement faite par certains auteurs dès cette époque<sup>1</sup>. Selon la situation soumise au JAF, deux types de fonctions apparaissent désormais comme prioritaires. Ces deux fonctions ont pour point commun de permettre une gestion consensuelle de la relation familiale, ou bien en consacrant une solution consensuelle permise par le législateur, c'est l'homologation, ou bien en permettant l'émergence, c'est la conciliation largement entendue. Or, il a pu être démontré aussi bien l'adéquation de ses fonctions prioritaires contemporaines avec la qualité même de juge, que la légitimité qui est la sienne à mettre prioritairement en œuvre d'autres fonctions que la sèche application de l'article 12 du Code de procédure civile, sa légitimité apparaissant même renforcée.

**76.** Schématiquement en effet, le fait de trancher un litige et de dire le droit est communément admis comme ayant une nature juridictionnelle. En retranchant à cette idée son caractère contentieux, parce que pareille délimitation de l'acte juridictionnel est de plus en plus remise en cause<sup>2</sup>, deux critères de définition du juge peuvent être retenus sans que l'on ne s'expose à trop de critiques. D'une part, le juge est celui qui décide, c'est-à-dire celui qui prend position, porte un jugement<sup>3</sup>. D'autre part, le juge est celui qui décide, prend position, porte un jugement, au regard des règles de droit largement entendues. Précisément, le JAF qui homologue ne fait rien de plus et rien de moins. Le juge homologateur décide d'accorder ou

---

<sup>1</sup> Ainsi lorsqu'un article consacré au JAF au lendemain de son institution aborde en 1<sup>re</sup> partie sa mission de conciliation reléguant en 2<sup>nd</sup>e partie sa fonction juridictionnelle : H. Parcheminal, « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L. n° 93-22, 8 janvier 1993) », *JCP G*, 1994, I, 3762.

<sup>2</sup> V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 2009, spéc. §99, p. 74 ; S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §15.

<sup>3</sup> *Le nouveau Petit Robert*, 2009, V° Décider, p. 1630.

non l'homologation. Cette décision, le juge la prend au regard des règles de droit applicables à la situation au même titre que lorsqu'il est conduit à trancher autoritairement un conflit. Dès lors, décider au regard des règles de droit qui a tort ou raison, ou décider au regard des règles de droit si l'organisation proposée d'un commun accord est conforme aux règles de droit, c'est tout autant dire le droit. Et ce qui vaut pour le JAF, vaut vraisemblablement pour d'autres juges chargés d'homologuer. Le rapprochement de la mission de conciliation avec la mise en œuvre de l'article 12 est plus limité<sup>1</sup> puisque concilier ou promouvoir la médiation ce n'est pas dire le droit<sup>2</sup>. Cela oblige à un changement de perception du rôle du juge qui n'a, intrinsèquement au moins, rien de dérangeant. En effet, pour quelle raison si impérieuse le juge n'aurait d'autre choix que de demeurer figé dans le rôle qui lui était originellement dévolu ? Une nouvelle perception du rôle du juge est d'autant plus souhaitable que la légitimité de ce dernier à faire autre chose que trancher autoritairement les conflits est évidente.

77. L'une des raisons d'être du juge est de donner de l'effectivité au droit. Par conséquent, si l'activité du juge, tenu « *de servir le droit* »<sup>3</sup>, en permet un meilleur respect, il apparaît comme fondé à agir ainsi<sup>4</sup>. Or, les fonctions nouvellement promues du juge – du moins celles du JAF – ont, sinon pour effet acquis au moins pour objectif affiché, de permettre un meilleur respect des solutions retenues, et partant, un meilleur respect de la loi. Même une vision purement économique de la justice commande une bonne exécution des décisions. Optimiser les chances de succès d'une décision, c'est, dans l'intérêt de tous, optimiser le coût de fonctionnement du service public de la justice. Dans ces conditions, en quoi recentrer l'office du juge sur le litige est « *préférable pour une meilleure administration de la justice* »<sup>5</sup> ? La théorie du recentrage, simple effet de la déjudiciarisation ou véritable projet politique, est d'autant moins convaincante qu'un certain nombre de conséquences pour le moins fâcheuses s'y attachent.

---

<sup>1</sup> Une similitude de finalité peut être relevée entre ces deux fonctions. Leur exercice peut conduire à mettre fin au litige, soit par un traitement préventif des conflits – c'est la conciliation et la médiation – soit par un traitement curatif – c'est la solution autoritaire.

<sup>2</sup> Le juge qui s'efforce de rapprocher les intéressés ne leur dit pas quel est le droit applicable à leur situation.

<sup>3</sup> J.-L. Bergel, « Introduction générale », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, colloque des 29 et 30 septembre 2006, p. 12, spéc. p. 14.

<sup>4</sup> Approche parfaitement conforme à la notion de légitimité, v. B. Mercadal, « La légitimité du juge », *RID comp.*, 2002, p. 277.

<sup>5</sup> J. Vayr, « Le notaire qui est le conseil des familles, mais aussi l'homme du contrat, est tout à fait prêt à se positionner dans cette déjudiciarisation », *LPA*, 7 septembre 2017, p. 11, spéc. p. 12.

**78. Risque de négation de la matière gracieuse.** Réduire le juge à une simple instance de résolution des litiges risque de conduire à une négation de l'existence même de la matière gracieuse<sup>1</sup>. En suivant cette logique, le prononcé de l'adoption, l'émancipation du mineur ou l'habilitation d'un époux à représenter son conjoint, pourrait finir par être confié à un autre que le juge. Et là n'est pas la seule conséquence.

**79. Valoriser le juge et la justice ou acter leur désacralisation ?** La déjudiciarisation peut sembler acter les limites de la justice. N'est-ce pas ce qui résulte de l'idée selon laquelle, « *l'aléa de la décision judiciaire et sa longueur* » obligent à des alternatives<sup>2</sup> ? L'aveu d'impuissance, s'il n'est pas clairement exprimé, n'est guère dissimulé et il est permis de se demander en quoi cela donne du crédit à la justice. De son côté, de moins en moins capable de sacraliser ce qu'il touche, de le sanctuariser, le juge peut sembler cesser d'être un noble personnage de la loi, une honorable figure de la sphère juridique pour n'être peu à peu qu'un homme de loi parmi d'autres. Un homme de loi parmi d'autres sur « *un marché convoité* »<sup>3</sup>.

**80. Un débat perturbé par les enjeux d'un marché qui s'ouvre à la concurrence.** Encore une fois, les propos tenus en droit de la famille sont souvent évocateurs du combat qui se joue. Si, en la matière, le temps de la compétence dominante du juge apparaît révolu, au moins conceptuellement, les acteurs de la vie juridique n'attendent pas passivement la distribution des rôles. Magistrats<sup>4</sup>, avocats<sup>5</sup> ou bâtonniers<sup>6</sup>, notaires<sup>7</sup> ou présidents de chambre des notaires<sup>8</sup>, tous prennent la plume pour s'exprimer sur ce que doit être la répartition de la matière familiale. Certains insistent sur le fait que telle ou telle réforme était souhaitée depuis longtemps par le notariat lui-même<sup>9</sup>, tandis que d'autres, au contraire, ressentent le besoin de

---

<sup>1</sup> M. Saulier, « Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille », préc., spéc. §8 ; v. S. Amrani Mekki, « La déjudiciarisation », préc., spéc., §42.

<sup>2</sup> J. Gautier, « Du développement inexorable de la déjudiciarisation après la loi "J21" : entre outil moderne de rationalisation de l'office du juge et régression du droit », préc.

<sup>3</sup> A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », préc., spéc. p. 10.

<sup>4</sup> Par exemple, J. Thierry, « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *D.*, 1998, chron., p. 166.

<sup>5</sup> Par exemple, V. Gorny « Même le meilleur des notaires ne peut remplacer le juge et l'avocat », *Gaz. Pal.*, 20-22 avril 2008, doct., p. 861.

<sup>6</sup> Par exemple, C. Charrière-Bournazel, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », préc.

<sup>7</sup> Par exemple, A. Depondt, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le divorce », *Deffrénois*, 2006, art. 38494.

<sup>8</sup> Par exemple, G. Canales, « Réforme du divorce : une querelle inutile », *Gaz. Pal.*, 25-26 janvier 2008, doct., p. 91.

<sup>9</sup> Par exemple à propos de la réforme du contrôle du changement de régime matrimonial : v. J. Revel, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », *D.*, 2006, chron., p. 2591.

préciser que telle autre évolution envisagée n'est en rien une demande des notaires<sup>1</sup>. À ces derniers, il a alors été rétorqué que si les notaires « *n'étaient pas demandeurs du projet, ils se déclarent preneurs* »<sup>2</sup>. Plus nettement encore d'autres déclarent qu'« *au risque de paraître trivial, il faut bien reconnaître que le divorce, s'il appauvrit toujours les époux, occupe sinon nourrit les auxiliaires de justice* »<sup>3</sup>, de sorte que « *l'intérêt de ceux-ci pour la nouveauté n'est pas que juridique* »<sup>4</sup> ; « *chacun défend son territoire (...)* »<sup>5</sup>. Au final, c'est le marché des uns contre le marché des autres et progressivement c'est la famille qui en tant que marché fait son chemin et s'offre à une déjudiciarisation plus opportuniste qu'opportune.

**81. Recentrer un office mais disperser une matière.** Enfin, dans certaines matières du droit civil, recentrer l'office du juge sur ses fonctions contentieuses peut avoir pour effet d'entraîner une dispersion regrettable de la matière. Encore une fois c'est particulièrement vrai pour le droit de la famille. Dans cette matière où sont déjà amenés à intervenir, le JAF, le juge des tutelles, le juge des enfants et le tribunal de grande instance *stricto sensu*, le morcellement des compétences n'est évidemment pas souhaitable. Aussi, après avoir entrepris, dans un souci de lisibilité, de recentrer autant que possible la matière familiale au sein de l'organisation judiciaire entre les mains d'un même magistrat – le JAF<sup>6</sup> – le législateur tend à présent, au gré des déjudiciarisation, à l'éparpiller entre l'organisation judiciaire et l'extérieur. Ainsi il résulte de la réforme du divorce qu'une partie des divorces par consentement mutuel est traitée hors le tribunal, au même titre que le changement de régime matrimonial sans enfant mineur ni opposant<sup>7</sup>, alors que les autres divorces, comme les autres changements de régime matrimonial, demeurent de la compétence du juge. De même, alors que les couples non mariés qui se séparent pourront, à compter du 1<sup>er</sup> avril 2018, demander conjointement au directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales, qu'il donne force exécutoire à l'accord par lequel ils fixent le montant de la contribution à l'entretien et à

---

<sup>1</sup> G. Canales, « Réforme du divorce : une querelle inutile », préc., spéc. p. 8.

<sup>2</sup> L. Garnerie, « Déjudiciarisation : les avocats et le gouvernement en plein divorce », *Dr. et patr.*, janvier 2008, p. 10.

<sup>3</sup> A. Depondt, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le divorce », préc., spéc. p. 1815.

<sup>4</sup> A. Depondt, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le divorce », préc., spéc. p. 1815. Dans le même sens, le Professeur Cornu s'interroge : tous ceux qui accablent la justice et « qui s'empressent pour la suppléer sont-ils désintéressés ? » : G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9<sup>ème</sup> éd., 2006, spéc. §84 bis, p. 188.

<sup>5</sup> A. Depondt, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le divorce », préc., spéc. p. 1815.

<sup>6</sup> Regroupement qui a débuté avec la création du JAF en 1993 et s'est poursuivi avec la loi n° 2009-526 de simplification du droit et d'allégement des procédures du 12 mai 2009 (*JORF* 13 mai).

<sup>7</sup> Art. 1397 C. civ.

l'éducation de l'enfant<sup>1</sup>, les couples mariés qui se séparent s'adresseront pour leur part, selon le type de divorce mis en œuvre et la présence ou non d'une demande d'audition de l'enfant, au notaire<sup>2</sup> ou au JAF<sup>3</sup>. A multiplier ces initiatives, il n'est pas certain que la déjudiciarisation, si elle recentre l'office du juge sur sa mission historique, participe à la lisibilité des procédures. Recentrer l'office du juge ou disperser la matière, la déjudiciarisation oblige à des choix qu'il importe de prioriser.

Reste à savoir si la déjudiciarisation peut, d'un point de vue plus substantiel, venir au soutien des axes d'évolution contemporaine du droit civil.

## II. Renforcer les axes d'évolution du droit civil ?

**82.** Il est fréquent que la thématique de la déjudiciarisation soit associée à celle de la contractualisation (A) et de la pacification<sup>4</sup> (B). La déjudiciarisation peut sembler en effet être au service de ces deux principaux axes d'évolution contemporaine du droit civil<sup>5</sup> en ce qu'ils paraissent commander un retrait du juge.

### A. Renforcer la contractualisation ?

**83. Du souhaitable au nécessaire.** Le justiciable serait « *devenu de plus en plus rétif à l'ingérence du judiciaire* »<sup>6</sup>. Il serait « *plus enclin à solliciter l'intervention d'une autorité autre que le juge, réputée moins crainte, plus proche, plus accessible* »<sup>7</sup>. Au-delà du fait que rien n'interdit d'œuvrer en faveur d'un juge qui soit plus accessible, et qu'il n'est pas certain qu'une demande sociale de déjudiciarisation existe réellement<sup>8</sup>, la question n'est de toute façon pas tant de déterminer ce qui est souhaité mais bien ce qui est nécessaire. Précisément,

---

<sup>1</sup> Art. L.582-2 CSS réd. loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, article qui énumère un certain nombre de conditions.

<sup>2</sup> Pour les divorces par consentement mutuel sans demande d'audition de l'enfant.

<sup>3</sup> Pour les divorces autres que par consentement mutuel et les divorces par consentement mutuel avec demande d'audition de l'enfant.

<sup>4</sup> Parmi les très nombreux exemples, J. Gautier, « Du développement inexorable de la déjudiciarisation après la loi "J21" : entre outil moderne de rationalisation de l'office du juge et régression du droit », préc. ; S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », préc. ; E. Farine, « La déjudiciarisation. Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire social ? », préc.

<sup>5</sup> Deux axes d'évolution complémentaires et distincts. Complémentaires en ce que la contractualisation nécessite au préalable un rapprochement minimum des intéressés, mais distinction car la pacification – le rapprochement – peut s'opérer sans toutefois conduire à un accord.

<sup>6</sup> A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », préc., spéc. p. 9.

<sup>7</sup> M. Saulier, « Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille », préc., spéc. §4.

<sup>8</sup> Interrogé, le justiciable semble davantage demander un meilleur accès au juge, v. S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la "juridiversité" », préc.

l'intervention du juge serait un frein à l'exercice de la liberté, axe majeur d'évolution du droit civil.

**84. L'intervention judiciaire, frein à l'exercice de la liberté ?** Le mouvement de libéralisation des volontés, plus connu sous le nom de contractualisation<sup>1</sup>, qui touche certaines matières du droit civil, peut en effet sembler prescrire le retrait progressif du juge. Simple tremplin rassurant, celui-ci ne devrait-il pas être mis à l'écart dès lors que les intéressés ont montré leur aptitude à prendre en main leur organisation. Selon les prérogatives de celui qui se substituerait au juge, la liberté des intéressés pourrait en sortir renforcée dès lors que l'intervention judiciaire constitue pour certains, sinon « *une atteinte à la liberté conventionnelle* »<sup>2</sup>, au moins un mécanisme permettant « *des limites à la liberté contractuelle* »<sup>3</sup>, « *un frein à la mise en œuvre des initiatives éventuelles* »<sup>4</sup>. Ce constat peut suffire à vouloir faire émerger une autre méthode de conciliation de la liberté et de l'ordre public persistant. C'est ce qu'illustre assez nettement le changement de régime matrimonial, lequel a d'abord été interdit, puis autorisé sous couvert d'une homologation nécessairement judiciaire avant de pouvoir relever, dans la majorité des cas, de la compétence du notaire<sup>5</sup>. Il importe de bien comprendre ce qui s'apparente à une certaine instrumentalisation de l'office du juge au service d'une politique familiale libérale.

**85.** Dans un premier temps, il s'agit de permettre l'exercice d'une liberté – dans notre exemple, changer de régime matrimonial – en mobilisant la fonction d'homologation du juge. En somme, l'interdit laisse place à une liberté sous le contrôle rassurant du juge homologateur dont l'intervention permet de concilier la liberté et l'ordre public persistant. C'est donc une judiciarisation qui est à l'origine du rôle accru reconnu à la volonté, le juge intervenant là où

---

<sup>1</sup> Notion qui, dans certaines matières renvoie moins à l'idée de contrat *stricto sensu*, qu'à celle d'influence du modèle contractuel : v. A. Fautré-Robin, *Le juge et l'évolution contemporaine du droit de la famille*, th., Dijon, 2012, spéc. p. 512 et s. §531 et s.

<sup>2</sup> S. Frémeaux, « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Defrénois*, 2000, art. 37166, spéc. §25, p. 542.

<sup>3</sup> V. Egéa, « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », préc. spéc. p. 97.

<sup>4</sup> S. Frémeaux, « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Defrénois*, 2000, art. 37166, spéc. §25, p. 542.

<sup>5</sup> Art. 1397 réd. L. n° 2006-728 du 26 juin 2006.

il n'était pas présent auparavant<sup>1</sup>. *In fine* le contrôle social s'exerce mais déplace son centre de gravité de la loi vers le juge<sup>2</sup>.

**86.** Dans un second temps, il s'agit, une fois que les intéressés auraient fait la preuve de leur capacité – laquelle serait étayée par un faible taux de refus d'homologation – de cesser de faire appel à la fonction rassurante d'homologation du juge, au profit d'un autre mécanisme de conciliation des volontés et de l'ordre public. C'est bien cette fois une déjudiciarisation, au moins strictement entendue<sup>3</sup>, qui permettrait de valoriser les volontés en ne constituant plus une « atteinte »<sup>4</sup>, « un frein »<sup>5</sup> à la liberté. Toutefois, nonobstant le fait que le faible refus d'homologation s'explique en partie au moins par le caractère dissuasif de l'intervention judiciaire<sup>6</sup>, n'est-ce pas oublier un peu vite que le contrôle judiciaire est aussi, sinon surtout, au service de la liberté ?

**87. L'intervention judiciaire, instrument de protection substituable ?** Vraisemblablement dans certaines matières du droit civil s'illustre un climat de méfiance à l'égard de toute résistance adressée à ce que certains qualifient de « *contrat-roi* »<sup>7</sup>, résistance que peut constituer le contrôle judiciaire. Pourtant ne faut-il pas se convaincre au contraire que le juge, par son contrôle est garant – et même le meilleur garant qui soit – des libertés ? Il convient en effet de rappeler avec insistance les corollaires positifs de toute intervention du juge.

L'immixtion du juge – coûteuse – a effectivement pour contrepartie la protection des droits et libertés de chacun. Partant, s'il est une chose de réduire presque à néant l'ordre public de direction dans certains domaines du droit civil, il en est une autre d'envoyer aux oubliettes l'ordre public de protection « *incarné par le juge* »<sup>8</sup>. Et, s'il est permis de chercher un autre moyen d'assurer la protection des droits et libertés, en substituant au juge, au gré des

---

<sup>1</sup> Sauf à considérer, dans une perception large de la déjudiciarisation que celle-ci est caractérisée dès lors que le rôle du juge est réduit à un rôle d'homologuer. Dans ce cas la déjudiciarisation serait immédiatement placée au service de la liberté.

<sup>2</sup> M.-F. Nicolas-Maguin, *Droit de la famille*, La découverte, coll. Repères, Paris 1998 spéc. p. 123.

<sup>3</sup> V. J. Revel, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », préc.

<sup>4</sup> S. Frémeaux, « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », préc., spéc. §25, p. 542.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Vertu dissuasive qui s'ajoute à l'accompagnement quasi systématique des intéressés par l'avocat.

<sup>7</sup> J. Casey, « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial », *Dr. fam.*, janvier 2008, Études, n°1, p. 7, spéc. §2, p. 7.

<sup>8</sup> A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », préc., spéc. p. 9.

matières, deux notaires<sup>1</sup>, un notaire et deux avocats<sup>2</sup> ou un huissier de justice<sup>3</sup> par exemple, il faut avoir conscience que le juge n'est jamais strictement substituable. On ne choisit pas son juge. Aucun « *esprit d'entreprise* »<sup>4</sup>, aucune, « *“relation clientèle”* »<sup>5</sup> en place, *a priori* incompatible avec le respect des intérêts de chacun<sup>6</sup>, n'est susceptible d'entraver la mission du juge, tandis pourtant, qu'indépendamment des bons sentiments présumés, il exerce sa mission dans le respect de procédures soucieuses de garantir son impartialité et son indépendance.

**88.** Au demeurant, faut-il rappeler que l'homologation présente, l'autre avantage, certain – s'il faut économiser le temps et l'argent – de purger l'acte de ses vices. La récente déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel a été l'occasion de mettre en lumière cet atout. Beaucoup ont pu souligner qu'en se passant du contrôle du juge homologateur en la matière, le réformateur ne s'est pas seulement privé en amont d'un contrôle sécurisant. Il a aussi écarté un mécanisme qui avait pour avantage de purger l'acte de ses vices de sorte que, lorsque l'homologation cesse d'être le tremplin libéral d'une matière, le risque de contentieux postérieur augmente. Le juge sorti par la grande porte risque de revenir par la lucarne<sup>7</sup> alors même qu'il n'est pas toujours certain que les intéressés voient leur liberté s'accroître.

**89. La déjudiciarisation, levier d'une liberté accrue ou illusoire ?** Utiliser la déjudiciarisation comme un levier de la liberté implique non seulement de prendre en compte l'ensemble des enjeux en cause, mais aussi de porter une attention particulière aux prérogatives dévolues à celui qui supplée le juge, si tant est qu'un dispositif de substitution soit envisagé. La déjudiciarisation récente du changement de prénom illustre cette double nécessité.

---

<sup>1</sup> En matière de donation partage : art. 930 C. civ.

<sup>2</sup> En matière de divorce par consentement mutuel : art. 229 et s. C. civ.

<sup>3</sup> J.-L. Puygauthier, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation », préc. : « *un huissier de justice, à défaut de passer par le juge* » (spéc. §21) même si le Sénat aurait préféré une homologation judiciaire (spéc. §11).

<sup>4</sup> A propos du notaire, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, éd. Flammarion, 1996, spéc. p. 94.

<sup>5</sup> A propos du notaire, M. Juston, « Divorce par consentement mutuel : l'avis d'un juge aux affaires familiales », préc., spéc. p. 4.

<sup>6</sup> Dans le même sens, également, H. Croze, « Un notaire n'est pas un juge », préc., spéc. p. 2221 ; V. Gorny « Même le meilleur des notaires ne peut remplacer le juge et l'avocat », préc., spéc. p. 862.

<sup>7</sup> V. J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », *AJ. fam.*, février 2017, p. 14 ; F. Chénéché, « Divorce et contrat. A la croisée des réformes », *AJ. fam.*, février 2017, p. 26.



D'abord, le changement de prénom n'est pas qu'une affaire de liberté individuelle. Il y a là une question qui concerne plus largement, dans l'intérêt de tous, la stabilité de l'état civil. Dès lors, la promotion de la liberté du demandeur doit se concilier avec la protection de l'intérêt collectif.

C'est pourquoi, ensuite, il importe d'accorder un soin spécifique à la question de la détermination des prérogatives de celui qui intervient au lieu et place du juge, mais apparaît alors une difficulté insoluble. Ou bien ce dernier se voit confier un contrôle de nature identique à celui du juge et le gain de liberté recherché est moindre, pour ne pas dire inexistant ; ou bien, le contrôle nouvellement exercé est véritablement réduit, voire nul pour se résumer à une simple fonction d'enregistrement, et dans ce cas c'est la protection des autres intérêts en cause qui est considérablement affaiblie.

**90.** Par conséquent, il faut admettre que déjudiciariser pour servir la liberté, là où d'autres enjeux sont en cause, se fait nécessairement au détriment de ces derniers, sauf à offrir une liberté accrue illusoire. Aussi, déjudiciariser en faveur de la liberté c'est faire le choix assumé d'une préférence et non d'une conciliation, contrairement à la technique d'homologation. Tel est bien ce que met en lumière la nouvelle procédure déjudiciarisée de changement de prénom. Ne plus avoir à s'adresser au juge pour obtenir ce changement, accroît-il la liberté du demandeur ? Tout dépendra du degré d'exigence de l'officier de l'état civil – premier filtre<sup>1</sup> – et du Procureur de la République – second filtre<sup>2</sup>. « *Le législateur n'a pas nécessairement donné, avec J21, de prime à l'autonomie de la volonté* »<sup>3</sup>. Mais à vrai dire peu importe. La préférence induite par le mécanisme de déjudiciarisation se manifeste. Avec des exigences comparables à celle du juge, la liberté gagnée sera en réalité illusoire, tandis qu'avec des exigences moins fortes, c'est la protection des intérêts collectifs qui sortira perdante. Au passage, on s'interrogera, à travers cet exemple concret, sur la simplification de la nouvelle procédure – dans laquelle l'officier de l'état civil « *instruit le dossier comme une quasi-*

---

<sup>1</sup> Art. 60 al. 4 C. civ. réd. L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, préc.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> A. Lebel, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », préc., spéc. p. 10 qui souligne que l'appréciation de l'intérêt légitime demeure inchangé dans ces critères au vu de la circulaire du 17 février 2017 et plus précisément de l'annexe 2, *Fiche notion sur l'intérêt de l'enfant*. V. M. Lamarche, « Changement de prénom... Après la circulaire, le décret », *Dr. fam.*, mai 2017, n° 5, p. 3.

*jurisdiction* »<sup>1</sup> – et, plus généralement, sur les bénéfices d'une procédure pouvant mobiliser jusqu'à trois acteurs, au lieu d'un auparavant.

**91. Implication d'une déjudiciarisation au profit de la liberté ou la nécessité d'une réflexion élargie.** Lorsque le choix est fait de déjudiciariser pour favoriser la liberté, réellement ou même parfois seulement en apparence, se produit un certain nombre de conséquences dont il faut prendre la mesure. Ainsi, en matière de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, en faisant du divorce une convention « *anodine* »<sup>2</sup>, l'acte se banalise au risque de se multiplier sans toujours être accompagné de la réflexion qui s'impose. Dans le même temps, le mariage s'en trouve dévalorisé. Rompu par le biais d'une simple formalité conventionnelle, le mariage cesse d'être une institution pour n'être qu'un contrat parmi d'autres<sup>3</sup>. Et par un nouveau ricochet, c'est la cohérence d'ensemble de la matière qui est susceptible d'être affectée.

**92.** En effet, la cohérence de la matière est affectée par la liberté nouvellement acquise dès lors que ce sont les époux eux-mêmes, par leur désaveu mutuel, qui sont désormais à l'origine du prononcé du divorce et qu'il devient donc plus facile de se désunir que de s'unir, puisque l'acte de désunion, et non le règlement de ses effets, est l'œuvre exclusive de la volonté des époux contrairement à l'acte d'union.

**93.** *Quid* encore de la cohérence des matières entre elles ? N'est-il pas illogique, pour ne pas dire inconscient, de miser ainsi sur le libre consentement des époux à l'heure où l'on doute de la valeur des consentements en droit contractuel, berceau des libertés, de plus en plus sensibilisé à l'inégalité possible des parties comme en témoigne l'introduction récente des clauses abusives dans Code civil<sup>4</sup>. Une réflexion globale doit par conséquent être le préalable indispensable à toute entreprise de déjudiciarisation, quel que soit le rôle qu'on entend lui faire jouer.

---

<sup>1</sup> I. Copé-Bessis, A. Karila-Danziger, « Changement de prénom et contestation judiciaire », *AJ fam.*, 2017, p. 382.

<sup>2</sup> C. Charrière-Bournazel, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », préc., spéc. p. 924.

<sup>3</sup> Dans le même sens : v. M. Juston, « Divorce par consentement mutuel : l'avis d'un juge aux affaires familiales », préc., spéc. p. 2 ; V. Gorny « Même le meilleur des notaires ne peut remplacer le juge et l'avocat », préc., spéc. p. 862 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Pouvoirs*, 2003/4, n°107, p. 37, spéc. p. 45.

<sup>4</sup> Art. 1171 C. civ.

**94. Proposition : substituts raisonnables à la déjudiciarisation sous l'angle de la libéralisation des volontés.** Si la déjudiciarisation n'est pas la solution d'une conciliation entre la liberté des uns et la protection des autres, la libéralisation des volontés peut cependant être recherchée à travers d'autres dispositifs qui, sans conduire à se passer du juge, peuvent néanmoins alléger sa tâche. Dans ce sens la procédure d'homologation pourrait être réformée pour que soit supprimée l'obligation de comparution<sup>1</sup>. Certes, le gain de temps et d'argent sera sans doute moindre, comme la liberté gagnée par le justiciable, mais mieux vaut peut-être de petites espérances satisfaites que de grands espoirs déçus.

**95.** Un autre moyen d'encourager la contractualisation tout en favorisant l'évitement du juge, pourrait résider dans le développement des référentiels. « *Les parties seront moins enclines à tenter un contentieux si elles savent à l'avance ce qu'elles en retireraient probablement, ou plutôt statistiquement. (...) Elles seront incitées à trouver un accord proche de ce que leur indique ledit référentiel* »<sup>2</sup>. La possibilité même que le juge intervienne pour *in fine* retenir une solution quasi connue à l'avance que les intéressés auraient pu s'approprier, devrait permettre d'éviter le recours au juge. C'est là une sorte d'office virtuel du juge mis en avant par l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice<sup>3</sup>.

Faut-il se montrer aussi réservé s'agissant de voir dans la déjudiciarisation un mécanisme au service de la pacification ?

## **B. Renforcer la pacification ?**

**96. L'intervention du juge, obstacle à la pacification ?** La volonté contemporaine de favoriser la pacification – entendue comme le rapprochement des intéressés désormais capables de dialoguer – est en mesure de favoriser la mise en retrait du juge en ce que cette évolution peut sembler commander l'éloignement de tout ce qui représente de près ou de loin le conflit. Or, de façon historique et permanente, le juge entretient un lien particulier avec le litige. Quoique ses fonctions soient diversifiées et même hiérarchisées dans certaines matières, il demeure celui qui est le plus légitime à trancher la contestation. L'argument a d'ailleurs très tôt été mis en avant en matière de divorce : un divorce sans juge serait un

---

<sup>1</sup> Obligation « *mal comprise par le justiciable* », S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », préc., spéc. §40.

<sup>2</sup> S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », préc., spéc. §44.

<sup>3</sup> *La prudence et l'autorité – L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle*, Rapport de l'IHEJ, mai 2013, spéc. p. 31.

divorce dédramatisé<sup>1</sup>. Dès lors qu'aujourd'hui dédramatiser<sup>2</sup> ne suffit plus, il faut, positivement, pacifier<sup>3</sup>, l'argument retrouve davantage de pertinence. L'éloignement du juge, voire son retrait, semble d'autant plus servir la pacification de la matière considérée, que ce mouvement conduit à un sentiment d'exaltation positive, et excessive, des rapports entre les protagonistes laissant croire que les rancœurs peuvent toujours être mises de côté.

**97. L'intervention du juge au service de la pacification ?** Au contraire de ce qui précède, pourquoi le juge ne pourrait, voire ne devrait-il pas, concourir à l'œuvre de pacification, qui plus est si ce faisant il participe à la paix sociale ? Ne peut-on pas dépasser cette culture judiciaire d'affrontement pour que le juge soit lui aussi porteur de l'objectif de pacification ? Au-delà de l'intérêt de développer simultanément tout ce qui peut concourir à la pacification, il faut avoir conscience que ne pas associer le juge à l'entreprise de pacification pourrait nuire considérablement à l'image de la justice puisqu'au côté de la justice strictement autoritaire du juge, peu efficace dans beaucoup de domaines du droit civil, s'épanouirait la justice consensuelle parée de toutes les vertus.

**98.** À l'inverse, le législateur doit refuser de se priver d'un mécanisme présenté comme un idéal de justice<sup>4</sup>, même si son efficacité est, il est vrai, difficile à évaluer. A l'image de la conciliation, le succès de la médiation ne se limite pas au nombre d'accords conclus. Le médiateur qui parvient à opérer un rapprochement entre les parties de nouveau capables de discuter a rempli l'essentiel de sa mission quand bien même aucun accord n'est conclu<sup>5</sup>. Au

---

<sup>1</sup> Sur la mise en avant par certains de cet argument, v. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, préc., spéc., p. 222.

<sup>2</sup> Le terme était communément utilisé à propos de la réforme du divorce de 1975 : par exemple, E. de Lagrange, « La crise de la famille, le législateur et le juge », in *Études dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 353, spéc. p. 355 ; H. Batiffol, « Existence et spécificité du droit de la famille », *Archives Phil. dr.*, 1975, n° 20, p. 7, spéc. p. 13.

<sup>3</sup> Par exemple à propos de la réforme du divorce de 2004 : *JO, Ass. nat.*, 2<sup>ème</sup> séance du mardi 13 avril 2004, p. 2875 (D. Perben), p. 2877 et 2878 (M.-J. Roig), p. 2879 (P. Delmatte), p. 2881 (G. Levy), p. 2882 (E. Blessig) ; p. 2883 et 2884 (J.-Y. Le Bouillonnet), p. 2887 (J. Lassalle), p. 2889 (V. Pecresse), p. 2891 et 2892 (R. Mallié) ; *JO, Ass. nat.*, 3<sup>ème</sup> séance du mardi 13 avril 2004, p. 2910 (A. Viadaliés) ; *JO, Ass. nat.*, 1<sup>re</sup> séance du mercredi 14 avril 2004, p. 2950 (P. Delnatte), p. 2957 (V. Pecresse).

<sup>4</sup> En droit de la famille par exemple, il y a là un quasi consensus doctrinal : dans ce sens notamment, P. Milbrun, *La médiation : expériences et compétences*, La découverte, coll. Alternatives sociales, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 156, spéc. p. 157 ; G. Flécheux et Ph. Lafarge, « La médiation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Draï, Dalloz, 2000, p. 301 ; M. Juston, « Le juge aux affaires familiales et l'évolution de la famille. Nouvelles lois, nouvelles pratiques ? », *Gaz. Pal.*, 4-5 avril 2008, doct., p. 717, spéc. p. 720.

<sup>5</sup> Dans ce sens, v. M. Juston, « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », *Dr. fam.*, janvier 2010, *Études*, n° 2, p. 15, spéc. §23 et s., p. 16 et s. ; M. Bruggeman, « Médiation et conflictualité : une efficacité à nuancer... », *Dr. fam.*, septembre 2009, *Alertes*, n° 66, p. 4 ; E. Loquin, « Rapport de synthèse », in *Les médiateurs en France et à l'étranger*, Centre français de droit comparé et Centre français du commerce

même titre que pour la conciliation, il ne faut pas tomber dans une politique du résultat qui serait dangereuse et sans intérêt.

**99.** Quoi qu'il en soit, la médiation jouit, auprès des justiciables, d'une image positive, avec laquelle la justice étatique traditionnelle est loin de pouvoir rivaliser, et dont le législateur doit tirer parti. La justice n'est pas seulement revalorisée parce qu'elle inclut un mécanisme de pacification sinon performant, au moins vu comme tel. Par cette incorporation de la médiation sous l'égide du juge, le législateur réduit habilement le sentiment d'immixtion dans la sphère privée dénoncée par les familles notamment. Le médiateur, avec lequel les intéressés choisissent de partager une part de leur intimité, constitue en effet une sorte d'intermédiaire entre le juge et les familles qui ressentent moins l'ingérence étatique, laquelle demeure en réalité présente de par le rôle central reconnu au juge en matière de médiation judiciaire<sup>1</sup>.

**100.** Enfin et peut-être surtout, en introduisant et en développant la médiation *dans* le système judiciaire sous l'égide du juge, le législateur interdit le développement parallèle de deux types de justice. D'un côté, la justice étatique « *qui donne en spectacle l'agressivité humaine* »<sup>2</sup> au cours de procédures fastidieuses incapables de satisfaire les justiciables. De l'autre, la justice amiable<sup>3</sup> qui, mobilisant un panel de compétences juridiques, psychologiques et sociologiques, se donne les moyens d'appréhender les conflits dans toutes leurs dimensions, y compris humaine. En intégrant la médiation à l'appareil judiciaire et en soulignant ce caractère judiciaire au travers de l'office dévolu au juge, le législateur refuse une telle évolution.

La recherche de pacification ne peut donc se faire totalement en marge du juge. En revanche, il est des situations où le juge pourrait simplement se contenter d'être un superviseur.

**101. Proposition : le juge, superviseur de la pacification ou l'inutilité du monopole de conciliation du JAF en matière de divorce contentieux.** Par une loi du 8 février 1995<sup>4</sup> le

---

extérieur, colloque de 17 novembre 2000, publication de la Société de législation comparée, 2001, p. 105, spéc. p. 110.

<sup>1</sup> En dépit de l'intervention d'un tiers, la médiation n'est pas une forme de démission du juge dans sa tâche de pacification. Du choix du médiateur, à la fixation de sa mission en passant par la maîtrise de l'instance, la médiation judiciaire opère sous l'égide du juge : v. A. Fautré-Robin, *Le juge et l'évolution contemporaine du droit de la famille*, préc., spéc. p. 412 et s. §428 et s.

<sup>2</sup> R. Martin, « Quand le grain ne meurt pas...de conciliation en médiation », *JCP G*, 1996, I, 3977, spéc. p. 439.

<sup>3</sup> Justice amiable qui en réalité n'en est pas une si, en plus de ne mobiliser aucun juge, elle se déroule entièrement en marge de toute procédure judiciaire.

<sup>4</sup> L. n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile.

législateur a permis au juge de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice. Aussitôt cette nouvelle possibilité consacrée, il s'est empressé d'y apporter une restriction qui ne concerne que la mission de conciliation du JAF puisqu'est interdite la délégation « *en matière de divorce et de séparation de corps* »<sup>1</sup>. En l'état actuel du droit, la seule possibilité offerte à ce juge réside dans l'article 1110 du Code de procédure civile. Au terme de ce texte, le JAF peut, si l'une des parties est dans l'impossibilité de se rendre au lieu indiqué, confier sa mission de conciliation à un autre magistrat de même qualité. À un JAF ne peut par conséquent se substituer qu'un autre JAF. Le JAF est donc tenu de procéder personnellement à la conciliation préalable applicable en matière de divorce autre que par consentement mutuel. C'est seulement après avoir tenté en vain la conciliation qu'il pourra, pour mettre en place les mesures provisoires, recourir au médiateur<sup>2</sup>. Interdire au juge de confier la tentative préalable de conciliation au médiateur ne paraît plus justifié aujourd'hui. Consacrer la possibilité de faire appel au médiateur lorsque cela paraît opportun dès le début de la procédure permettrait de décharger le juge au gré des situations, même si certains aménagements procéduraux devront nécessairement accompagner la réforme. Il faut se souvenir en effet que la tentative préalable de conciliation est non seulement l'occasion pour le juge de rendre une ordonnance de non conciliation autorisant les époux à introduire l'instance en divorce<sup>3</sup>, mais aussi de prendre les mesures provisoires<sup>4</sup> immédiatement applicables et qui, en raison de leur importance, ne sauraient être prises par un autre que le juge. Aussi, mettre fin au monopole de conciliation en cette matière nécessiterait de prévoir néanmoins une information et une intervention du juge lui permettant d'autoriser les époux à introduire l'instance et destinée à la prise de mesures provisoires. Bien que modeste, le gain de temps pour le juge qui n'aurait alors, le plus souvent, qu'à se consacrer à la prise de mesures provisoires, n'est toutefois pas à négliger. Peut-être aurait-il davantage le luxe d'accorder le temps nécessaire aux situations qui requièrent son intervention personnelle. L'objectif de pacification ne pourrait qu'y gagner sans pour autant mettre le juge à l'écart. Si on ne peut raisonnablement se passer purement et simplement du juge dans cette œuvre de pacification qui doit animer tous les acteurs de la justice, peut-on au moins, en parallèle, retarder l'intervention du juge dans l'espoir de l'éviter ?

---

<sup>1</sup> Art. 21 de la loi préc.

<sup>2</sup> Art. 255 2° C. civ.

<sup>3</sup> Art. 1111 CPC.

<sup>4</sup> Art. 254 C. civ.

**102. Pacifier en retardant l'intervention du juge : une tendance.** Retarder l'intervention du juge n'est évidemment pas en tant que tel un instrument de pacification. L'attente des parties, *a fortiori* si elle est estimée trop longue, pourrait au contraire exacerber les tensions. L'idée est ailleurs. Il s'agit de placer des « *écrans entre le juge et le justiciable* »<sup>1</sup> pour que soit tenté un rapprochement entre les protagonistes avant l'accès au juge. Les procédés en ce sens se multiplient.

On songe au décret du 11 mars 2015<sup>2</sup> ayant conduit à la réécriture de l'article 56 du Code de procédure civile concernant la procédure applicable à toutes les juridictions. En vertu de ce texte, et depuis le 1<sup>er</sup> avril 2015, « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise (...) les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* ».

S'y ajoutent les dispositions de l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016<sup>3</sup> selon lesquelles, « *À peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; 3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime* ».

On pense également au développement des conventions de procédure participative qui « *visent à tenir le juge à l'écart du conflit, dans un premier temps* »<sup>4</sup>, les parties s'interdisant dans l'immédiat toute saisine du juge, même si « *certain contestent (...) son impact en termes de pacification, notamment dans la mesure où l'échec de la négociation ne conduit pas au dessaisissement automatique de l'avocat, ce qui n'incite pas le professionnel à tout faire pour parvenir à un accord* »<sup>5</sup>, ou au moins à un véritable rapprochement.

Signe supplémentaire de cette tendance, la loi J21 a prévu, à titre expérimental, au sein de certaines juridictions, une tentative obligatoire de médiation familiale préalable à la saisine du JAF concernant certaines demandes. Ainsi en cas de demande de modification des décisions

---

<sup>1</sup> F. de La Vaissière, « La loi Alur à l'épreuve du temps », *LPA*, 27 juin 2016, n°127, p. 7, v. « VII – La déjudiciarisation des procédures d'ajustement des prix de loyers ».

<sup>2</sup> Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends : v. Y. Strickler, « Le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », préc. ; F. de La Vaissière, « Procédure civile : regard critique sur le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », préc. ; S. Thouret, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », *AJ fam.*, 2015, p. 212.

<sup>3</sup> L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc.

<sup>4</sup> S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », préc., spéc. §43.

<sup>5</sup> *Ibid.*

fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien de l'enfant, et de demande de modification des situations contenues dans la convention homologuée par dérogation à l'article 373-2-12 du code civil<sup>1</sup>.

Tout ceci est-il vraiment efficace ?

**103. Pacifier en retardant l'intervention du juge : quelques mises en garde.** La pacification ne suppose-t-elle pas une démarche volontaire ? Plus encore, l'obligation ainsi faite ne risque-t-elle pas de braquer les protagonistes qui estiment perdre leur temps ? L'organisation des procédures de pacification rendues obligatoires suppose d'avoir à l'esprit ce risque et de le minimiser, d'une part en veillant à une mise en œuvre rapide de l'obligation ainsi faite, d'autre part en s'efforçant de toujours exposer en amont les bénéficiaires, pour tous, d'un rapprochement.

Surtout, il ne faut pas se tromper quant à l'objectif qui doit être poursuivi. Le procédé doit être perçu comme un mécanisme général d'apaisement et non comme un moyen permettant au juge de se consacrer aux litiges importants ou difficiles<sup>2</sup>. Pire encore, il ne faudrait pas que l'importance du litige ou sa complexité détermine l'opportunité de favoriser ou non la recherche de solution amiable extrajudiciaire. Nonobstant la difficulté à établir, en soi, ce que sont « *des petits litiges* »<sup>3</sup>, il est évident que le critère est mouvant. Il est des litiges mettant en jeu plusieurs dizaines de milliers d'euros qui pour certains représentent peu et des litiges de quelques euros qui pour d'autres représentent beaucoup. Au demeurant, en quoi l'importance de l'enjeu financier pourrait justifier que l'on se passe de tentative préalable de rapprochement ? La gravité de l'enjeu ne suggère-t-il pas au contraire de favoriser ce rapprochement ?

Sous ces réserves générales, retarder l'intervention du juge pour donner une chance au rapprochement des intéressés, en complément d'autres mécanismes, ne souffre pas particulièrement la critique. Il n'y a pas là d'atteinte au droit de saisir un juge, la Cour européenne des droits de l'homme l'a d'ailleurs confirmé<sup>4</sup> et la référence au motif légitime permet utilement l'individualisation des situations. Au moins peut-on convenir que c'est là, la

---

<sup>1</sup> Un décret du 16 mars 2017 a désigné ces juridictions pilotes parmi lesquelles par exemple le TGI de Bordeaux, de Nîmes ou de Rennes : V. Egéa, « Un semestre de droit procédural de la famille (janvier – juillet 2017) », *Dr fam.*, octobre 2017, n°10, p. 9.

<sup>2</sup> En sens contraire, J. Monéger, « L'éviction du juge par la loi », préc., spéc. p. 172.

<sup>3</sup> E., Bazin, « De la médiation de la consommation », préc., spéc. §4.

<sup>4</sup> CEDH, 26 mars 2015, *Momčilović c./ Croatie* : RTD. civ., 2015, 698, obs. P. Théry.



forme de déjudiciarisation – si tant est que ça en soit une – la plus acceptable car en définitive « *il s'agit plus d'une possibilité d'évitement que d'une éviction* »<sup>1</sup> du juge.

**104. Conclusion. Des symboles et des choix.** « *Le juge symbolise le regard que porte la société sur l'objet de son intervention* »<sup>2</sup>. Au-delà de ce symbole, si la France n'a pas les moyens de ses ambitions, il est indispensable qu'elle assume ses choix. Or assumer implique, non de prétendre à une protection de nature équivalente à celle du juge ou de vanter les prétendus mérites d'un juge réduit à un instrument d'autorité, mais de reconnaître que les intérêts de quelques-uns, y compris d'enfants, peuvent parfois être sacrifiés sur l'autel de l'intérêt général, quand bien même les avantages pour cette collectivité seraient parfois – souvent ? – en demi-teinte. C'est là le postulat des réformes engagées en faveur de la déjudiciarisation.

---

<sup>1</sup> J. Monéger, « L'éviction du juge par la loi », préc., spéc. p. 172.

<sup>2</sup> J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), Economica, 2001, p. 114.

## Section 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière pénale

Nicolas CATELAN

**105. Les chiffres.** Les statistiques officielles du ministère de la Justice<sup>1</sup> révèlent qu'en 2016, près de 4,6 millions de procès-verbaux étaient reçus par les juridictions répressives. Si une grande proportion faisait l'objet d'un classement sans suite (plus de 3 millions), 1 367 166 affaires étaient traitées par les parquets. La composition pénale et les procédures alternatives aux poursuites ont certes permis « d'évacuer » quelques 580 000 procédures, mais entre 2015 et 2016, l'activité des tribunaux correctionnels a ainsi augmenté de 1,5% et celle du tribunal de police de 4,9%. Les données collectées<sup>2</sup> par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) pour l'année 2014 quant au budget alloué par les États membres témoigne du fait que l'institution judiciaire française reste en moyenne sous-dotée en comparaison avec ses voisins. Au-delà des données relatives au budget de la justice<sup>3</sup>, ou au nombre de magistrats professionnels<sup>4</sup>, les chiffres relatifs au traitement des affaires pénales sont révélateurs du fonctionnement de la justice pénale : les parquets français reçoivent en moyenne pour 100 000 habitants 7,44 affaires, ce qui est nettement supérieur à la moyenne européenne (3,4)<sup>5</sup>. Or, 4,91 sont classées sans suite. Soit un taux de classement de plus de 64% quand la tendance au niveau du Conseil de l'Europe est de 45%. 0,87 font l'objet d'une négociation ou d'une peine proposée par le procureur, et 0,90 finissent devant un tribunal. 0,76 affaires font donc l'objet d'un traitement non judiciaire au sens strict.

Une lecture simpliste, car superficielle, de ces chiffres expliquerait aisément un recours conséquent à des procédés de déjudiciarisation en vue d'apurer le stock. Or, les statistiques européennes attestent qu'entre 2012 et 2014, la médiation pénale a chuté de près de 18% en France<sup>6</sup>. Logiquement, le *clearance rate* français apparaît en baisse avec un taux inférieur à 100% signifiant que la justice française ne parvient plus en 2014 à diminuer le stock des

---

<sup>1</sup> *Les chiffres-clés de la Justice 2017*, Sous-direction de la Statistique et des Études.

<sup>2</sup> *Systèmes judiciaires européens - Efficacité et qualité de la justice*, Études n° 23, 2016.

<sup>3</sup> *Ibidem* p. 22 ; La France ne consacre en effet qu'1,8% de son PIB à la justice. Concernant le montant alloué à la justice par habitant, grâce à une augmentation budgétaire au début des années 2010, en 2014, la France se situe légèrement au-dessus de la moyenne de l'UE (60 euros) avec une contribution de 64 euros par habitant loin derrière la Suisse (219 euros) et le Luxembourg (139 euros par habitant. Sur ce point, v. *supra* n° 70.

<sup>4</sup> Alors que la moyenne européenne est de presque 21 magistrats pour 100 000 habitants, la France affiche un modeste 10,5, la Slovaquie culminant à 69,3

<sup>5</sup> *Ibidem* p. 225.

<sup>6</sup> *Ibidem* p. 241.

affaires pendantes<sup>1</sup> quand la moyenne européenne est de 100%. Au demeurant les auteurs du rapport observent que « *le volume des nouvelles affaires et des affaires pendantes a diminué entre 2010 et 2012, mais a augmenté substantiellement entre 2012 et 2014* ».

Ces chiffres bruts<sup>2</sup> laissent donc apparaître un important contentieux pénal traité par des magistrats assez peu nombreux.

**106. Les enjeux.** La déjudiciarisation du contentieux pénal pourrait dès lors présenter un intérêt certain quant à la gestion des flux judiciaires. Comme le relevait la Commission instituée autour du recteur Guinchard, « *des remèdes doivent être apportés à la croissance du nombre des affaires nouvelles, afin d'y répondre efficacement et d'apporter à chacun le droit que le juge doit dire dans un délai raisonnable* »<sup>3</sup>.

Il n'est pas aisé dans un pays légaliste de se passer du juge. Le droit pénal emporte avec lui une axiologie marquée par l'histoire. La souveraineté de l'État va de pair avec l'exercice du droit de punir. Si la loi a la force de définir les délits et les crimes, les magistrats en sont les juges naturels de sorte qu'il est souvent difficile d'imaginer un circuit répressif dans lequel le juge jouerait un rôle accessoire voire nul. De nombreux outils ont pourtant été développés afin de limiter ou contourner la sphère judiciaire en droit répressif. La création d'autorités de régulation auxquelles a été confié un pouvoir de sanction est une voie connue<sup>4</sup>. Qu'il s'agisse de l'Autorité de la concurrence, de l'Autorité des marchés financiers, du Conseil supérieur de l'audiovisuel... ces institutions ont accompagné une dépénalisation de fait ou de droit. Le droit de la concurrence n'est plus que faiblement pénalisé<sup>5</sup> quand le droit répressif des marchés financiers est essentiellement absorbé par la nouvelle Commission des opérations de bourse. La spécialisation des Autorités publiques ou administratives indépendantes, leur efficacité et leur rapidité sont souvent mises en exergue afin de justifier à la fois leur existence et la coexistence avec des juridictions *stricto sensu*. Le juge répressif joue ainsi dans ces domaines une partition assez limitée, se contentant d'intervenir lorsque l'autorité de poursuites estime qu'une privation de liberté, ou sa menace, pourrait se justifier. Cette perspective semble rejoindre cette « *justice porteuse de sens pour l'intervention du juge* »

---

<sup>1</sup> *Ibidem* p. 232.

<sup>2</sup> Le *disposition time* permettant d'évaluer la rapidité de la justice pénale française ne peut être analysé, la France ne communiquant pas sur les durées moyennes des procédures. Au demeurant, selon l'*Infostat Justice* n° 134 d'avril 2015, le délai moyen de traitement d'une affaire pénale était de 9 mois en 2014.

<sup>3</sup> *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux, Rapport remis au garde des Sceaux, La Documentation française, 13 août 2008, p. 35.

<sup>4</sup> V. not. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

<sup>5</sup> V. A. Decocq, « La dépénalisation du droit de la concurrence », *Rev. jur. com.* 2001, n° 11, p. 89.

mise en exergue et valorisée par la Commission Guinchard, même si ce sens se limite ici à la prison, sans laquelle le droit pénal peine à être appréhendé : « *l'intervention du juge doit être repensée, sa mission recentrée sur ce qui constitue le cœur de sa double fonction juridictionnelle : trancher les litiges qui ne peuvent être résolus autrement, mais aussi dire le droit lorsque, comme l'énonce l'article 25 du Code de procédure civile, « en l'absence de litige, la loi exige qu'en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, elle soit soumise à son contrôle* »<sup>1</sup>.

**107.** Outre le recours à des régulateurs, le législateur s'est également lancé sur le chemin des modes alternatifs de résolution des conflits répressifs. Fortement empreinte de souveraineté, la justice pénale semble faire l'objet d'une déjudiciarisation dès lors que le juge (du siège) n'intervient plus pour « juger » lors de la réaction à l'infraction. Le développement de la médiation et l'idée d'une justice restaurative participent d'une logique similaire mais encore plus radicale, le juge du siège étant susceptible de disparaître de l'échiquier<sup>2</sup>.

**108.** Cette tendance n'est pas sans soulever des problématiques considérables tant les enjeux sont ici d'importance. En effet, « *acteur de la résolution des conflits, le juge est aussi le gardien des libertés* »<sup>3</sup>. A cet égard il semble intéressant de se demander si la déjudiciarisation, pour symbolique qu'elle soit au regard de ce qu'est l'activité judiciaire en matière pénale (**I**), n'apparaît pas tel le symptôme d'une justice pénale en crise et non son remède (**II**).

## **I. La déjudiciarisation pénale, un symbole**

**109.** La déjudiciarisation pénale jouit de vertus certaines à travers les symboles qu'elle véhicule. L'efficacité est ici souvent mise en avant (**A**). La simplicité ou la faible gravité de certaines affaires justifierait le recours à une justice négociée voire abrégée. L'apaisement des conflits issu d'une logique transactionnelle justifie par ailleurs le recours à des procédés témoignant d'une privatisation du contentieux répressif (**B**).

---

<sup>1</sup> Rapport préc., p. 36

<sup>2</sup> Même si la justice restaurative « à la Française » emprunte une voie judiciaire ; v. *infra* n° 116.

<sup>3</sup> Rapport préc., p. 37.

## A. Efficacité

### 1. Prolégomènes

**110. Perspective.** L'on ne peut qu'adhérer à l'idée selon laquelle la consécration de la déjudiciarisation « *est le résultat d'une évolution de la justice pénale liée au déclin de l'Etat-providence. Face au "phénomène de surcriminalisation", et corrélativement à celui de l'incapacité du système pénal à répondre à la commission de toutes les infractions, le législateur s'est orienté vers une voie moins interventionniste, celle de la dépenalisation et de la déjudiciarisation* »<sup>1</sup>. Cette tendance trouve son origine dans la volonté d'accélérer le rythme judiciaire, tout en circonscrivant le recours au classement sans suite et en désengorgeant les juridictions pénales<sup>2</sup>. La promptitude et la certitude de la réaction pénale, chères au marquis de Beccaria<sup>3</sup>, seraient ainsi favorisées et permettraient au système d'assurer sa fonction prophylactique. Conformément aux idées développées par Marc Ancel dès le début des années 1980, il s'agit de traiter, hors du circuit répressif, un conflit ayant une origine délictuelle au sens large. Il envisageait ainsi des « *processus non pénaux de solution des conflits individuels ou sociaux* »<sup>4</sup>. Puisque cela consiste à assurer le respect des règles sociales en faisant appel à une technique hors du champ pénal, « *c'est alors que se produit une certaine "déjudiciarisation", le juge pénal étant soulagé d'une tâche confiée à une autre autorité sociale, qui prendra une décision en prenant soin de respecter les droits de la défense* »<sup>5</sup>.

**111. Outils.** Afin de compléter l'étroit arsenal offert au parquet (classer ou poursuivre), la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 a consacré les mesures « *susceptible(s) 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* » (art. 41-1 CPP). Plusieurs modalités étaient alors prévues : le rappel à la loi ; l'orientation de l'auteur des faits vers une structure sanitaire,

---

<sup>1</sup> B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, 2041.

<sup>2</sup> V. P. Chevalier, Y. Desdevises et P. Milburn, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Doc. fr., Mission de recherche Droit et Justice, 2003, p. 117 s.

<sup>3</sup> « *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 d'impunité ; les moindres maux, s'ils sont inévitables, effraient les hommes, tandis que l'espoir, ce don du ciel qui souvent nous tient lieu de tout, écarte la perspective de pires châtements, surtout s'il est renforcé par des exemples de l'impunité qu'un juge faible ou cupide accorde fréquemment* » : C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris 1991, p. 123.

<sup>4</sup> M. Ancel, *RSC* 1983, p. 539.

<sup>5</sup> G. Levasseur, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *RSC* 1991, p. 9.

sociale ou professionnelle ; la régularisation de la situation ; la réparation du dommage ; une médiation entre l'auteur et la victime afin que celle-ci puisse obtenir réparation<sup>1</sup> ; la loi du 23 juin 1999 a également introduit la composition pénale. Ajoutons à ce rapide inventaire que la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales a intégré dans le code de procédure pénale la transaction par officier de police judiciaire (OPJ) et que la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a créé la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

**112. Gradations.** Évidemment, tous ces outils mis à la disposition du Parquet en cas d'infraction pénale ne participent pas du même degré de déjudiciarisation. Il est d'ores et déjà possible d'observer que l'absence de procès classique n'efface jamais de l'équation la magistrature debout. Titulaire de l'exercice des poursuites, le ministère public apparaît encore et toujours comme le chef d'orchestre de la procédure pénale. Le rôle du juge judiciaire ne varie pas, pour l'essentiel, lors de la mise en œuvre d'alternatives. Le juge judiciaire ne peut que valider une transaction pénale par OPJ ou une composition pénale. Soit il valide, soit il rejette l'accord sans pouvoir en modifier les termes. Les mesures alternatives prévues à l'article 41-1 du code de procédure pénale lui échappent en revanche totalement. De sorte que la seule véritable déjudiciarisation apparaît ici<sup>2</sup>, si l'on excepte le fait que le magistrat du Parquet reste bien présent.

## 2. Objectifs

**113. Célérité.** Assez logiquement, il est souvent soutenu, et à juste titre, que « *la médiation pénale facilite la décongestion du circuit judiciaire* »<sup>3</sup>. C'est ainsi parce qu'il a été jugé opportun d'apporter une réponse pénale rapide à certains types de contentieux que le législateur a cherché à développer les modes alternatifs. « *La médiation apporte tout d'abord un surcroît de qualité dans le traitement du comportement délictueux. Son premier mérite est sans doute la célérité. Alors qu'il faut attendre plusieurs mois, voire des années, pour obtenir une décision de justice, la médiation intervient dès que l'infraction est portée à la*

---

<sup>1</sup> La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 a ajouté la possibilité d'appréhender la problématique des violences conjugales ou familiales en protégeant le domicile d'éventuelles intrusions violentes de la part d'un membre du couple.

<sup>2</sup> Sur ce point, v. *supra* E. Raschel, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », n° 21 et s.

<sup>3</sup> J.-B. Perrier, « Médiation pénale », *Rép. dr. pén.*, Dalloz, octobre 2014, n° 31.

*connaissance des autorités judiciaires* »<sup>1</sup>. Confronté aux lenteurs de la justice, toujours décriées, le législateur a souvent perçu dans les solutions consensuelles un « *antidote* »<sup>2</sup> qui sur les plans humain et temporel consomme peu de ressources. Cette dynamique n'apparaissait certes pas dans les travaux préparatoires à la loi de 1993 ayant créé la médiation pénale. Il s'agissait surtout à l'époque de consacrer une pratique reposant sur l'opportunité des poursuites mais manquant d'assise légale<sup>3</sup>. Elle apparaît explicitement lors de la discussion relative à la composition pénale. Le sénateur Pierre Fauchon écrivait en effet : « *cette nouvelle forme d'alternative aux poursuites constitue un premier pas vers la mise en œuvre d'une forme de « plaider coupable ». Votre rapporteur considère que le « plaider coupable » constitue une piste qui ne doit pas être négligée dans la recherche d'une solution à l'engorgement de la justice pénale* »<sup>4</sup>. Et de manière assez similaire, le rapporteur sur la loi du 9 décembre 2016 observait quant à la CJIP : « *ce nouveau mécanisme de transaction pénale permettrait de réprimer de façon effective et rapide des faits de corruption, en se dispensant d'une enquête longue et aléatoire, sans certitude de condamnation* »<sup>5</sup>. La poursuite d'une « *efficacité procédurale* »<sup>6</sup> explique ainsi le recours à ces circuits faiblement judiciairisés avec en filigrane l'idée que la justice y gagnerait sur le plan qualitatif.

**114. Amélioration.** La célérité de la réponse pénale ne constitue pas pour autant le seul effet recherché : « *en déchargeant la justice traditionnelle d'affaires de faible gravité, la médiation pénale donne la possibilité aux juges de consacrer plus de temps aux contentieux qui présentent davantage de difficultés, tout en les jugeant plus rapidement* »<sup>7</sup>. Par un jeu de vases communicants, tout temps gagné quant au traitement de la petite délinquance, rejaillirait en termes qualitatifs sur le travail du juge. *De minimis non curat praetor* disaient les Romains. À l'inverse des choses de peu, les affaires complexes et/ou graves méritent que le juge dispose du temps suffisant à leur résolution. L'amélioration du travail judiciaire pourrait

---

<sup>1</sup> J. Leblois-Happe, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525.

<sup>2</sup> A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, 2010, Odile Jacob, p. 67.

<sup>3</sup> V. Rapport n° 31 de M. le sénateur Girault. V. également Ch. Lazerges, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, p. 186.

<sup>4</sup> P. Fauchon, Rapport n° 486 (1997-1998). L'argument fut d'ailleurs repris lors de la discussion relative à la CRPC, F. Zocchetto, *Rapport Sénat*, n° 441, 2003, p. 400.

<sup>5</sup> M. Pillet, Rapport sénatorial n° 712, juin 2016, p. 86. Le rapport insiste : « *ce dispositif tend à garantir une réponse judiciaire rapide* » (p. 87) ; il « *permettrait de réprimer de façon plus rapide et efficace les faits de corruption et de faciliter l'action du parquet, alors que les enquêtes aujourd'hui peuvent durer une dizaine d'années et s'achever par un non-lieu ou une relaxe, compte tenu de la difficulté à rapporter des preuves* » (p. 88).

<sup>6</sup> R. Colson, S. Field, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010, p. 365.

<sup>7</sup> *Idem.* V. déjà J. Pradel, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *RID pén.* vol. 66, 1995, p. 323, spéc. p. 326.

alors être un gage de confiance de la part des justiciables comme en témoigne l'exemple belge sur ce point<sup>1</sup>. Le rapport Guinchard ne dit rien de moins : « *remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle, c'est alléger ses fonctions d'un certain nombre de tâches qui n'entrent pas directement dans l'exercice de cette activité, aux fins qu'il puisse disposer de plus de temps pour se concentrer sur sa mission première qui est de dire le droit, tant au contentieux qu'en matière gracieuse* »<sup>2</sup>. Cette dynamique repose sur un postulat rarement discuté : la déjudiciarisation génère nécessairement des gains de temps. Or, observaient les rédacteurs du rapport Guinchard, « *c'est un trait spécifique de notre époque que de voir croître les besoins et les attentes des justiciables, notamment en proximité avec le juge, alors que, parallèlement, les progrès de la technique permettent précisément de mettre de la distance, au moins d'un point de vue géographique, entre le justiciable et son juge, sans porter atteinte à l'effectivité de son droit d'accès à un juge* »<sup>3</sup>.

**115.** Sur le plan purement administratif, les greffes et bureaux à ordre n'en semblent pas convaincus ; les travaux menés dans le cadre de Chantiers de la justice en attestent<sup>4</sup>. Par ailleurs, la question se pose de savoir combien de justiciables reviennent dans le schéma pénal classique par la suite. Pareillement, peut-on être réellement certain que certaines déjudiciarisations, les plus légères pour le mis en cause, ne constituent pas plus des alternatives au classement sans suite qu'à une poursuite ? Ne parle-t-on d'ailleurs pas de classement conditionné ? Enfin l'on peut observer que ce postulat amène à s'interroger sur ce que serait alors le cœur de métier des magistrats répressifs<sup>5</sup>. Il est indéniablement souhaitable que la justice pénale s'améliore. Une « exfiltration » de la petite délinquance permettrait à la magistrature d'appréhender le reste de la criminalité. Reste à trouver un sens à cette justice pénale, certains proposant d'ailleurs de se concentrer sur « *l'effectivité des sanctions prononcées et la prévention de la récidive* »<sup>6</sup>, ce qui mérite d'être discuté. Le même auteur n'a pas manqué d'observer que la justice pénale négociée « *favorise aussi une réelle individualisation puisque le prévenu - à la double condition qu'il ait une connaissance*

---

<sup>1</sup> S. Van Praet, « L'évaluation de la justice pénale aux prises avec la satisfaction des usagers », *RD pén. crim.* 2005, p. 603 s..

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 47.

<sup>3</sup> Rapport préc., p. 42.

<sup>4</sup> Le constat est dressé à propos des procédés déjudiciarisés mais surtout à propos des procédés simplifiés, tels que l'ordonnance pénale, à propos de laquelle il est indiqué que « *les fonctionnaires de greffe n'adhèrent vraiment pas à l'idée d'une extension de l'OP, estimant trop lourd le travail administratif lié à cette procédure* », *Amélioration et simplification de la justice pénale – Chantiers de la justice*, J. Beaume et F. Natali, 2018, p. 20.

<sup>5</sup> V. *infra* n° 131 et s.

<sup>6</sup> J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ Pénal* 2006, p. 473



*effective de ses droits et puisse être assisté par un avocat - sait aussi bien qu'un juge ce qui est le plus opportun pour lui* »<sup>1</sup>. Une réponse pénale adaptée participe logiquement de son amélioration, néanmoins l'on ne peut nier que cet objectif apparaît peu dans les travaux législatifs. La logique de désencombrement des juridictions est infiniment plus prégnante<sup>2</sup>. La perspective *managériale* est ici patente puisque émerge alors « *le paradigme d'une conception utilitariste de la justice* »<sup>3</sup>.

Du reste, la célérité et l'amélioration de la justice ne sont pas les seuls objectifs traditionnellement escomptés. Un souci d'apaisement est également souvent mis en perspective par les tenants d'une déjudiciarisation du contentieux pénal.

**116. Apaisement.** Les modes alternatifs de règlement des différends participent indéniablement d'une pacification sociale<sup>4</sup>. La logique consensuelle qui émane des différents outils mobilisés en faveur d'une déjudiciarisation suit une telle logique. En d'autres termes, dès lors que l'externalisation du contentieux répressif s'accompagne d'une négociation, d'une discussion, ou encore d'une acceptation, il est cohérent que ces outils favorisent un apaisement des relations. Cette perspective s'évince des travaux relatifs à l'introduction dans le code de procédure pénale de la justice restaurative. Les vertus de l'apaisement en lien avec un esprit volontariste sont ici aisées à identifier<sup>5</sup>. La garde des Sceaux défendait ainsi cette introduction : « *ce dispositif permet à ceux qui y **consentent**, auteurs et victimes d'infractions, d'entrer en contact, de participer à des rencontres. Celles-ci, qui sont soumises au strict principe du **volontariat**, sont caractérisées par la nature de l'infraction. En général en effet, ce sont des rencontres indirectes : ce ne sont pas l'auteur et la victime de la même infraction qui se rencontrent, mais des auteurs et victimes d'infractions similaires. C'est en tout cas l'hypothèse la plus fréquente, même s'il arrive aussi que les victimes et les auteurs d'infractions se rencontrent directement, toujours sur la base du **volontariat*** ». La ministre de la Justice ajoutait : « *pour que la justice restaurative conserve son essence et sa destination, à savoir qu'elle **aide la victime** qui y consent à se réparer et qu'elle **permette à l'auteur de***

---

<sup>1</sup> *Idem.* V. également Y. Joseph-Ratineau, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D.* 2008, p. 1035 s.

<sup>2</sup> V. J.-B Perrier, préc. n° 32.

<sup>3</sup> G. Deharo, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *LPA* 13 févr. 2012, p. 3 s.

<sup>4</sup> X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 218.

<sup>5</sup> V. not. F. Casorla, « La justice pénale à l'épreuve du concept de « restaurative justice », *RPDP* 2000, p. 32 et s.

*l'infraction de bien prendre la mesure du préjudice qu'il a infligé à la victime, il importe que l'acte soit vraiment volontaire et gratuit au sens le plus noble du terme »<sup>1</sup>.*

La médiation pénale s'inscrit dans cette logique depuis maintenant trois décennies : « *la médiation apporte au conflit pénal une solution apte à satisfaire toutes les parties. A la victime, elle permet d'obtenir sans aucun frais une réparation matérielle rapide et effective de son dommage ; en outre, sur le plan psychologique, celle-ci n'est plus ignorée mais reconnue et écoutée : de simple spectateur, elle devient acteur de la réponse donnée à l'acte délictuel. La rencontre avec l'auteur de l'infraction permet aussi de dédramatiser la situation vécue et de briser la spirale de la peur* »<sup>2</sup>. Les différents protocoles judiciaires propres à la transaction pénale et à la composition pénale s'inscrivent dans cette dynamique puisque, outre la question de l'homologation ou de la validation, ces alternatives nécessitent l'accord du mis en cause. L'apaisement provient sans doute du fait que les faits sont reconnus. Et l'on peut raisonnablement imaginer que cet accord, surtout lorsque l'intéressé est représenté par un avocat, participe du choix rationnel d'un *homo juridicus*. Une sanction acceptée est sans doute mieux exécutée. La notion de sanctions transactionnelles<sup>3</sup>, sans relever du contrat au sens pur, relève de cette perspective.

**117.** Si la mise en œuvre de ces logiques transactionnelles s'accompagne d'une prise en compte des intérêts de l'éventuelle victime, alors les concessions réciproques, aussi difficilement mesurables soient-elles, permettront d'apaiser les différents litiges résultant de la commission de l'infraction.

Une fois de plus, on constate aisément que si l'idée d'apaisement innerve logiquement les procédés alternatifs ou transactionnels, elle n'apparaît que très peu dans les objectifs déclarés par le législateur. Certains députés, pourtant juristes de formation, peinent d'ailleurs à concevoir un système pénal s'écartant du procès, de la condamnation, de la peine et des dommages et intérêts<sup>4</sup>.

Nonobstant ces réticences, il est difficilement contestable que de nombreux procédés liés à la déjudiciarisation du contentieux pénal ont été introduits au cours des dernières années. Ces procédés accompagnent voire produisent une privatisation de la procédure pénale. Ce

---

<sup>1</sup> Ch. Taubira, *Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 5 juin 2014*, Assemblée nationale, XIVe législature.

<sup>2</sup> J. Leblois-Happe, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525.

<sup>3</sup> J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, préf. S. Cimamonti, LGDJ, 2014, p. 575 et s.

<sup>4</sup> G. Fenech, *Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 5 juin 2014*, Assemblée nationale, XIVe législature.

mouvement, qui n'est pas nouveau, comporte un enjeu certain puisque la matière pénale est classiquement perçue comme assez peu sensible à des procédés empruntés au droit privé. L'ordre public et la souveraineté en lien avec l'expression du droit de punir jurent *prima facie* avec la logique consensuelle de la déjudiciarisation. Pourtant, difficile de nier que ces outils privés orientent la réponse pénale en sorte qu'il soit nécessaire d'en circonscrire les enjeux à l'heure d'une nouvelle réforme de la procédure pénale.

## **B. Privatisation**

**118.** La « privatisation » du contentieux pénal inhérente à la déjudiciarisation résulte de deux logiques complémentaires. Les parties qui y ont recours incitent en premier lieu à repenser l'architecture traditionnelle du processus répressif (1). En second lieu, les outils mobilisés (2) pour ce faire empruntent en parallèle au champ lexical du droit privé même si la logique à l'œuvre ne peut être poussée à son paroxysme en raison de la spécificité du droit pénal.

### **1. Privatisation par les parties y ayant recours**

**119. Un acteur en moins.** L'évidence commande de constater que c'est par l'éviction du juge judiciaire que la privatisation du procès pénal apparaît<sup>1</sup>. Faisant du juge un simple homologateur d'un accord, la loi réduit son rôle à un niveau minimal afin de faire du mis en cause, du parquet et de la victime, les seules parties prenantes à la procédure. Nombreux sont les auteurs à avoir constaté qu'à partir de la loi du 9 mars 2004, le ministère public est devenu le véritable pivot de la procédure pénale française, de sorte, une fois de plus, que la déjudiciarisation signifie tout sauf l'absence de magistrat, le procureur orientant la procédure en fonction du temps et des intérêts en présence. L'opportunité des poursuites, plus proche d'ailleurs d'une opportunité de la réponse pénale, exige que le parquetier oriente les dossiers et plaintes en fonction d'une politique pénale. À telle enseigne que la déjudiciarisation à l'œuvre depuis l'introduction *de facto* puis *de jure* de la médiation pénale ne s'est jamais accompagnée d'une diminution de l'activité des parquets<sup>2</sup>. Quel que soit le degré de déjudiciarisation, le ministère public reste le maître d'un contentieux qui entretient des rapports trop étroits avec l'ordre public pour qu'il soit complètement abandonné à des parties

---

<sup>1</sup> V. *supra* E. Rachel, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », n° 26 et s.

<sup>2</sup> V. à cet effet *Refonder le ministère public*, Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis Nadal, nov. 2013.

privées. Qu'il s'agisse du travail des médiateurs, des conciliateurs ou encore des associations sollicitées, le ministère public maîtrise la réponse pénale, du début à la fin : « *de directeur d'enquête et d'autorité de poursuite qu'il était, le procureur de la République français est devenu l'orchestrateur d'une justice restaurative et d'une forme de probation de premier niveau déployée par l'intermédiaire de ses délégués, édifiant avec ces derniers et ses partenaires publics ou associatifs une véritable ingénierie de la réponse pénale* »<sup>1</sup>.

**120. Des rôles en plus.** Cela n'empêche pas de constater que les relations entre la magistrature debout et les autres parties privées ont considérablement évolué. La médiation pénale s'apparente à une délégation, les transactions et la composition pénale impliquent un échange. Si le ministère public reste en position de force (les concessions réciproques étant alors difficiles à identifier), les différentes réformes ont provoqué une recomposition des équilibres autorisant une discussion là où l'unilatéralisme a longtemps été la clef de lecture. Si les réformes peinent à inscrire plus de discussion et négociations dans un schéma marqué par le poids des années et de la tradition, d'autres mécanismes que la composition pénale et la transaction démontrent une réelle déjudiciarisation au profit du consensualisme.

La médiation pénale est en ce sens. Menée sous l'égide d'un médiateur entre le mis en cause et la victime, cette alternative aux poursuites constitue l'exemple topique de déjudiciarisation pénale. Sans abandonner le contentieux pénal, puisqu'il en a l'initiative, le parquet estime simplement que les intérêts en présence justifient que toutes les parties prenantes soient réunies afin de trouver un terrain d'entente quant à la réparation le plus souvent des désagréments liés à la commission de l'infraction. La justice restaurative aurait pu souffler en sens identique mais elle peine à gagner ses lettres de noblesse. Malgré des résultats pour le moins impressionnants à l'étranger, la justice restaurative ne parvient pas à réellement dépasser la pétition de principe des articles 10-1 et 707 du code de procédure pénale. Dès les travaux préparatoires la ministre de la Justice avait d'ailleurs dû rassurer les parlementaires. Après avoir affirmé que « *la justice restaurative est strictement déconnectée du procès en tant que tel* », elle précisait : « *c'est une fois que le procès s'est déroulé et que les décisions ont été prononcées, et si les victimes et auteurs de l'infraction y sont intéressés et y consentent, que des mesures de justice restaurative peuvent être prises. Tous les acteurs doivent absolument être volontaires et, je le répète, la participation à cet exercice ne donne lieu à aucune*

---

<sup>1</sup> J.-C. Crocq, « Du droit de la transaction au droit à la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives et simplifiées », *AJ Pénal* 2015, p. 465.

*rétribution* »<sup>1</sup>. En somme la justice restaurative n'a jamais été perçue comme une alternative au procès pénal mais simplement comme un complément. De sorte que l'affirmation d'une justice restaurative au titre des principes directeurs du procès pénal en l'article 10-1 du code ne s'inscrit pas dans une perspective globale innervant les alternatives aux poursuites comme l'exécution des peines. L'exposé de l'amendement l'ayant introduit mentionnait toutefois que « *ces mesures pourront être ainsi proposées aux victimes et aux auteurs d'infraction à toutes les phases de la procédure, voire hors le cadre de toute procédure pénale* »<sup>2</sup>. Seul l'article 707 est en pratique de droit positif.

**121.** Ce positionnement est symptomatique de la difficulté propre aux innovations en droit pénal. Il est particulièrement malaisé de penser un droit pénal autre que régalien, vertical, afflictif et infamant bien que ces deux derniers termes aient disparu avec le code pénal de 1810. Cette difficulté est difficilement compréhensible à l'heure où existent déjà en droit positif amende forfaitaire, médiation pénale, transaction pénale, composition pénale, CJIP. Tout porte à croire que tout en ayant recours à des mécanismes de déjudiciarisation à géométrie variable, le législateur éprouve des difficultés certaines à admettre que la justice pénale est rendue en dehors des prétoires. La justice transcendantale s'abattant avec son glaive, aveugle et impartiale, peine à être dépassée ; et lorsqu'elle l'est, il est difficile de l'assumer. Sans doute faudrait-il s'intéresser à des objectifs dépassant le simple désengorgement des tribunaux. Il s'agirait alors de cerner les enjeux pour une justice certes engorgée, mais qui serait également remise en cause sur le plan de sa légitimité si le management devait primer les chiffres sur l'individu, et si la logistique devait privilégier les flux sur les êtres. Le choix des outils mobilisés afin de répondre aux objectifs de management par les coûts atteste pareillement de la privatisation inhérente aux déjudiciarisations déjà à l'œuvre mais également à venir.

## **2. Privatisation par les outils mobilisés**

**122. Champ lexical.** Les différents procédés législatifs tenant à marginaliser l'intervention du juge du siège dans le processus répressif font appel à des termes fortement teintés de droit civil. Qu'on en juge.

---

<sup>1</sup> Ch. Taubira, *Compte rendu intégral de la troisième séance du jeudi 5 juin 2014*, Assemblée nationale, XIV<sup>e</sup> législature.

<sup>2</sup> Amendement n° 875, Loi prévention de la récidive et individualisation des peines, (n° 1974).

L'article 41-1, 5° relatif à la médiation pénale emploie ainsi les expressions suivantes :

- « *accord de la victime* » ;
- « *signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise* » ;
- « *l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts* » ;
- « *recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile* ».

L'article 41-1-1 utilise quant à lui les termes :

- « *transiger* » ;
- « *garantir le paiement* » ;
- « *acceptée par l'auteur de l'infraction* » ;
- « *proposition de transaction* » ;
- « *amende transactionnelle* » ;
- « *réparer le dommage* » ;
- « *intégralité des obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction* ».

L'article 41-1-2 est plus prolix quant à la CJIP :

- « *proposer* » ;
- « *des obligations* » ;
- « *frais occasionnés* » ;
- « *dans la limite d'un plafond fixé par la convention* » ;
- « *la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages* » ;
- « *conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public* » ;
- « *accord à la proposition de convention* » ;
- « *droit de rétractation* » ;
- « *la proposition devient caduque* » ;
- « *exécution intégrale des obligations prévues* »,
- « *exécution partielle des obligations prévues par la convention* ».

Enfin, quant à la composition pénale, le législateur a eu recours aux formules suivantes :

- « *proposer* » ;
- « *reconnaît* » ;
- « *réparer les dommages causés* » ;
- « *accord de la victime* » ;
- « *proposition de composition pénale* » ;

- « *l'auteur des faits donne son accord* ».

Le texte ajoute enfin : « *la victime a également la possibilité, au vu de l'ordonnance de validation, lorsque l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages et intérêts, d'en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile* ».

**123. Interprétation.** Nul besoin ici de s'appesantir sur le sens des mots. Les logiques conventionnelle, consensuelle et transactionnelle permettent de décrypter les procédures de déjudiciarisation. Seule la médiation, pourtant seule vraie déjudiciarisation, emploie peu ce lexique. Ce recours presque excessif au vocabulaire contractuel ne saurait toutefois amener à confondre accord consensuel et contrat en matière pénale. L'option offerte au mis en cause consiste à choisir entre une procédure alternative et un procès classique. Les branches de l'alternative apparaissent déséquilibrées de sorte que le consentement exprimé est inexorablement contraint. Si les faits sont reconnus, l'audience peut présenter un risque, au regard de l'aléa et des peines pouvant y être prononcées, la privation de liberté étant en grande majorité encourue dans le cadre du contentieux délictuel<sup>1</sup>. Pareillement la logique transactionnelle à l'œuvre ne correspond pas exactement à un véritable contrat de transaction tant il semble difficile d'identifier les concessions réciproques. Si le consentement joue un rôle croissant en droit pénal<sup>2</sup>, il ne peut en l'état, et sans doute pour longtemps, opérer une confusion entre le droit privé et le droit pénal. L'hybridité des solutions législatives n'emporte pas pour autant une réelle privatisation du contentieux<sup>3</sup>. Si le droit civil inspire incontestablement la déjudiciarisation, la transposition pure et simple des concepts civilistes ne saurait avoir lieu sans nier l'essence du droit pénal, à tout le moins au sens classique. La position éminemment auguste du ministère public en atteste. Son rôle et ses missions décrivent un rapport de force déséquilibré avec le mis en cause. Le droit pénal demeure rétif à une véritable contractualisation de son contentieux quand bien même le consentement y joue un rôle de plus en plus marqué. Le pied d'égalité sur lequel se joue la partition civiliste ne saurait être retrouvé en droit pénal. L'acceptation par un mis en cause de la déjudiciarisation

---

<sup>1</sup> V. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, 2014, p. 446 et s.

<sup>2</sup> V. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, tome 36, 2002, n° 846.

<sup>3</sup> V. Xavier Pin, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245. Pour cet auteur, la justice pénale « *n'est plus l'occasion de rétablir le lien entre l'individu et la collectivité, au moyen d'une salutaire sanction étatique, mais le théâtre des passions individuelles s'exprimant tous azimuts, avec le renfort de droits subjectifs également répartis entre la personne poursuivie et ses accusateurs privés* ».

proposée par un parquetier n'est pas à même d'occulter la réalité d'un déséquilibre difficilement compensable.

**124.** La déjudiciarisation en matière pénale est de la sorte traversée par plusieurs courants qui en font un symbole à la fois d'efficacité et de privatisation du contentieux. Même si les vertus liées à l'apaisement, au désengorgement et à une réelle contractualisation de la procédure doivent être nuancées, les réformes successives témoignent d'un mouvement puissant en faveur d'une résolution des litiges en dehors de l'arène judiciaire classique. Bien que cette lame de fond soit plus ou moins assumée par le législateur, la déjudiciarisation semble constituer le remède au mal qui mine substantiellement la justice pénale : une massification du contentieux dont le traitement s'apparente au mythe de Sisyphe.

Si la déjudiciarisation était à même de résoudre les maux d'un système en crise, ses différentes manifestations auraient cependant dû au cours des dernières années permettre de constater des signes d'amélioration voire de guérison. Peut-être est-il opportun de se demander si accroître un phénomène qui ne produit pas de résultat est à même de générer les effets escomptés.

## **II. La déjudiciarisation pénale, un symptôme**

**125.** Le recours à la déjudiciarisation est un phénomène observable depuis les années 1990 en France. La multiplication des outils poursuivant cet objectif est telle qu'il est sans doute pertinent d'interroger sa logique même, afin d'en cerner les limites. La recherche d'un remède miracle à un système en crise conduit souvent à préférer ombres et illusions ; or cette chimère produit de véritables désillusions empilées par la loi sur l'autel d'une arithmétique désincarnée. La réflexion ayant conduit à déjudiciariser le contentieux pénal fixe la focale essentiellement sur les moyens (**A**) de la justice sans que sa fin (**B**) ne soit réellement interrogée. Perdant de vue l'objectif d'un droit appréhendant tous les secteurs d'activité d'une société en quête de responsables face à l'aléa de l'existence, les lois passées comme à venir menacent d'opérer une confusion entre les flux et les hommes. La figure du délinquant apte à absorber les pulsions sociales risque de réduire la justice pénale à un calculateur produisant plus de chiffres que de résultats.



## A. Une réflexion par les moyens

### 1. Une rationalité économique

126. On peut lire dans le rapport Guinchard que « *la commission n'est pas insensible au contexte budgétaire contraint et aux impératifs d'une saine gestion des deniers publics, y compris de ceux qui peuvent être affectés à la Justice, tant il est vrai que « rien ne sert de délégitimer le souci de mieux utiliser les ressources publiques, ni de contester l'importance du raisonnement économique pour la justice* »<sup>1</sup>. Quelques pages après ce constat, il est toutefois affirmé que « *la voie de la déjudiciarisation, entendue comme un simple allègement des charges pesant sur les juridictions, serait, dès lors, vouée à l'échec tant elle heurterait les fondements républicains de notre société* »<sup>2</sup>.

On a pourtant vu que les travaux parlementaires ayant conduit à adopter des outils visant la déjudiciarisation concentrent leur analyse, quand elle existe, sur le temps gagné. Et sans doute qu'ici comme ailleurs, le temps est de l'argent.

Il a parfaitement été démontré que « *la politique de modernisation de la justice criminelle ne se conçoit pas comme un programme prédéfini. Elle renvoie plutôt à un ensemble de solutions techniques élaborées pour répondre, au coup par coup, à des dysfonctionnements identifiés. La multiplication des rapports commandités par les autorités publiques aux fins de résoudre des problèmes particuliers donne ainsi lieu à la production d'un savoir d'action destiné à offrir des outils opératoires pour une meilleure gouvernance judiciaire* »<sup>3</sup>. Quels que soient en effet les rapports produits avant les réformes pénales liées à une gestion des flux délinquants, tous ont conclu à une nécessaire déjudiciarisation de certains contentieux, ou à l'accentuation de cette tendance. Aucun rapport ne comporte pourtant d'étude empirique sur les effets d'une réforme partielle<sup>4</sup>. Répondant à une commande plus ou moins profilée et orientée, il y est acquis que la déjudiciarisation permettra de résoudre de nombreux problèmes affectant la justice pénale.

---

<sup>1</sup> Rapport préc. p. 40.

<sup>2</sup> Rapport préc. p. 48.

<sup>3</sup> R. Colson et S. Field, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010, p. 365.

<sup>4</sup> *Contra v. Refonder le ministère public*, Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis Nadal, 2013.

**127.** La justice est pensée par les responsables politiques telle une « *entreprise en activités judiciaires* »<sup>1</sup>. La politique du chiffre pourtant savamment décriée<sup>2</sup> est au cœur de l'appareil judiciaire. Renforcée par la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances qui exige l'identification d'objectifs pour tous les programmes d'action publique et la construction d'outils de mesure pour évaluer l'activité des services, cette logique *managériale* empruntée au secteur privé « *soumet finalement l'ensemble du système pénal à une culture du résultat* »<sup>3</sup>. La privatisation du processus répressif est ici bien plus emblématique que lorsque le code recourt à gorge déployée au thesaurus obligationniste. La culture du résultat est plus que sous-jacente quand la systématique de la réponse pénale se substitue progressivement mais sûrement à l'opportunité des poursuites pourtant proclamée par le code de procédure pénale. Comme l'observait la Commission Nadal : « *Dans la mesure où l'efficacité des parquets et, par voie de conséquence, les emplois budgétaires qui y sont localisés, dépendent en partie de l'importance de ce taux (de réponse pénale), les procureurs de la République ont mis en œuvre des schémas d'orientation des procédures destinés à réduire au maximum le taux de classements secs, quitte à requalifier – et donc à travestir – une large part des décisions de classement en pure opportunité en classements après « rappel à la loi »* »<sup>4</sup>.

**128.** L'organisation du ministère public s'inscrit évidemment dans ce mouvement puisque sa structure le « *rend particulièrement perméable (...) aux exigences d'efficacité posées par le pouvoir politique et l'administration centrale* »<sup>5</sup>. Les différentes réformes législatives, qu'elles s'accompagnent ou non de techniques de déjudiciarisation, ont toujours contribué à renforcer son rôle quand bien même le parquet a toujours joui d'une position ô combien privilégiée en procédure pénale. Le destinataire des réformes pénales est en réalité le plus souvent le ministère public et les services d'enquête qu'il dirige. C'est en effet au parquet qu'est confiée la recherche de l'efficacité procédurale. La difficile réforme de son statut tient aux missions qui lui sont assignées par le pouvoir politique. Devant mettre en musique la politique générale déterminée par le Gouvernement, son indépendance est difficile à concéder<sup>6</sup> malgré l'apparition à terme d'un procureur européen réellement indépendant<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> S. Rozès, « Une entreprise en activités judiciaires », *RFAP* 1991, p. 5.

<sup>2</sup> V. Gautron, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil », *APC*, 2008, vol. 30, p. 201.

<sup>3</sup> R. Colson et S. Field, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010, p. 365.

<sup>4</sup> *Refonder le ministère public*, Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis Nadal, 2013, p. 46.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> V. Cons. const. décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, [Indépendance des magistrats du parquet].

Cette tendance absorbe logiquement les difficultés techniques propres aux investigations pénales modernes. La déjudiciarisation s'inscrit donc dans une logique d'efficacité rationnelle des politiques publiques ; elle a par ailleurs des incidences quant aux exigences probatoires.

## 2. Une alternative probatoire

**129. Preuve et épreuve.** Les mesures proposées aux articles 41-1 et suivants du code de procédure pénale sont-elles des alternatives aux poursuites ou des alternatives à la preuve ?<sup>2</sup>. Les procédés alternatifs que sont la composition pénale et la CRPC impliquent une reconnaissance des faits. Même si l'article 41-1-1 ne mentionne pas une telle exigence, la transaction pénale la requiert évidemment<sup>3</sup>. Le droit pénal français *stricto sensu* ne connaît pas encore de procédure de *nolo contendere*. Si les *no contest pleas* font les beaux jours des procédures de *common law* et sont apparus en droit de la concurrence et des marchés financiers<sup>4</sup>, le droit pénal classique impose au mis en cause de reconnaître les faits pour pouvoir bénéficier d'une alternative procédurale, qu'il s'agisse d'une alternative aux poursuites, ou d'une alternative à l'audience. L'homologation du juge judiciaire reposera tout entière sur cette reconnaissance, sans que le ministère public n'ait à démontrer par ailleurs la réalité de la culpabilité : « *l'organe de poursuite, à qui incombe la recherche des preuves, en est déchargé par l'exercice de son pouvoir de négociation* »<sup>5</sup>. Même si « *l'aveu est un élément de preuve faillible, et parfois, selon les circonstances, non pertinente* »<sup>6</sup>, il est ici au cœur de la déjudiciarisation. Difficile de nier que « *les dispositifs simplifiés de traitement des délits ont tous pour caractéristique d'alléger, après accord de la personne mise en cause, le formalisme et les standards de preuve de la procédure pénale* »<sup>7</sup>. Pourtant dès 2002 le Professeur Pin prévenait déjà : la justice pénale négociée « *n'est pas en accord avec l'esprit de la procédure pénale française, principalement, en ce qu'elle relègue au second plan le principe fondamental de la recherche de la vérité et qu'elle comporte des risques évidents de*

---

<sup>1</sup> Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

<sup>2</sup> Sur ce point, J.-B. Perrier, « La preuve remise », in *Les transformations de la preuve pénale*, dir. P. Beauvais et R. Parizot, Lextenso 2018, à paraître.

<sup>3</sup> V. Circulaire du 12 mai 2017 sur les mesures alternatives aux poursuites, NOR : JUSD1714357C, p. 2.

<sup>4</sup> Sur toutes ces questions, v. N. Catelan, « Les transactions devant l'ADLC et l'AMF : autorité ou influence sur le droit pénal ? », *AJ Pénal* 2015, p. 467.

<sup>5</sup> B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> R. Colson et S. Field, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010, p. 365.

*marchandage. En outre, elle conduit le justiciable à renoncer au bénéfice des droits de la défense que sont le droit à la preuve et le droit au silence, or la célérité de la justice ne saurait être à ce prix »<sup>1</sup>.*

Sans exiger un principe de corroboration<sup>2</sup>, la justice pénale négociée fait courir le risque d'une « condamnation » ni effectivement prouvée ni éprouvée, ce qui ne laisse d'inquiéter quand on songe au déséquilibre existant entre l'autorité de poursuite et le mis en cause.

**130.** Outre une réflexion focalisée sur les moyens, les réformes en faveur de la déjudiciarisation pénale masquent difficilement l'absence de débat de fond sur la justice pénale. Le traitement des infractions pénales nécessite certes une identification des priorités judiciaires, mais cet attribut du pouvoir régalien ne saurait pour autant être réduit à une gestion des flux ou à une mécanique des fluides.

## **B. Une réflexion sans fin ?**

### **1. Cœur de métier ?**

**131.** *« Remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle, c'est alléger ses fonctions d'un certain nombre de tâches qui n'entrent pas directement dans l'exercice de cette activité, aux fins qu'il puisse disposer de plus de temps pour se concentrer sur sa mission première qui est de dire le droit, tant au contentieux qu'en matière gracieuse. Et si cette mission demande du temps, c'est parce qu'elle suppose, pour l'essentiel, que le juge lise (les écritures des parties par exemple, mais pas uniquement, il y a aussi la nécessaire mise à jour permanente de ses connaissances), écoute et dialogue avec les parties ou leurs avocats, réfléchisse à la solution qu'il envisage et à toutes ses conséquences et, enfin, rédige et motive son jugement »<sup>3</sup>.*

Il est acquis que la mission du juge consiste à dire le droit pour trancher un litige. Or déjudiciariser consiste en partie à exclure le juge judiciaire de certains « petits » contentieux sans pour autant décharger le parquet. Cette lecture correspond certes à la maxime *de minimis non curat praetor* mais elle doit être interrogée à au moins deux égards.

---

<sup>1</sup> X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245.

<sup>2</sup> B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041.

<sup>3</sup> *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux, Rapport remis au garde des Sceaux, La Documentation française, 13 août 2008, p. 47.

**132.** Tout d'abord, il convient de se demander pourquoi le parquet lui-même n'est pas touché par la maxime *de minimis*... Si le contentieux est trop faiblement important pour justifier l'intervention du juge du siège, en quoi celle du parquet apparaît-elle nécessaire ? En d'autres termes, pourquoi déjudiciariser revient en droit pénal à simplement circonscrire le rôle du juge du siège sans s'interroger sur l'omniprésence du ministère public ? Que l'on sache, les parquets ne sont pas épargnés par l'engorgement des bureaux à ordre. La Commission Nadal avait ainsi préconisé de recentrer l'activité du parquet... sur l'exercice de l'action publique dans les affaires individuelles<sup>1</sup>. Plus précisément : « *L'organisation des parquets, mais aussi les modes de traitement des affaires pénales, doivent donc être conçus de telle sorte que les magistrats du ministère public puissent se consacrer aux faits les plus graves et les plus sensibles, aux enquêtes les plus complexes et, plus généralement, à toutes les questions d'application de la loi pénale qui appellent une expertise juridique* »<sup>2</sup>. Était observé que l'essentiel des forces du parquet était ainsi « *absorbé par la mise en œuvre de réponses pénales de moyenne ou de faible intensité appliquées à un nombre toujours plus important d'affaires, au détriment d'un investissement plus poussé dans la poursuite de comportements plus graves ou plus complexes, qui échappent par nature à de telles réponses* »<sup>3</sup>. Le professeur Dreyer remarquait en 2008 que la place de la médiation pénale était « *à côté, non à l'intérieur, du système pénal* »<sup>4</sup>.

**133.** Ensuite, *de minimis*... a toujours été et restera une règle arbitraire. A une époque où la répartition des infractions selon leur gravité est particulièrement brouillée par un législateur omniprésent, il est difficile de déterminer ce qui doit ou non relever de l'office du juge judiciaire. Au-delà des procédés déjudiciarisés, le développement de l'ordonnance pénale en matière délictuelle et l'extension de la CRPC<sup>5</sup> témoignent du fait que le législateur simplifie, à défaut de déjudiciariser à proprement parler, des contentieux jugés d'importance. Surtout,

---

<sup>1</sup> *Refonder le ministère public*, Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission de modernisation de l'action publique sous la présidence de Jean-Louis Nadal, 2013, p. 45.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Ibidem* p. 47.

<sup>4</sup> Emmanuel Dreyer, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G* n° 14, 2 avril 2008, doctr., 131.

<sup>5</sup> Article 495-7 CPP tel que modifié par loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 27 :

« *Pour tous les délits, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 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, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application de l'article 393 du présent code, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés* ».

l'on remarque que si la déjudiciarisation touche certains petits contentieux (médiation, ordonnance pénale et amende forfaitaire) elle permet de se passer d'une intervention judiciaire par la seule magie de la reconnaissance des faits ou leur non-contestation ; telle semble être la posture du législateur moderne. Le juge du siège n'a pas à se préoccuper des justiciables qui reconnaissent les faits qui leur sont reprochés. Par un étrange renversement de perspectives, la quête de l'aveu corrélée à la recherche subliminale de la vérité, répétée à l'envi par le code de procédure pénale, est doucement mais assurément remplacée par un désintérêt justifiant que le juge judiciaire soit marginalisé dès lors que les faits sont reconnus par le mis en cause.

A croire que le cœur de métier du juge pénal soit la recherche de la vérité en dehors de l'aveu, et que nonobstant l'histoire de la justice pénale, personne ne se soucie de la fébrilité de feu la reine des preuves. A dire vrai, il semble surtout que déjudiciariser sans s'interroger sur le droit pénal substantiel fait courir le risque d'une aporie tant le fond devrait ici déterminer la forme de la réponse pénale.

## **2. Quelle justice ? La forme sans le fond ?**

**134.** La méthode de travail du Gouvernement et du Parlement est ici frappante. Désolidarisant constamment fond et forme, faute de temps, les projets de réforme peinent à appréhender globalement le champ de la réforme. La déjudiciarisation perd en signification puisque le gain de temps apparaît premier sans qu'une réflexion sur le sens de la justice pénale ne soit mise à l'ordre du jour. Les discussions lors du vote de la loi Taubira attestent d'ailleurs de la difficulté<sup>1</sup>. Le projet prévoyait que pour certaines infractions, la peine d'emprisonnement ne soit plus encourue à titre principal. Face au tollé généré notamment au Sénat et dans la majorité, la contrainte pénale a été modifiée afin de ressembler à un ersatz de sursis avec mise à l'épreuve peu sécurisant, ce qui explique essentiellement son échec en pratique<sup>2</sup>.

Or la déjudiciarisation implique ici une réflexion double :

- identifier « les choses de peu » en matière pénale, ce qui implique de repenser également le rôle du parquet ;

---

<sup>1</sup> V. « Réforme pénale - Punir dehors (commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014) » - Etude par J.-H. Robert, *Droit pénal* n° 9, sept. 2014, étude 16.

<sup>2</sup> V. J. Mucchielli, « Un an après son application, un millier de contraintes pénales prononcées en France », *Dalloz Actu.*, 5 oct. 2015.

- et interroger la reconnaissance des faits et les garanties l'entourant lorsqu'une procédure alternative est décidée afin de gagner du temps en se privant d'un rôle plein du juge du siège.

Les chantiers de la justice attestent de cette prise en compte lorsqu'il est proposé de distinguer les alternatives en fonction des peines encourues, avocat et/ou juge se succédant en fonction des intérêts en présence<sup>1</sup>. Cette réflexion doit être poussée plus avant, tant les enjeux en termes de droits fondamentaux sont considérables en matière pénale.

### 3. Quels droits fondamentaux ?

**135. Évidents rappels.** La Commission Guinchard observait à juste titre que « *dans la matière pénale où la question des libertés individuelles se pose avec une particulière acuité, l'ambition d'une déjudiciarisation doit, plus encore que dans d'autres champs, être examinée avec la plus grande prudence* »<sup>2</sup>. On ne peut que souscrire à un tel avertissement. La doctrine ne s'y est d'ailleurs pas trompée. Dès les premières expérimentations relatives à la médiation pénale nombreux furent ceux à s'interroger sur les garanties à apporter afin que les droits de la défense ne deviennent le grand perdant de cette heureuse innovation<sup>3</sup>.

Christine Lazerges observait ainsi dès 1997 que la médiation pénale ne pouvait occulter la question des droits de la défense<sup>4</sup>. Trois ans plus tôt, Jocelyne Leblois-Happe s'interrogeait elle-aussi quant à cette même alternative : « *Quelles sont en particulier les garanties offertes aux parties (consentement libre et éclairé donné à la mesure, principe du contradictoire, droits de la défense, interdiction de la double punition, garantie judiciaire...)* ? »<sup>5</sup>.

**136.** La déjudiciarisation est certes vecteur d'efficacité et d'apaisement mais « *si la simplification peut aboutir à désengorger les tribunaux répressifs, il reste à rechercher si elle aboutit à une répression efficace et à la sauvegarde des droits de la défense* »<sup>6</sup>. La négociation peut être perçue telle « *une incitation à s'auto-incriminer* »<sup>7</sup>. Face à la menace d'une sanction plus lourde au terme d'une poursuite classique, des dangers peuvent aisément

---

<sup>1</sup> *Amélioration et simplification de la justice pénale – Chantiers de la justice*, J. Beaume et F. Natali, 2018, p. 19.

<sup>2</sup> Rapport préc. p. 121

<sup>3</sup> Sur ce point, v. *infra*, F. Engel et J.-B. Perrier, « Droits des parties et des tiers au procédé déjudiciarisé ».

<sup>4</sup> Ch. Lazerges, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, p. 186.

<sup>5</sup> J. Leblois-Happe, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525.

<sup>6</sup> B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041.

<sup>7</sup> *Idem*.

être identifiés : « soit le coupable n'est sanctionné que d'une manière aménagée, ce qui ne répond pas à l'exigence de la proportionnalité des peines et aux nécessités répressives, soit l'innocent est injustement condamné faute d'avoir pu bénéficier d'un réel droit à la preuve, l'aveu ne pouvant être que circonstancié »<sup>1</sup>.

Dans sa décision relative à l'injonction pénale le Conseil constitutionnel avait ainsi précisé que la présomption d'innocence « implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » et ajouté « qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle »<sup>2</sup>.

Quels que soient les rôles respectifs du juge du siège et de l'avocat quant à la nature des mesures ou sanctions pouvant être prononcées, reste l'importance accordée à la reconnaissance des faits sans nécessité de corroboration<sup>3</sup>.

**137. Principes directeurs et objet du procès pénal.** Le rôle et les enjeux de la déjudiciarisation du droit pénal ne peuvent se passer d'une analyse portant sur la réforme pénale en général. Beccaria avait très tôt affirmé : « Lorsqu'on défend une foule d'actes indifférents, on ne prévient pas des délits qui sauraient en résulter, mais on en crée de nouveaux en déplaçant arbitrairement, entre le vice et la vertu, des limites que l'on proclame cependant éternelles et immuables ». Et le marquis d'ajouter : « C'est pourtant la chimère que poursuivent les hommes aux facultés limitées quand ils ont en main le pouvoir »<sup>4</sup>. L'extrême pénalisation des comportements humains couplée à la systématisme de la réponse pénale produit le véritable engorgement des autorités judiciaires. Le jury de la conférence de consensus relative à la prévention de la récidive avait recommandé, dans son rapport remis en février 2013 au Premier ministre, « de permettre au parquet de déployer l'intégralité de son pouvoir d'appréciation et de décision et de mettre fin à la pratique d'une réponse systématique à tout acte délictuel, laquelle conduit à une judiciarisation excessive »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Idem.*

<sup>2</sup> Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995 « Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », cons. n° 6.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 129. Avec cette précision que la reconnaissance des faits dans le cadre de la CRPC peut poser problème lors d'une audience classique en cas d'échec de la procédure initiale : v. ainsi Crim. 30 nov. 2010, n° 10-80.460.

<sup>4</sup> C. Beccaria, *op. cit.*, p. 169.

<sup>5</sup> *Conférence de consensus - Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport remis au Premier ministre, fév. 2013, p. 16, recommandation 30.



**138.** Deux réflexions devraient donc accompagner la poursuite du mouvement de déjudiciarisation.

Il convient en effet de délimiter clairement ce qui relève du champ pénal, d'une réaction pleinement ou partiellement judiciaire (parquet compris) à des comportements antisociaux. Occulter cette interrogation amènera à perpétuellement remettre l'ouvrage sur le métier. La déjudiciarisation d'aujourd'hui suit celle d'hier et ne fera qu'annoncer et amorcer celle de demain. Le périmètre du droit pénal mérite une interrogation à la fois académique et pratique afin de permettre enfin une réforme substantielle et pérenne de la procédure pénale. Marc Ancel mentionnait ainsi des « *processus **non pénaux** de solution des conflits individuels ou sociaux* »<sup>1</sup>.

Au-delà il convient de se demander quel est l'objet de la procédure pénale. Analysant les distinctions entre les procédures pénales américaine et française, Maximo Langer observait fort justement : « *Au lieu de commencer par se demander quel système, accusatoire ou inquisitoire, est supérieur d'un point de vue normatif, nous devrions commencer par nous demander quels sont les principes et les objectifs du procès pénal que nous estimons le plus pour ensuite discuter des meilleures façons de les mettre en œuvre* »<sup>2</sup>.

Les déjudiciarisations à venir, pour vertueuses qu'elles soient intrinsèquement, doivent s'inscrire dans ces réflexions sous peine de constituer non des réformes mais des aménagements transitoires dont les défauts dépasseront rapidement les qualités.

---

<sup>1</sup> M. Ancel, *RSC* 1983, p.539.

<sup>2</sup> M. Langer, « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », *RSC* 2014, p. 707.

## Rôle et intérêt de la déjudiciarisation : Synthèse

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**139. Symbole.** Le choix d'offrir aux parties, et pour certains contentieux, la possibilité de recourir à un mode déjudiciarisé implique *de facto* une possibilité de mettre à l'écart le juge ; pire encore, lorsque la voie déjudiciarisée remplace de façon obligatoire ou presque la voie précédemment judiciaire, il ne s'agit plus seulement de permettre aux parties de préférer une solution consensuelle, mais bel et bien de leur retirer la possibilité d'accéder au juge, au moins temporairement. D'un point de vue symbolique, le recours à la déjudiciarisation n'est donc pas neutre en ce qu'il pourrait révéler à la fois la perception du législateur du fonctionnement de la justice, mais aussi de l'importance de certains contentieux. Surtout, cela traduit une appréciation gestionnaire de l'intérêt de la déjudiciarisation, et une insuffisante prise en compte du rôle du juge, quant à la qualité du règlement du litige.

**140. Décongestion.** Le premier intérêt de la déjudiciarisation est donc cet évitement de la voie judiciaire et il semble être aujourd'hui principalement recherché par le législateur en raison de l'encombrement de celle-ci. Il ne fait aujourd'hui aucun doute que la déjudiciarisation est conçue comme un moyen de décongestionner les juridictions, en les déchargeant immédiatement d'une partie du contentieux ou en imposant aux parties de rechercher un accord avant de saisir le juge. De ce point de vue, il n'est pas surprenant de constater que la déjudiciarisation est avant tout un moyen de rationaliser le fonctionnement de la justice, tant la justice civile<sup>1</sup> que la justice pénale<sup>2</sup>. Elle se traduirait par une économie de temps et de moyens humains, même si celle-ci est difficilement quantifiable.

L'effet décongestionnant serait même double, ce qui renforce l'intérêt de la déjudiciarisation : le règlement du litige par une voie déjudiciarisée est accéléré, grâce au procédé mis en œuvre<sup>3</sup>, et dans le même temps, le règlement des litiges par la voie judiciaire peut également être accéléré, grâce au temps dégagé par la déjudiciarisation d'une partie du contentieux.

**141. Contre-productivité.** La recherche de cet intérêt ne fait aucun doute, mais elle est, de nouveau, symbolique des difficultés de la Justice. La recherche de cet effet décongestionnant ne révèle-t-elle pas avant tout l'incapacité du système judiciaire à juger vite tout en jugeant

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 66 et s.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 106.

<sup>3</sup> Sur cette célérité, v. *supra* n° 113.

bien, à tel point qu'il est nécessaire de trouver ou de favoriser des circuits dérivatifs ? L'objectif d'économie budgétaire pourrait même n'être qu'illusoire globalement pour certains contentieux, notamment en matière civile où, pour le divorce « sans juge », la baisse des coûts liés à l'intervention du juge s'est accompagnée d'une hausse des coûts liée à l'intervention du notaire et, surtout, des avocats dont l'assistance pour chacun des époux est désormais obligatoire dans cette forme de divorce par divorce par consentement mutuel déjudiciarisée. Surtout, à ne poursuivre que cet objectif, la déjudiciarisation pourrait s'avérer contre-productive, par le retard apporté au règlement du litige en imposant aux parties la recherche d'un accord amiable, alors qu'il est évident que toute recherche en ce sens est vaine ou inopportune. Dans de telles hypothèses, le recours au juge est inévitable et le retard de son intervention peut conduire à enraciner le conflit plus profondément encore.

**142. Court-termisme.** Cet intérêt de la déjudiciarisation, en ce qu'elle permet de désengorger les juridictions, se réalise sans doute à court-terme, mais il n'est pas certain que l'intervention du juge soit pour autant rendue inutile en toute hypothèse. En effet, la déjudiciarisation, lorsqu'elle conduit à retirer le contrôle du juge, retire également la purge des vices de l'acte que permettait ce contrôle et celui-ci pourra donc être contesté par la suite. Le litige peut revenir devant le juge qui n'intervient plus pour contrôler un accord mais pour la contestation de cet accord<sup>1</sup>.

Certes, il n'est pas certain que l'accord soit systématiquement contesté, quoique pourtant vicié, de telle sorte que le temps gagné n'est pas perdu par la suite ; mais ce constat n'est sans doute pas heureux en ce qu'il signifie que la déjudiciarisation, par le renfort de la liberté contractuelle, peut se faire au détriment d'autres enjeux, de la protection d'autres droits et libertés, ce qui n'est pas satisfaisant<sup>2</sup>. L'équilibre qui doit ici prévaloir pourrait conduire à préférer une simplification de la procédure d'homologation, notamment en supprimant l'obligation de comparution, plutôt qu'une disparition pure et simple du juge<sup>3</sup>.

**143. Recentrage.** La déjudiciarisation aurait, par ailleurs, pour intérêt de permettre au juge de se recentrer sur ses missions<sup>4</sup>. Si l'argument est réfuté par certains en matière civile, il interpelle en matière pénale où le prononcé d'une sanction semble être au cœur de la mission

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 88.

<sup>2</sup> Sur cette obs. v. *supra* n° 90.

<sup>3</sup> En ce sens, v. *supra* n° 94.

<sup>4</sup> V. déjà pour un appel en ce sens, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux, préc., 36.

du juge. Or, le recours aux procédés déjudiciarisés en cette matière conduit à mettre en œuvre des mesures alternatives, notamment un rappel à la loi, mais aussi à proposer des sanctions, certes faibles, mais des sanctions tout de même, telle que l'amende de composition, l'amende forfaitaire ou l'amende transactionnelle. L'on retrouve ici l'idée d'une organisation hiérarchique des activités du juge<sup>1</sup>, laquelle s'apprécie en matière pénale plus au regard de la gravité de la réponse susceptible d'être apportée qu'au regard de la gravité de l'infraction elle-même, quoique la seconde puisse commander la première.

Les différents intérêts de la déjudiciarisation mis en évidence dans le cadre de la recherche aboutissent à un constat : la déjudiciarisation est surtout conçue et recherchée pour l'économie de tous ordres qu'elle permet. Or, le recours à des procédés déjudiciarisés peut également permettre d'améliorer le règlement du litige et ce rôle apaisant des procédés déjudiciarisés doit également être pris en compte, pour éviter « une déjudiciarisation plus opportuniste qu'opportune »<sup>2</sup>.

**144. Pacification.** En permettant aux parties de trouver elles-mêmes la solution de leur différend, la déjudiciarisation, lorsqu'elle se traduit par la conclusion d'un accord, semble parée de vertus d'apaisement et de simplification qui ne peuvent qu'être saluées. Il est vrai que la conclusion d'un accord, négocié de bonne foi, exécuté rapidement permettra de mettre fin rapidement au différend grâce une solution approuvée par les parties plutôt que d'attendre la décision du juge qui s'imposerait à elles ; dans le même ordre d'idée, l'acceptation par l'auteur des faits de sa sanction ou de l'indemnisation de la victime permet d'apporter une réponse rapide et apaisée, qui traduirait une certaine responsabilisation de celui-ci. Les modes alternatifs de règlement des différends participent indéniablement d'une pacification sociale<sup>3</sup> et en matière pénale, cet apaisement et cette dédramatisation semblent se retrouver à travers la logique transactionnelle qui se dessine dans les différents procédés alternatifs<sup>4</sup>.

Une telle vision est toutefois quelque peu idéaliste et il est également réducteur, voire caricatural, de n'envisager le juge qu'au sein du conflit. En matière civile, il est excessif d'opposer d'une part le règlement du litige par le juge, qui serait nécessaire en raison de l'antagonisme, et d'autre part le règlement du litige par les parties, qui serait porteur d'apaisement. De même, en matière pénale, il est excessif d'opposer d'une part la condamnation prononcée par le juge, qui serait nécessaire pour sanctionner l'auteur des faits,

---

<sup>1</sup> Sur cette organisation hiérarchique en matière civile, v. *supra* n° 74.

<sup>2</sup> Expression de A. Fautré-Robin, v. *supra* n° 81.

<sup>3</sup> X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 218.

<sup>4</sup> V. *supra* n° 117.

et d'autre part le règlement des suites de l'infraction par un accord entre les parties, qui traduirait la responsabilisation de l'auteur, voire la réconciliation des parties. Dans chacune de ces matières, la présence du juge n'exclut pas la possibilité de dédramatiser le règlement du litige, soit que le juge propose une mesure de médiation civile, soit qu'il valide l'accord conclu après en avoir contrôlé le contenu.

**145. Opposition.** Si le principal intérêt de la déjudiciarisation est, aux yeux des pouvoirs publics, de désengorger les juridictions civiles et pénales, son rôle est et pourrait être plus encore d'apaiser le règlement du litige, en matière civile comme en matière pénale. Les entretiens réalisés dans le cadre de la mission de recherche ont permis de constater que les professionnels étaient plus sensibles au rôle pacificateur de la déjudiciarisation qu'à son intérêt en termes de gestion des contentieux ; le premier semble donc devoir être privilégié. Or, pour assurer l'apaisement du règlement du litige, il est parfois nécessaire de conserver un certain rôle au juge, soit pour homologuer l'accord et en faciliter l'exécution, soit pour le contrôler et en assurer l'équité. Dès lors, cette intervention maintenue du juge, si elle renforce le rôle de la déjudiciarisation, risque de réduire son intérêt.

Il faut sans doute relativiser cette opposition puisque l'intervention du juge, réduite à une simple homologation de l'accord ou à une simple invitation à recourir à un procédé déjudiciarisé, peut permettre d'éviter la résurgence du litige et donc le retour vers la voie judiciaire. Surtout, il convient de la dépasser, en assumant le choix fait dans le cadre de la recherche : « éviter que la logistique privilégie les flux sur les êtres »<sup>1</sup>. Ce choix conduit alors à vérifier les méthodes mises en œuvre par la déjudiciarisation, afin d'en éprouver la correspondance au rôle assigné.

---

<sup>1</sup> Expression de N. Catelan, v. *supra* n° 121.



# Chapitre 3 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation

## Section 1 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation en matière civile

Natalie FRICERO et Vincent MAZEAUD<sup>1</sup>

146. La déjudiciarisation se caractérise par le pluralisme de ses méthodes et l'extension toujours croissante de son domaine. S'il en va ainsi, c'est parce que la force de la déjudiciarisation tient aussi au fait qu'elle ne repose pas sur une technique particulière permettant d'éviter le juge mais, différemment, sur une pluralité de techniques qui ont en commun de favoriser le règlement amiable d'un litige ou, à tout le moins, l'évitement du juge ou du jugement. Afin de mettre de l'ordre dans cette matière désormais foisonnante, l'on peut envisager distinctement les mesures d'incitation à la déjudiciarisation (I) et les contraintes instaurées en vue d'une déjudiciarisation (II).

### I. Les incitations à la déjudiciarisation

147. Sans aller jusqu'à imposer un règlement amiable de résolution des différends, on observe que les dispositions légales - *lato sensu* - incitent avec une vigueur toujours accrue à la possibilité de solutions extrajudiciaires (A) et qu'elles confèrent au juge des pouvoirs d'initiative accrus (B).

#### A. Les incitations légales

##### 1. Les incitations indirectes : les barèmes

148. En « barémisant » la pension alimentaire<sup>2</sup>, ou l'indemnité de licenciement<sup>3</sup>, le législateur rend les solutions prévisibles pour les personnes. Il les incite donc à négocier sur le fondement de ces barèmes. Certes, le juge peut toujours les modifier en fonction des circonstances de l'espèce, mais les conditions restrictives à remplir jouent un rôle dissuasif pour saisir le juge.

---

<sup>1</sup> Natalie Fricero a rédigé la première partie de cette étude ainsi que le B de la seconde partie. Vincent Mazeaud a rédigé le A du II.

<sup>2</sup> V. le site service public.fr et la grille indicative.

<sup>3</sup> Décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016 portant fixation du référentiel indicatif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-1 du code du travail.

## 2. Les incitations à recourir à un mode amiable avant de saisir le juge

**149.** Les textes récents incitent les parties à tenter un arrangement amiable avant de saisir un tribunal par assignation ou par déclaration au greffe.

Ainsi, l'article 56 du code de procédure civile, modifié par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, prévoit que « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ». Dans certaines situations exceptionnelles, cette mention n'est pas exigée : le motif légitime invoqué peut être fondé sur l'urgence (par exemple une assignation en référé) ou provenir de la matière considérée (ordre public auquel il est impossible de déroger par un accord de volonté, par exemple en matière d'état des personnes).

Le texte de l'article 56 du code de procédure civile conduit à exclure la sanction de la nullité (les mentions ne figurent pas dans la liste de celles assorties expressément de la nullité). La sanction résulte de l'article 127 du code de procédure civile : s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. On constate que la proposition d'un mode amiable est une faculté pour le juge, et que la proposition est limitée à la médiation ou la conciliation.

L'article 58 du code de procédure civile prévoit les mêmes dispositions, avec la même sanction prévue à l'article 127 du code de procédure civile. La requête ou la déclaration est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé : sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

On a pu considérer que la sanction n'est pas suffisamment incitative et qu'il faudrait généraliser l'irrecevabilité de la demande en justice pour défaut de tentative de règlement amiable préalable...



### 3. La convention de procédure participative de mise en état

**150. Objectifs.** L'instauration d'une convention de procédure participative de mise en état poursuit deux objectifs principaux :

- externaliser la mise en état en supprimant l'intervention du juge de la mise en état dans son rôle d'administration de l'instruction (fixation d'un calendrier) et l'intervention du juge chargé du suivi des expertises en cas de recours à un technicien ;
- permettre aux parties de trouver, le cas échéant, un accord sur le fond du litige, et de le soumettre à l'homologation du juge selon une procédure simplifiée. En cas d'absence d'accord, le juge statue sur le litige sur le fondement de la mise en état conventionnelle et du rapport éventuel de l'expert amiable.

La convention de procédure participative de mise en état intervient au cours d'une instance : le juge ordonne le retrait du rôle lorsque les parties l'informent de la conclusion d'une convention de procédure participative<sup>1</sup>. Devant la cour d'appel, l'information donnée au juge de la conclusion d'une convention de procédure participative entre toutes les parties à l'instance d'appel interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident mentionnés aux articles 905-2 et 908 à 910 du code de procédure civile. L'interruption de ces délais produit ses effets jusqu'à l'information donnée au juge de l'extinction de la procédure participative.

**151. Définition.** La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a modifié l'article 2062 du code civil pour ajouter un objet à la convention de procédure participative qui est devenue une « convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ». C'est un processus relevant du monopole des avocats<sup>2</sup>. La convention écrite, prévue pour une durée déterminée, précise l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige ainsi que les modalités de leur échange et, le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir pour mettre leur affaire en état.

Ces actes contresignés par avocats peuvent, notamment, constater les faits qui ne l'auraient pas été dans la convention ; déterminer les points de droit auxquels les parties entendent

---

<sup>1</sup> Art. 1546-1 CPC.

<sup>2</sup> Art. 4 loi du 31 déc. 1971.

limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ; convenir des modalités de communication de leurs écritures, ou recourir à un technicien...

Le recours à un technicien (un expert amiable) est encadré par le code de procédure civile, afin que le rapport puisse être produit en justice en vue du jugement de l'affaire. Le technicien, choisi et rémunéré par les parties, doit révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles. Il accomplit sa mission avec conscience, diligence et impartialité, dans le respect du principe du contradictoire. Les parties communiquent au technicien les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Le technicien joint à son rapport, si les parties et, le cas échéant, le tiers intervenant le demandant, leurs observations ou réclamations écrites et fait mention dans celui-ci des suites données à ces observations ou réclamations. A l'issue des opérations, le technicien remet un rapport écrit aux parties, et, le cas échéant, au tiers intervenant. Ce rapport peut être produit en justice.

**152. Les issues : le jugement de l'affaire après mise en état conventionnelle.** L'affaire est rétablie à la demande de l'une des parties afin que le juge, selon le cas, homologue l'accord et statue sur la partie du litige persistant ou statue sur l'entier litige. La demande de rétablissement est accompagnée de la convention de procédure participative conclue entre les parties, des pièces prévues à l'article 2063 du code civil, le cas échéant, du rapport du technicien, ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle.

Lorsque la mise en état a permis de parvenir à un **accord total**, la demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article 1555 du code de procédure civile est présentée au juge par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties.

Lorsque la mise en état a permis de parvenir à un **accord partiel**, la demande de rétablissement indique les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, ainsi que les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

Lorsque le **litige persiste en totalité**, le juge en connaît selon les modalités prévues à l'article 1564-1 du code de procédure civile (la demande de rétablissement de l'affaire est accompagnée de la convention, des pièces échangées et du rapport de l'expert).

## **B. Les incitations judiciaires**

**153.** Il entre dans la mission du juge de concilier les parties<sup>1</sup> mais aussi d'inciter les parties à trouver une solution amiable lorsque l'application de la règle de droit ne paraît pas la meilleure issue possible, et qu'en tout état de cause, elle ne rétablira pas la paix sociale faute de communication entre les parties. L'office du juge dans ce domaine est de plus en plus important.

### **1. Le pouvoir du juge de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice (art. 129-2 et suivants du code de procédure civile)**

**154. Les intérêts de la délégation de conciliation à un conciliateur de justice.** Certains juges, comme le tribunal d'instance<sup>2</sup>, le tribunal de commerce<sup>3</sup> et le tribunal paritaire des baux ruraux<sup>4</sup> peuvent déléguer leur mission de conciliation à un conciliateur de justice.

Cette déjudiciarisation a pour objectif d'assurer le développement de la conciliation : le conciliateur de justice est bénévole, il dispose de temps pour aider les parties à dialoguer et est tenu à la confidentialité. En cas d'échec, le juge saisi peut trancher en toute impartialité.

Le juge qui décide d'office de déléguer désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur.

Le conciliateur procède sans forme, il convoque en tant que de besoin les parties aux lieu, jour et heure qu'il détermine. Les parties peuvent être assistées devant le conciliateur de justice par une personne ayant qualité pour le faire devant la juridiction ayant délégué la conciliation. Le processus est confidentiel : les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance. Le juge n'est pas dessaisi : il peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis. Le greffier en avise le conciliateur et les parties.

---

<sup>1</sup> Art. 21 C. pr. civ.

<sup>2</sup> Art. 831 et s. C. pr. civ.

<sup>3</sup> Art. 860-2 C. pr. civ. pour la formation collégiale, art. 863 pour le juge chargé d'instruire l'affaire.

<sup>4</sup> Art. 887 C. pr. civ.

**155. Le constat d'accord, une issue sécurisée et exécutoire.** La conciliation déléguée permet l'obtention d'un titre exécutoire. La teneur de l'accord, même partiel, est consignée dans un constat signé par les parties et le conciliateur de justice<sup>1</sup>.

À tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation, qui est une procédure très simple, relève de la matière gracieuse<sup>2</sup>.

## 2. Les pouvoirs d'invitation et d'injonction du juge aux affaires familiales

**156.** De très nombreuses dispositions concernant les procédures familiales incluent une incitation à la déjudiciarisation. Dans ces contentieux dans lesquels la relation entre les membres de la même famille doit être rétablie et maintenue afin que le contenu des décisions soit accepté et exécuté sans contestation, la résolution amiable paraît particulièrement adaptée. Le cas échéant, c'est la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant qui justifie qu'un mode amiable soit tenté. L'adhésion des parents à la solution contribue à sa pérennité et leur accord est un facteur essentiel au maintien nécessaire des relations familiales. Les exemples intéressent des domaines variés qu'il faut présenter successivement.

### a. Le juge propose une mesure de médiation

**157.** Dans le cadre de toute procédure en matière familiale (hors divorce et séparation de corps), **l'article 1071 du code de procédure civile** prévoit que le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties. Saisi d'un litige, il peut **proposer une mesure de médiation** et après avoir recueilli l'accord des parties désigner un médiateur familial pour y procéder.

### b. Le juge enjoint de rencontrer un médiateur familial pour information

**158.** Dans le cadre des mesures provisoires ordonnées au cours de la procédure de divorce, **l'article 255-1° du code civil** prévoit que le juge aux affaires familiales (JAF) peut proposer

---

<sup>1</sup> Art. 130 C. pr. civ.

<sup>2</sup> Art. 131 C. pr. civ.

aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Le JAF peut aussi **enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial** qui les informera sur l'objet le déroulement de la médiation<sup>1</sup>. Sa décision n'est pas susceptible de recours.

c. Le juge propose une mesure de médiation et enjoint de rencontrer un médiateur familial qui informe

**159.** Dans le cadre des conflits survenant à propos de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant, **l'article 373-2-10 du code civil** précise qu'en cas de désaccord, le juge **s'efforce de concilier les parties**. À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur **proposer une mesure de médiation** et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut **également leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises** par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, **de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure** (cette information est gratuite). Depuis le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, pour l'application de cet article, la double convocation (ou encore convocation à double niveau) peut être utilisée par le JAF : lorsque la décision d'injonction de rencontrer un médiateur leur est adressée par courrier, il est rappelé aux parents la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée. Un arrêté du 16 mai 2013 avait désigné pour procéder à l'expérimentation de cette double convocation fondée sur l'injonction de rencontrer un médiateur familial, deux tribunaux de grande instance d'Arras et de Bordeaux. Cette expérimentation avait été conçue pour être généralisée : le rapport « Juston-Gargoullaud »<sup>2</sup> a insisté sur la nécessité d'effectuer un audit préalable afin d'apprécier les différentes pratiques et de chiffrer le coût d'une telle extension<sup>3</sup>. L'expérimentation officielle a cessé auprès de ces juridictions, mais la double convocation demeure appliquée devant certaines juridictions.

---

<sup>1</sup> Art. 255, 2° C. pr. civ.

<sup>2</sup> M. Juston et S. Gargoullaud, *Médiation familiale et contrats de co-parentalité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, avril 2014, 31 p.

<sup>3</sup> Proposition n° 8 ; le bilan de l'expérimentation est mitigé, les parties refusant le plus souvent de s'engager en médiation ou de se rendre à la convocation ; en revanche, lorsqu'elles acceptent une médiation, le taux de réussite est important.

d. Le juge homologue l'accord des parties selon une procédure simplifiée

**160. L'article 373-2-7 du code civil** (issu de la loi n° 2002-305 du mars 2002) précise que « les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de **faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant** » et poursuit en indiquant que « le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

**L'article 1143 du code de procédure civile**<sup>1</sup> prévoit la procédure d'homologation : « Lorsque les parents sollicitent l'homologation de leur convention en application de l'article 373-2-7 du code civil, le juge est saisi par requête conjointe. Il ne peut modifier les termes de la convention qui lui est soumise. Il statue sur la requête sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. La décision qui refuse d'homologuer la convention peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse ». Dans toute convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants, mention est faite que le mineur capable de discernement a été avisé de son droit à être entendu et assisté d'un avocat et, le cas échéant, qu'il n'a pas souhaité faire usage de cette faculté ».

**L'article 1072-1 du Code de procédure civile** ajoute: « Lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale ou lorsqu'il est saisi aux fins d'**homologation selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants**, le juge aux affaires familiales vérifie si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs, il peut demander au juge des enfants de lui transmettre copie des pièces du dossier en cours, selon les modalités définies à l'article 1187-1 ».

---

<sup>1</sup> Section III du chapitre V du Titre I du Livre III consacrée aux « autres procédures relevant de la compétence du juge aux affaires familiales » ; art. 2 décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016 ; circulaire d'application du Ministère de la Justice du 4 janvier 2017 relative à la procédure simplifiée d'homologation des conventions parentales prévues à l'article 373-2-7 du code civil.

e. Le juge décide de l'irrecevabilité de la demande en cas d'absence de tentative préalable de médiation familiale

**161.** L'arrêté du 16 mai 2013 avait désigné les deux juridictions pilotes pour expérimenter la tentative obligatoire de médiation familiale préalable : il s'agissait du tribunal de grande instance de Bordeaux et du tribunal de grande instance d'Arras (également désignés pour l'expérimentation de la double convocation sur injonction de rencontrer un médiateur familial).

Par exception, la demande était recevable même en l'absence de tentative de médiation familiale préalable dans trois séries de circonstances :

- si la demande émanait conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;
- si l'absence de recours à la médiation était justifiée par un motif légitime ;
- si cette tentative de médiation préalable risquait, compte tenu des délais dans lesquels elle était susceptible d'intervenir, de porter atteinte aux droits des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable.

Cette double expérimentation (tentative de médiation préalable obligatoire et injonction de rencontrer d'un médiateur avec double convocation) a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2014 par le décret n° 2013-1280 du 29 décembre 2013<sup>1</sup>. Les juridictions concernées ont conclu un protocole avec le barreau et les services de médiation familiale, à Bordeaux, le 7 novembre 2013, et à Arras, le 6 décembre 2013. **Elle a été reprise par la loi du 18 novembre 2016 pour une durée de trois ans et est expérimentée dans onze tribunaux de grande instance habilités et désignés par un arrêté** du garde des Sceaux, ministre de la Justice **du 16 mars 2017** : Bayonne, Bordeaux, Cherbourg en Cotentin, Evry, Nantes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis et Tours. Le législateur a donc pris la décision de renouveler l'expérience de la tentative de médiation préalable obligatoire. À titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la loi, dans ces tribunaux de grande instance désignés par arrêté, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil, l'absence de tentative de médiation est sanctionnée par une irrecevabilité de la demande.

Le dispositif a été entendu par la réforme du 18 novembre 2016 à la **procédure relative à la modification des dispositions d'une convention homologuée ou d'une décision relative à**

---

<sup>1</sup> Décret n° 2013-1280, 29 déc. 2013, relatif à la suppression de la contribution pour l'aide juridique et à diverses dispositions relatives à l'aide juridique, *JORF* 30 déc. 2013, p. 22242.

**l'exercice de l'autorité parentale**, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge aux affaires familiales par le ou les parents doit être **précédée d'une tentative de médiation familiale**. Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. Mais, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale.

#### **162. Des exceptions sont prévues :**

– lorsque la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil, ou lorsque l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime. Ces dispositions confèrent au juge un pouvoir d'appréciation important. Le juge vérifiera l'existence d'un motif légitime faisant obstacle à une tentative de médiation (éloignement des parents par exemple). En tout état de cause, il « peut » relever d'office l'irrecevabilité, il ne s'agit pas d'une obligation !

– une autre exception concerne le cas où des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant. La tentative de médiation familiale préalable obligatoire est exclue en cas de violence avérée entre les parents ou sur les enfants, conformément à la convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, ratifiée par la France le 4 juillet 2014. L'État français doit prendre les mesures législatives pour interdire les modes alternatifs obligatoires de résolution des conflits en cas de violence.

**163.** L'expérimentation suppose qu'avant toute saisine du juge aux affaires familiales, les parties doivent d'elles-mêmes effectuer une tentative de médiation familiale si elles souhaitent faire modifier :

- une décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant doit se limiter à celle fixée au bénéfice des enfants mineurs, seuls visés par l'exercice de l'autorité parentale) ;



- les dispositions contenues dans une convention homologuée (convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel, ainsi que les conventions précédemment homologuées par le JAF en application de l'article 373-2-7 du code civil).

Un diplôme d'État de médiateur familial (DEMF) a été réglementé à la suite de la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale<sup>1</sup>. Son objectif principal a été de donner toutes les garanties sur les qualifications et la déontologie du médiateur familial. Ce diplôme n'est toutefois pas protégé, il n'y a pas eu de création d'un Ordre des médiateurs familiaux, et il n'y a pas de monopole de la médiation familiale accordé aux titulaires de ce diplôme d'État. Deux organismes, l'Association pour la Médiation Familiale (APMF) et La Fédération Nationale de la Médiation et des Espaces familiaux (FENAMEF) réunissent et défendent les médiateurs familiaux.

## **II. Les contraintes en vue d'une déjudiciarisation**

**164.** Les contraintes en vue d'une déjudiciarisation peuvent consister dans l'instauration d'un préalable obligatoire de conciliation ou de médiation (A) ou, plus radicalement, dans le fait de confier à un professionnel du droit la résolution d'un litige qui, naguère, relevait de la compétence du juge (B).

### **A. Les préalables obligatoires de conciliation ou de médiation**

**165.** Les préalables obligatoires de conciliation peuvent résulter, soit de l'intervention de la loi – *lato sensu* – (1), soit d'une clause (2).

#### **1. L'obligation légale de tenter une médiation ou une conciliation préalable à la saisine du juge**

**166.** Les obligations légales imposant aux justiciables de tenter, avant toute saisine du juge, de régler à l'amiable leur litige à l'aide d'un conciliateur ou d'un médiateur constituent une méthode désormais bien connue afin d'opérer une déjudiciarisation. On peut en fournir deux illustrations en matière civile, à travers le préalable de conciliation obligatoire introduit

---

<sup>1</sup> Décret du 2 décembre 2013 et arrêté du 12 février 2004 relatif à la création du DEMF.

devant le tribunal d'instance (a) et la tentative préalable et obligatoire de médiation familiale introduite par la loi du 18 novembre 2016 (b).

a. La tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance

**167.** Afin de désengorger les tribunaux d'instance et, selon ses termes de « *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* », l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – la fameuse loi J21 – a introduit une tentative préalable et obligatoire de conciliation devant un conciliateur de justice à peine d'irrecevabilité de la demande. L'article 4 de la loi prévoit ainsi que, « à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice ». Le texte met ainsi en œuvre un principe – l'obligation de saisir le conciliateur – qui se trouve cependant assorti d'une exception – la dispense de conciliation –, ainsi que d'une sanction énergique.

**168.** S'agissant du principe, deux précisions doivent être faites pour en déterminer la portée. En premier lieu, il ne concerne que les litiges qui relèvent de la compétence du tribunal d'instance<sup>1</sup> et, plus précisément encore, ceux qui sont susceptibles de donner prise à la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe. Or, cette saisine simplifiée n'est offerte aux justiciables que pour les litiges n'excédant pas 4 000 €<sup>2</sup>. En second lieu et dans le prolongement, puisque le texte concerne uniquement la saisine du tribunal d'instance par voie de déclaration au greffe, il faut en déduire que la saisine de ce même tribunal par voie d'assignation échappe à une telle exigence et se trouve simplement soumise à l'article 56 du code de procédure civile, dont la méconnaissance n'est toutefois pas sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande<sup>3</sup>. Dans ces conditions, seuls les « *petits litiges* »<sup>4</sup> sont concernés par ce dispositif, encore que le chiffre de 4 000 € demeure important et que, au surplus, le montant du litige n'est jamais un indice de la difficulté du problème juridique qu'il y a lieu de trancher. Quoi qu'il en soit, sans avoir ici à entamer une discussion sur les seuils pertinents, lesquels comportent toujours une part d'arbitraire, il faut remarquer que la volonté de réserver le préalable obligatoire de conciliation à certains types de litiges seulement paraît bienvenue.

---

<sup>1</sup> Art. L. 221-4 COJ; art. R. 221-3 s. COJ.

<sup>2</sup> Art. 843 CPC.

<sup>3</sup> Art. 127 CPC.

<sup>4</sup> S. Bernheim-Desvaux, « Favoriser les MARD », CCC février 2017, repère n° 2.

**Il ressort en effet des auditions menées au fil de la mission de recherche que tous les litiges n'ont pas une égale vocation à être soumis à une conciliation préalable.** Tel est le point de vue largement partagé par les magistrats intervenant en matière civile, en particulier des juges d'instance et des juges coordonnateurs des juges d'instance, lesquels considèrent que certains contentieux déjà soumis à une telle conciliation préalable n'ont aucune chance de se régler par une solution amiable, laquelle pourrait d'ailleurs être contreproductive en ce qu'elle retarde le règlement du différend.

La délimitation du domaine de la conciliation obligatoire et préalable paraît donc un gage de son bien-fondé, quand sa généralisation à toute matière semble irréaliste ou, à tout le moins, contre-productive. Au surplus, comme on a pu le souligner, il faut ajouter que « la tentative de conciliation a pu être imposée parce que les conciliateurs de justice sont des collaborateurs bénévoles du service public de la justice », en sorte que « le législateur espère ainsi diminuer le nombre de saisines du juge d'instance, qui doit absorber les compétences de la juridiction de proximité supprimée en 2017 »<sup>1</sup>.

**169.** S'agissant de l'exception, il ressort de la disposition considérée que l'obligation de saisir le conciliateur de justice est écartée dans trois hypothèses, que le texte prend soin de préciser à savoir : « 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; 3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime ».

La première hypothèse s'explique dans la mesure où le juge n'intervient pas dans l'exercice de sa fonction contentieuse mais gracieuse, en sorte qu'aucun litige qu'il s'agirait de faire préalablement passer par le tamis conciliatoire n'existe, ce qui exclut toute tentative préalable de conciliation<sup>2</sup>. La deuxième hypothèse, quant à elle, prend acte de l'exercice préalable par les parties d'une tentative de règlement amiable du litige. L'on a pu souligner que cette exception conférerait au texte une « forme souple » dans la mesure où « il suffit de justifier d'autres diligences amiables pour y échapper »<sup>3</sup>. Ces diligences pourront donc consister, soit dans une tentative préalable de conciliation devant un conciliateur de justice, soit dans d'autres diligences de résolution amiable dont il incombera au demandeur de rapporter la preuve. En ce sens, la saisine d'un médiateur – en particulier, pour les litiges considérés, d'un

---

<sup>1</sup> N. Fricero, « Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle - Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Dr. famille* n° 1, janvier 2017, dossier 10.

<sup>2</sup> Sur le sens de cette exception et son articulation avec la saisine du tribunal d'instance par requête, cf. S. Hazoug, « Les MARD dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Lexbase privé hebdo*, éd. n° 696 du 27 avril 2017.

<sup>3</sup> S. Amrani-Mekki, « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G* 2016, 1291, n° 1, p. 2237.

médiateur de la consommation<sup>1</sup> – voire l'exercice de toute autre démarche amiable pourra justifier une mise à l'écart du texte. Sous cet aspect, il faut souligner que le texte n'impose pas une conciliation ou une médiation en sorte que la simple mise en œuvre d'une tentative de règlement amiable entre les parties et sans intervention d'un tiers pourrait suffire à tenir lieu de diligence puisque, d'une part, ce texte fait obstacle à l'exercice du droit d'agir en justice en sorte qu'il doit être interprété strictement et, d'autre part, que la loi ne distingue pas en sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer ici. Il appartient cependant au juge d'apprécier le sérieux de telles diligences, afin de faire le tri entre les véritables diligences et celles qui seraient purement factices. En définitive, l'esprit qui anime ce texte est bienvenu et l'on peut le résumer en ces termes : tentative de règlement amiable sur tentative de règlement amiable ne vaut ! Enfin, la troisième limite à l'obligation de saisir un conciliateur de justice tient à l'existence d'un « motif légitime ». Ce dernier garde-fou – qui fait écho au motif légitime des articles 56 et 58 du code de procédure civile – est bienvenu et, là encore, son contenu est souple et la référence au motif légitime peut notamment recouvrir l'urgence, la mauvaise foi de l'autre, la gravité de la situation ou toute autre cause dont il pourrait résulter qu'une conciliation semble vouée à l'échec.

**170.** Enfin, la sanction de ce texte réside dans un nouveau pouvoir conféré au juge tenant au prononcé de l'irrecevabilité de la demande. Cette sanction « forte » – dont on a souvent relevé qu'elle manquait à l'injonction figurant aux articles 56 et 58 du code de procédure civile –, confère ainsi une faculté au juge qu'il est libre d'exercer puisque le texte lui confère expressément un pouvoir sans créer à sa charge une obligation.

#### b. La tentative de médiation préalable en matière familiale (TMFPO)

**171.** La tentative de médiation familiale préalable obligatoire a été créée, à titre « expérimental », par l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016<sup>2</sup>. Le domaine de cette expérimentation est doublement limité. D'une part, seuls les tribunaux dont la liste a été fixée par un arrêté du 16 mars 2017 sont concernés par la médiation préalable obligatoire<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> S. Bernheim-Desvaux, « Favoriser les MARD », CCC février 2017, repère n° 2.

<sup>2</sup> En particulier : V. Égéa, « Un semestre de droit procédural de la famille », *Dr. famille* 2017, chron. 1, spéc. n° 2 à 5 ; N. Fricero, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Dr. famille* 2017, dossier 10.

<sup>3</sup> A cet égard, « *Les tribunaux de grande instance de Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Evry, Nantes, Nîmes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis et Tours sont désignés pour mettre en œuvre à titre expérimental et pour la durée légale prévue, les dispositions de l'article 7 de la loi susvisée* ».

D'autre part, cette médiation préalable obligatoire est instaurée pour les demandes de révision des décisions « fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant » ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée. Dans le périmètre ainsi tracé, « à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale ». La médiation familiale impose donc aux parents de saisir un médiateur familial, étant précisé qu'un décret du 9 octobre 2017 fournit une liste des médiateurs près chaque cour d'appel<sup>1</sup>, mais que les parties peuvent choisir un médiateur amiable qui ne figure pas sur cette liste. Il faut encore ajouter que ce mécanisme est d'autant plus remarquable que, à la différence de la situation rencontrée devant le tribunal d'instance, ce ne sont pas des conciliateurs de justice qui interviennent gratuitement mais bien des médiateurs familiaux qui doivent ainsi être rémunérés. C'est pourquoi le coût de cette médiation pourra éventuellement être pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle.

**172.** L'irrecevabilité est donc ici encore conçue comme une faculté dévolue au juge, sans constituer pour lui une obligation, et elle se trouve écartée dans trois hypothèses dont certaines sont proches de celles précédemment évoquées au sujet de la conciliation préalable devant le tribunal d'instance. En effet, la médiation familiale préalable est écartée, premièrement, lorsque « la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ». Aucun litige qu'il faudrait apaiser et régler à l'amiable n'est ici en cause, ce qui rend sans objet le préalable de médiation par ailleurs imposé. Il en va encore ainsi, deuxièmement, lorsque « l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ». Ce motif légitime n'est pas plus défini ici qu'il ne l'est ailleurs<sup>2</sup>, mais certaines présentations par les juridictions des démarches à accomplir évoquent, à ce titre, l'éloignement géographique, la maladie voire l'emprisonnement, dont on mesure bien qu'ils peuvent rendre plus complexes, en fait, une médiation, sans la rendre impossible (médiation à distance). Enfin, troisièmement, l'exigence est écartée lorsque « des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant ». Cette dernière hypothèse aurait pu sans difficulté être analysée en un motif légitime, mais ce qui va sans dire va encore mieux en le disant.

---

<sup>1</sup> D. n° 2017-1457 du 9 octobre 2017, *JORF* 11 oct. 2017, texte n° 9 ; *Dr. famille* 2017, alerte 84, J. Couard.

<sup>2</sup> Art. 4, L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; art. 56 et 58 CPC.

Compte tenu de ces dispositions, les parties se trouvent donc dans l'obligation de tenter au préalable une médiation familiale avant de saisir le juge, sauf à s'exposer à une irrecevabilité prononcée d'office, ce qui peut paraître dissuasif.

## **2. La clause imposant une tentative préalable de règlement amiable du litige**

**173.** Une tentative préalable de règlement amiable peut encore être imposée par une clause que les parties auront insérée au sein de leur contrat, préalablement à la survenance du litige. Ces clauses sont désignées, indifféremment, comme des clauses de médiation ou de conciliation, ces deux qualificatifs étant le plus souvent indifférents en la matière, et ont donné lieu à un abondant contentieux qui, en retour, a donné lieu à une abondante doctrine<sup>1</sup>. Ces clauses se présentent indifféremment comme instaurant une conciliation ou une médiation et, reposant sur la liberté contractuelle, sont valables à la condition d'être conformes à l'ordre public ce qui, plus précisément, conduit à considérer qu'elles ne peuvent intervenir que dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits<sup>2</sup>. Elles figurent ainsi dans de nombreux contrats, encouragées par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, de manière remarquable, a admis qu'elles pouvaient être sanctionnées au-delà des classiques sanctions de l'inexécution du contrat par une fin de non-recevoir, ce qui leur confère une efficacité processuelle indubitable<sup>3</sup>.

**174.** Le domaine de ces clauses doit être précisé. En ce sens, si la validité comme l'efficacité de ces clauses ne fait pas difficulté dans les contrats souscrits entre professionnels, d'une part, et entre particuliers, d'autre part, elle est plus fragile dans les relations entre professionnels et consommateurs. La validité des clauses de conciliation ou de médiation obligatoire connaît en effet plusieurs limites en la matière. En premier lieu, sont ainsi présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer

---

<sup>1</sup> Sur ces clauses, cf. not. : L. Cadiet, « Les clauses relatives aux litiges », J.-Cl. Distribution, 2016, n° 21 ; G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012.

<sup>2</sup> Cette restriction est formulée pour la clause compromissoire mais peut être transposée pour les clauses de conciliation ou de médiation, dont on sait qu'elles ont un effet moins important à l'égard de l'action en justice.

<sup>3</sup> Chambre mixte, 14 févr. 2003, 00-19423, 00-19424, *D.* 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin, p. 2480, obs. T. Clay, *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 349, obs. R. Perrot.

exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »<sup>1</sup>. Cette menace ne paraît toutefois pas décisive et l'on peut considérer qu'en une telle hypothèse la présomption – qui est simple – peut être efficacement combattue. En ce sens, l'on a souligné qu'une telle clause ne créait aucun déséquilibre dès lors qu'elle s'adressait aux deux parties – elle est donc équilibrée – et n'avait en toute hypothèse que pour effet de différer l'exercice de l'action en justice sans l'anéantir, étant en outre entendu que la prescription est suspendue en une telle hypothèse<sup>2</sup>. Le risque d'invalidité sur le terrain des clauses abusives paraît donc limité, comme l'a confirmé la jurisprudence de la Cour de cassation qui – avant, certes, l'instauration de la liste grise et de la présomption considérée – a jugé qu'une telle clause ne présentait pas de caractère abusif<sup>3</sup>. Pour autant, en second lieu, une autre disposition du code de la consommation fulmine directement une telle nullité. L'article L. 612-4 prévoit ainsi qu'« est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge ». Une clause de médiation préalable et obligatoire est donc vouée à la nullité de même, d'ailleurs, qu'une clause de conciliation préalable obligatoire, puisque l'une et l'autre ont une définition identique au regard des dispositions du code de procédure civile<sup>4</sup> et que, au plan général, la distinction entre médiation et conciliation est évanescence<sup>5</sup>. L'on peut en revanche se demander si la clause imposant, sans le recours au tiers, une négociation préalable entre les parties heurte la prohibition ainsi fulminée ? Il ne faut sans doute pas nourrir trop d'espoir en la matière. Au surplus, une comparaison s'impose avec le sort de la clause compromissoire qui, depuis la loi J21, n'est plus nulle lorsqu'elle n'est pas inscrite dans un contrat conclu à raison d'une activité professionnelle mais simplement inopposable au profane<sup>6</sup>. Nullité ici, inopposabilité au-delà, si la différence pratique n'est pas considérable l'on se bornera à remarquer que l'état du droit est insatisfaisant puisque, dans un contexte de promotion des déjudiciarisation, demeurent des prohibitions croisées au fonctionnement confus qui rendent l'ensemble peu lisible et foisonnant.

---

<sup>1</sup> Art. R. 212-2, 10°, C. conso., antérieurement art. R. 132-2 C. conso., issu du décret n° 2009-302 du 18 mars 2009.

<sup>2</sup> Art. 2238 CC.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, 03-19392.

<sup>4</sup> Art. 1530 CPC : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

<sup>5</sup> Sur la possibilité d'une distinction et les confusions opérées par le législateur et le pouvoir exécutif, cf. : S. Amrani-Mekki, « Faut-il réformer le cadre juridique de la médiation ? », *Cah. dt entr.* mai-juin 2016, 26.

<sup>6</sup> Art. 2061 CC.

## **B. La déjudiciarisation par exclusion du juge : la résolution des différends confiée aux professionnels du droit**

**175.** Plusieurs mécanismes ont permis de déjudiciariser certains contentieux « *de masse* » qui engorgeaient les tribunaux, alors que l'intervention du juge n'est pas perçue comme apportant une plus-value à la résolution du différend. Le point commun entre ces différents processus est qu'ils permettent tous d'obtenir un titre exécutoire délivré par un professionnel, titre qui dispose d'une force exécutoire identique à celle d'un jugement. L'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, qui définit la liste exhaustive des titres exécutoires, est modifié en conséquence chaque fois qu'un nouveau titre exécutoire non judiciaire est créé.

Trois hypothèses doivent être précisées : le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire (1) ; le recouvrement simplifié des petites créances donnant lieu à un titre exécutoire délivré par un huissier de justice (2) ; enfin, le titre exécutoire délivré par le directeur de la caisse d'allocations familiales (CAF) pour les pensions alimentaires (3).

### **1. Le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire**

#### **a. Possibilité limitée de déjudiciariser le divorce**

**176.** La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle<sup>1</sup> a déjudiciarisé le divorce par consentement mutuel à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017<sup>2</sup>. Le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016<sup>3</sup> précise les modalités procédurales et la circulaire du 26 janvier 2017<sup>4</sup> en présente les modalités de mise en œuvre. La circulaire du 20 janvier 2017<sup>5</sup> et la dépêche SADJAV du 20 janvier 2017 concernent, quant à elles, l'aide juridictionnelle octroyée dans le cadre ce divorce<sup>6</sup>.

**177.** Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent leur accord, assistés chacun par un avocat, dans une convention prenant la forme d'un acte sous

---

<sup>1</sup> *JORF* 19 nov. 2016.

<sup>2</sup> L. n° 2016-1547, art. 114, V.

<sup>3</sup> *JORF* 29 déc. 2016.

<sup>4</sup> Circ. 26 janv. 2017, n° JUSC1638274C.

<sup>5</sup> Circ. 20 janv. 2017, n° JUST1701987C.

<sup>6</sup> *BOMJ* n° 2017-02, 28 févr. 2017.



signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du code civil<sup>1</sup>. Dans certaines situations, la déjudiciarisation est exclue et seul le juge aux affaires familiales peut prononcer le divorce par consentement mutuel<sup>2</sup> : les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsqu'ils ont un enfant mineur et que ce mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge<sup>3</sup>; il en est de même si l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre.

**178.** Comme coexistent des procédures extrajudiciaires et des procédures judiciaires de divorce, des « passerelles » sont prévues. Lorsqu'un divorce aura été engagé selon une procédure judiciaire, l'article 247 du code civil prévoit que les époux peuvent, « à tout moment de la procédure », « divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » (si l'enfant mineur demande à être entendu par le juge, la passerelle est prévue vers un divorce par consentement mutuel judiciaire). À l'inverse, les époux peuvent, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107<sup>4</sup>.

#### b. Aide juridique accordée pour le processus extrajudiciaire

**179.** Même si le processus ne se déroule pas devant le juge, un dispositif d'aide juridique est applicable. Les frais du divorce sont partagés entre les époux : selon l'article 1144-5 du code de procédure civile, la convention de divorce fixe la répartition des frais de celui-ci entre les époux sous réserve de l'application des dispositions de l'article 123-2 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 lorsque l'un des époux bénéficie de l'aide juridictionnelle. À défaut de précision dans la convention, les frais du divorce sont partagés par moitié.

En effet, l'aide juridique peut être accordée pour ce divorce (le décret d'application n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 en précise les modalités ainsi que les conséquences du défaut

---

<sup>1</sup> C. civ., art. 229-1, réd. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.

<sup>2</sup> C. civ., art. 229-2.

<sup>3</sup> Le juge aux affaires familiales est alors saisi conformément au droit commun des articles 1088 à 1092 du Code de procédure civile : CPC, art. 1148-2.

<sup>4</sup> CPC, art. 1148-2 al. 2.

d'aboutissement du processus et de l'engagement d'une procédure judiciaire de divorce en modifiant le décret n° 91-1266 du 19 déc. 1991 sur l'aide juridique).

### c. Un processus conventionnel encadré

**180.** Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel n'est pas entièrement laissé à la liberté des parties. Il impose que chacun des époux soit assisté de son avocat<sup>1</sup> pour signer une convention de divorce prenant la forme d'un acte d'avocat établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du code civil.

La convention comporte expressément de nombreuses mentions prévues à peine de nullité<sup>2</sup> :

- 1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;
- 2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ; ainsi que le nom du notaire qui sera chargé du dépôt de l'acte au rang de ses minutes<sup>3</sup> ;
- 3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ; en effet, le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas ;
- 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire. S'agissant de cette prestation compensatoire, d'autres dispositions complètent la réglementation : l'article 1144-3 du code de procédure civile<sup>4</sup> prévoit que la convention de divorce doit préciser la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire. Lorsque ceux-ci sont soumis à la publicité foncière, l'attribution est opérée par acte dressé en la forme authentique devant notaire, annexé à la convention. La prestation compensatoire peut être fixée sous forme de rente viagère conformément au droit commun (la convention devra fixer ses modalités de révision). L'article 1144-4<sup>5</sup> prévoit que la convention de divorce qui fixe une pension alimentaire ou une prestation compensatoire sous forme de rente viagère rappelle les

---

<sup>1</sup> C. civ., art. 229-1.

<sup>2</sup> C. civ., art. 229-3.

<sup>3</sup> CPC, art. 1144-1, réd. D. n° 2016-1907, 28 déc. 2016 : « La convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats précise le nom du notaire ou de la personne morale titulaire de l'office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes ».

<sup>4</sup> Réd. D. n° 2016-1907, 28 déc. 2016.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

modalités de recouvrement et les règles de révision de la créance ainsi que les sanctions pénales encourues en cas de défaillance ;

- 5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation.

#### d. Re-judiciarisation en cas de demande d'audition du mineur

**181.** La convention comporte la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté. Selon l'article 1144 du code de procédure civile, l'information prévue au 1° de l'article 229-2 du code civil prend la forme d'un formulaire destiné à chacun des enfants mineurs, qui mentionne son droit de demander à être entendu dans les conditions de l'article 388-1 ainsi que les conséquences de son choix sur les suites de la procédure. L'avocat conserve la preuve de l'envoi ainsi que le document retourné et complété par le mineur, puisque la réponse de ce dernier conditionne la poursuite ou non du processus extrajudiciaire. Cette information ne s'applique que si le mineur a la capacité de discernement : l'article 1144-2 du code de procédure civile précise dès lors que la convention de divorce mentionne, le cas échéant, que l'information prévue au 1° de l'article 229-2 du code civil n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné.

En effet, si l'enfant mineur demande à être entendu par le juge, le processus conventionnel ne peut pas prospérer et la convention de divorce ne peut pas être déposée au rang des minutes d'un notaire : le juge aux affaires familiales doit être saisi conformément aux dispositions prévues aux articles 1088 et suivants du code de procédure civile, puisque la procédure est alors celle du divorce par consentement mutuel « judiciaire ». L'article 1148-2 du code de procédure civile précise : « dès qu'un enfant mineur manifeste son souhait d'être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil, la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues aux articles 1088 à 1092 ». L'article 1092, alinéa 2 indique qu'après avoir procédé à l'audition du mineur dans les conditions définies au titre IX bis du livre Ier ou, en l'absence de discernement, avoir refusé son audition dans les conditions définies aux articles 338-4 et 338-5, le juge convoque chacun des époux par lettre simple expédiée quinze jours au moins avant la date qu'il fixe pour leur audition. Il avise le ou les

avocats. Une requête unique des époux doit être adressée au JAF<sup>1</sup>, selon les modalités du droit commun non modifiées. L'article 1091 du code de procédure civile ajoute que la requête contient à peine d'irrecevabilité, le cas échéant, le formulaire d'information de l'enfant mineur demandant à être entendu, daté et signé par lui. Il devra être entendu par le JAF dans les conditions prévues aux articles 338-4, 338-5 et 338-6 du code de procédure civile.

#### e. Obtention d'un titre exécutoire extrajudiciaire

**182. Signature de la convention.** Chaque avocat adresse à l'époux qu'il assiste un exemplaire du projet de convention par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en lui rappelant qu'il ne pourra être signé, à peine de nullité, qu'après l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de 15 jours à compter de la réception du courrier<sup>2</sup>. Le justificatif de l'envoi en LRAR est joint à la convention signée par toutes les parties et déposée chez le notaire. S'il s'agit d'un écrit papier, conformément au droit commun des actes sous signature privée, la convention est signée en plusieurs exemplaires revêtus de toutes les signatures : un pour chacun des époux, un pour le dépôt au rang des minutes d'un notaire et un quatrième lorsque la convention est soumise aux formalités d'enregistrement<sup>3</sup>. L'article 1145 du code de procédure civile précise que la convention de divorce est signée par les époux et leurs avocats ensemble, en trois exemplaires. Le cas échéant, y sont annexés le formulaire signé et daté par chacun des enfants mineurs, l'état liquidatif de partage en la forme authentique et l'acte authentique d'attribution de biens soumis à publicité foncière. Chaque époux conserve un original de la convention accompagné, le cas échéant, de ses annexes et revêtu des quatre signatures. Le troisième original est destiné à son dépôt au rang des minutes d'un notaire. Le cas échéant, un quatrième original est établi, dans les mêmes conditions, pour permettre la formalité de l'enregistrement.

**183. Dépôt au rang des minutes d'un notaire.** Selon l'article 1146 du code de procédure civile, dans un délai de sept jours suivant la date de la signature de la convention, la convention de divorce et ses annexes sont transmises au notaire, à la requête des parties, par l'avocat le plus diligent, aux fins de dépôt au rang des minutes du notaire. Le dépôt de la

---

<sup>1</sup> CPC, art. 1088.

<sup>2</sup> C. civ., art. 229-4.

<sup>3</sup> C. civ., art. 1375.

convention intervient dans un délai de quinze jours suivant la date de la réception de la convention par le notaire.

L'arrêté du 20 janvier 2017 relatif aux tarifs réglementés des notaires<sup>1</sup> modifie l'article A. 444-173-1 du code de commerce et fixe l'émolument du dépôt au rang des minutes à la somme de 42 €. Le notaire effectue un contrôle du respect des exigences formelles<sup>2</sup> prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3 du code civil, c'est-à-dire des mentions imposées à peine de nullité. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion<sup>3</sup>.

**184. Effets essentiels du dépôt.** Le dépôt au rang des minutes du notaire donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire<sup>4</sup>. La convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine<sup>5</sup>. Le mariage est dissous par la convention de divorce « à la date à laquelle elle acquiert force exécutoire », soit à la date du dépôt au rang des minutes<sup>6</sup>. L'article 1147 du code de procédure civile précise que la mention du divorce est portée en marge de l'acte de mariage ainsi que de l'acte de naissance de chacun des époux, à la requête de l'intéressé ou de son avocat, au vu d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire, ce qui le rend opposable aux tiers. L'attestation mentionne l'identité des époux et la date du dépôt. Il est justifié, à l'égard des tiers, du divorce par consentement mutuel prévu à l'article 229-1 du code civil par la production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire ou d'une copie de celle-ci<sup>7</sup>.

Les mainlevées, radiations de sûretés, mentions, transcriptions ou publications rendues nécessaires par le divorce prévu à l'article 229-1 du code civil sont valablement faites au vu de la production, par tout intéressé, d'une copie certifiée conforme de la convention de divorce et, le cas échéant, de ses annexes ou d'un de leurs extraits<sup>8</sup>.

L'instruction du gouvernement du 27 avril 2017<sup>9</sup> précise que l'avocat du demandeur à un logement social pourra être sollicité pour produire à son client un justificatif attestant de ce

---

<sup>1</sup> *JORF* 26 janv. 2017.

<sup>2</sup> C. civ., art. 229-1, al. 2.

<sup>3</sup> C. civ., art. 229-1, al. 2 et art. 229-4.

<sup>4</sup> C. civ., art. 229-1.

<sup>5</sup> C. civ., art. 229-4, al. 2.

<sup>6</sup> C. civ. art. 260.

<sup>7</sup> CPC, art. 1148, réd. D. n° 2016-1907, 28 déc. 2016.

<sup>8</sup> CPC, art. 1148-1.

<sup>9</sup> Instruction du ministère du Logement et de l'Habitat durable.

que la procédure de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est en cours. Cette attestation permettra la prise en compte des seules ressources de l'époux requérant dans la demande de logement à l'égard des bailleurs sociaux.

La convention peut faire l'objet d'une exécution forcée<sup>1</sup>. La procédure de paiement direct des pensions alimentaires est applicable<sup>2</sup>.

**185.** La convention ouvre droit à l'allocation de soutien familial<sup>3</sup>. Selon l'article R. 523-3 du code de la sécurité sociale, « lorsque le parent débiteur est défaillant et en l'absence d'une décision de justice, d'une convention de divorce par consentement mutuel prévue à l'article 229-1 du code civil, d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire ou d'une convention judiciairement homologuée, fixant le montant de l'obligation d'entretien, le versement de l'allocation de soutien familial au parent créancier ne se poursuit au-delà de la quatrième mensualité que dans les cas suivants :

1° Lorsque, à l'issue d'un contrôle diligenté par l'organisme débiteur des prestations familiales sur la situation du parent débiteur, celui-ci est considéré comme étant hors d'état de faire face à son obligation d'entretien ;

2° Ou lorsque, à l'issue du contrôle mentionné au 1°, le parent débiteur n'est pas considéré comme étant hors d'état de faire face à son obligation d'entretien et que le parent créancier a saisi l'autorité judiciaire en vue de la fixation du montant de la pension alimentaire mise à la charge du débiteur défaillant. Dans ce cas, le directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales transmet à l'autorité judiciaire, sur sa demande, les renseignements dont il dispose concernant l'adresse et la solvabilité du débiteur en vue de faciliter la fixation de l'obligation d'entretien par cette autorité ».

Elle ouvre aussi droit à l'allocation différentielle prévue à l'article L. 581-2 du code de la sécurité sociale. Les infractions prévues au titre de l'abandon de famille<sup>4</sup> ou au titre de l'absence de communication du changement de domicile<sup>5</sup> sont applicables.

---

<sup>1</sup> C. proc. civ. exéc., art. L. 111-3: la convention déposée est un titre exécutoire.

<sup>2</sup> C. proc. civ. exéc., art. L. 213-1; art. R. 213-9-1, réd. D. n° 2016-1907, 28 déc. 2016 : « la convention de divorce par consentement mutuel prévue à l'article 229-1 du code civil peut prévoir que la pension alimentaire donne lieu à paiement direct. En ce cas, le débiteur de la pension précise l'identité du tiers débiteur saisi chargé du paiement et ses coordonnées. L'extrait de la convention constatant l'accord des parties est notifié au tiers débiteur selon les règles prévues aux premier et deuxième alinéas de l'article R. 213-1 », comme la procédure de recouvrement public des pensions alimentaires (L. n° 75-618, 11 juill. 1975, art. 1er).

<sup>3</sup> C. séc. soc., art. L. 523-1.

<sup>4</sup> C. pén., art. 227-3.

<sup>5</sup> C. pén., art. 227-6.

## 2. Le recouvrement simplifié des petites créances<sup>1</sup>

**186.** La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 et le décret n° 2016-285 du 9 mars 2016 ont créé un processus extrajudiciaire et original de recouvrement des petites créances confié aux huissiers de justice. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a transféré le contenu de l'article 1244-1 du code civil à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution et la réglementation actuelle figure aux articles L. 125-1 et R. 125-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution. L'arrêté du 3 juin 2016 permet la mise en œuvre par voie électronique de la procédure simplifiée, via le réseau privé sécurisé huissiers (RPSH), par le biais de la plateforme dénommée « *e-huissier* ». La chambre nationale des huissiers de justice a lancé le site [www.petitescreances.fr](http://www.petitescreances.fr).

L'avantage de ce transfert de compétence réside dans la qualité d'officier public et ministériel des huissiers de justice (futurs commissaires de justice), qui leur permet de délivrer des titres exécutoires. L'intervention de l'huissier de justice assure la sécurité juridique, la garantie de l'information des parties et la régularité de l'accord ; il est fondé sur une collaboration entre le créancier et le débiteur pour un règlement amiable de la dette.

**187.** Cette nouvelle compétence est conforme aux recommandations du Conseil de l'Europe. Le paragraphe 4.1 des Lignes directrices sur l'exécution de la CEPEJ<sup>2</sup> du 19 décembre 2009 définit les droits et obligations des huissiers de justice. A cet égard, il précise que les Etats peuvent utilement conférer aux agents d'exécution la faculté d'exercer des activités accessoires compatibles avec leur fonction, de nature à garantir et faire reconnaître les droits des justiciables et ayant pour objet l'accélération du processus judiciaire ou le désengorgement des tribunaux, tels que le recouvrement de créances. L'huissier de justice compétent est celui du ressort de la cour d'appel dans lequel le débiteur a son domicile.

**188.** Une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances peut ainsi être mise en œuvre par un huissier de justice à la demande du créancier pour le paiement d'une créance ayant une cause contractuelle ou résultant d'une obligation de caractère statutaire et inférieure en principal et intérêts au montant de 4 000 euros.

---

<sup>1</sup> C. proc. civ. exéc., art. L. 125-1 et R. 125-1 s.

<sup>2</sup> Commission européenne pour l'efficacité de la justice.

Le processus<sup>1</sup> est temporellement encadré : il doit se dérouler dans un délai d'un mois à compter de l'envoi par l'huissier d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception invitant le débiteur à participer à cette procédure.

Lorsqu'un créancier saisit un huissier de justice pour qu'il procède à un recouvrement amiable, l'huissier doit envoyer au débiteur une lettre recommandée avec demande d'avis de réception l'invitant à participer à cette procédure. L'arrêté du 3 juin 2016 établit un modèle de lettre RAR et les formulaires applicables.

Le débiteur dispose d'un mois à compter de l'envoi du RAR pour prendre parti et accepter ou refuser de participer à la procédure. L'issue dépend de son comportement. En cas de refus ou de silence valant refus, le créancier doit saisir le juge pour obtenir un titre exécutoire, selon le droit commun.

Si le débiteur accepte de participer, l'huissier de justice lui propose un accord sur le montant et les modalités du paiement. En cas de refus exprès du débiteur sur le montant et les modalités proposés, le créancier doit saisir le juge pour obtenir un titre exécutoire.

Si le débiteur donne son accord sur le montant et les modalités de paiement proposés par l'huissier de justice, ce dernier délivre au créancier mandant un titre exécutoire qui récapitule les diligences effectuées en vue de sa conclusion.

Les frais de toute nature qu'occasionne la procédure sont à la charge exclusive du créancier.

Le titre exécutoire ainsi délivré peut faire l'objet de procédures civiles d'exécution forcée<sup>2</sup>. Mais, afin d'éviter les conflits d'intérêts, l'huissier qui a établi le titre exécutoire ne peut pas être chargé de la mise à exécution forcée du recouvrement de la créance qui en fait l'objet. Il doit la confier à un autre huissier de justice.

**189.** Pour que le créancier ne soit pas victime de la prescription extinctive de son droit, l'article 2238 du code civil prévoit une suspension de la prescription (et non de la forclusion). La suspension de la prescription de la créance objet de la procédure prend effet à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution. En cas d'échec de la procédure, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier. Si le délai de prescription restant à courir est inférieur à six mois, il est

---

<sup>1</sup> C. proc. civ. exéc., art. R. 125-1 et s.

<sup>2</sup> C. proc. civ. exéc., art. L. 111-3.



prévu que le créancier dispose de six mois pour agir en justice<sup>1</sup>. Ce délai minimum permet au créancier de saisir un juge pour obtenir un titre exécutoire.

### **3. Le titre exécutoire délivré par le directeur de la CAF pour les pensions alimentaires**

**190.** À compter du 1<sup>er</sup> avril 2018 et sous réserve d'un décret d'application, les organismes prestataires d'allocations familiales (CAF et mutualité sociale agricole MSA) pourront délivrer un nouveau titre exécutoire en cas de rupture d'un concubinage ou d'un pacte civil de solidarité<sup>2</sup>. L'organisme débiteur auquel incombe la délivrance du titre exécutoire est celui du lieu de résidence de l'allocataire ou, à défaut, du parent créancier.

Les conditions d'application de ce processus seront définies par décret en Conseil d'Etat (non encore publié à ce jour). Ce processus n'est applicable que si les conditions prévues par la loi (et le décret) sont remplies.

**191.** Sur demande conjointe des parents qui mettent fin à leur vie en concubinage ou qui ont procédé à une dissolution du pacte civil de solidarité qui les liait, le directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales donne force exécutoire à l'accord par lequel les parents fixent le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation en faveur de l'enfant mise à la charge du débiteur. La demande des parents peut être réalisée par voie dématérialisée. Plusieurs conditions doivent être remplies :

- 1° Les parents attestent qu'aucun d'eux n'est titulaire d'une créance fixée pour cet enfant par une décision de justice ou par un accord ou un acte respectivement mentionnés aux 1° et 2° du IV de l'article L. 523-1 du code de la sécurité sociale, ou n'a engagé de démarche en ce sens<sup>3</sup>. Cette information conditionne la validité du titre exécutoire : lorsque cette information mentionnée au 1° du présent article n'a pas été portée à la connaissance de l'organisme débiteur, la décision de ce dernier est frappée de nullité.
- 2° Le montant de la contribution, fixé en numéraire, est supérieur ou égal à un seuil établi en tenant compte notamment des modalités de résidence retenues pour l'enfant mentionné au

---

<sup>1</sup> C. civ., art. 2238.

<sup>2</sup> C. séc. soc., art. L. 582-2, mod. par L. n° 2016-1827 du 23 décembre 2016, art. 41, I, 6°.

<sup>3</sup> Extrait de l'article L. 523-1- IV : « Constituent des actes ou accords au sens des 3° et 4° du I du présent article, sous réserve qu'ils aient acquis force exécutoire : 1° L'accord par lequel les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil ; 2° Un acte reçu en la forme authentique par un notaire ».

premier alinéa, des ressources du débiteur et du nombre d'enfants de ce dernier lorsqu'ils sont à sa charge selon des conditions fixées par décret.

- 3° L'accord précise les informations strictement nécessaires à la détermination du montant de la contribution mentionnées au 2° du présent article.

La décision de l'organisme débiteur a les effets d'un jugement et constitue un titre exécutoire au sens du 6° de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution. Elle n'est susceptible d'aucun recours.

Les parents sont tenus de signaler à l'organisme débiteur tout changement de situation susceptible d'entraîner la révision du montant de la contribution. Lorsque ce changement entraîne une modification du droit à l'allocation mentionnée au 4° du I de l'article L. 523-1 du code de la sécurité sociale, les parents qui ont conclu un nouvel accord le transmettent à l'organisme débiteur en vue du maintien de cette allocation.

**192. Re-judiciarisation.** En cas de refus de l'organisme débiteur de conférer force exécutoire à l'accord, les parents peuvent, ensemble ou séparément, saisir le juge aux affaires familiales aux fins de fixation du montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant sur le fondement de l'article 373-2-7 du code civil.

Toute décision judiciaire exécutoire supprimant ou modifiant la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant et postérieure au titre exécutoire établi en application du présent article prive ce titre de tout effet.

## Section 2 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation en matière pénale

Sylvie CIMAMONTI

**193. Déjudiciarisation et matière pénale.** Si l'idée d'un litige pénal qui trouverait une solution apaisée ne peut être que séduisante, la matière pénale pourrait, plus que d'autres, s'y avérer néanmoins rétive. La procédure pénale, dans son acception traditionnelle, présente en effet cette particularité de constituer « l'application obligatoire du droit pénal »<sup>1</sup>. Il convient, pourtant, de nuancer l'opposition dogmatique entre procès civil et procès pénal, notamment concernant le rôle du juge<sup>2</sup>, pour observer que la procédure pénale connaît, elle aussi, un mouvement dit de « contractualisation ».

Certes, le procès pénal met en jeu la tranquillité, l'ordre et la sécurité de la collectivité<sup>3</sup>, lesquels s'accordent mal avec la recherche d'une solution déjudiciarisée, car seule la condamnation de la personne responsable est vue comme susceptible de mettre un terme au trouble causé<sup>4</sup>. Mais, aujourd'hui, la mise en mouvement de l'action de l'action publique susceptible de déboucher, le cas échéant, sur une telle condamnation, n'est devenue que l'une des réponses pénales parmi d'autres à la commission d'une infraction, lesquelles peuvent ou non continuer à relever exclusivement du juge pénal.

**194. Déjudiciarisation et privatisation.** Le procès pénal présente, par ailleurs, une autre particularité, celle de mettre en présence un trio d'acteurs, la personne poursuivie, le ministère public et la victime. C'est à l'égard de cette dernière que le désir d'apporter une solution apaisée semble plus difficile à trouver ; il n'est pas certain qu'elle se présente, en vue du procès, dans un état d'esprit pacifié et conciliant. La recherche par la victime de sa participation au procès pénal semble s'opposer à la déjudiciarisation<sup>5</sup>, la démarche de la victime renvoyant souvent à un

---

<sup>1</sup> V. en ce sens S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 10<sup>ème</sup> éd., Litec, coll. Manuel, 2014, n° 8.

<sup>2</sup> V. en ce sens É. Vergès, « Procès civil, procès pénal : différents mais pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441 et s.; v. également L. Cadiet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droit fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71 et s., spéc. n° 25, où il est rappelé que « le procès pénal n'est pas qu'un instrument de stigmatisation sociale ».

<sup>3</sup> R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, II, Procédure pénale*, Tome 2, 5<sup>ème</sup> éd., Cujas, 2001, n° 4.

<sup>4</sup> La fonction rétributive de la peine s'inscrivant dans cette perspective. La peine ne doit cependant pas être réduite à sa seule fonction rétributive. Mais en ce que la peine repose sur un jugement moral, elle continue à être considérée comme un châtimeur juste-dû ; v. J. Walther, « À justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC*, 2007, p. 23 et s.

<sup>5</sup> La victime « veut avoir la chance de participer à la manifestation de la vérité en général », R. Cario, « De la victime oubliée... à la victime sacralisée ? », *AJ Pénal*, 2009, p. 491 et s.

besoin de reconnaissance par l'institution judiciaire, avec cette recherche du rôle de « catharsis »<sup>1</sup> du procès pénal. Pour autant, tous les faits infractionnels n'impliquent pas un dommage causé à une victime, personne physique ou morale. Il existe en effet de nombreuses infractions sans autre « dommage » que le trouble causé à l'ordre public<sup>2</sup>. Par ailleurs, la victime, lorsqu'elle existe, peut également souhaiter mettre un terme au trouble que l'infraction lui a causé grâce une solution consensuelle, sans recourir à la solution judiciaire. Le besoin de considération de la victime est parfois satisfait par la seule reconnaissance par l'auteur de la réalité des faits, et cette reconnaissance peut avoir lieu en dehors du procès; le succès de la médiation pénale, emblématique mesure parmi toutes celles que l'article 41-1 du code de procédure pénale autorise le procureur de la République à proposer, en est d'ailleurs depuis déjà longtemps l'illustration la plus marquante<sup>3</sup>.

Une telle issue déjudiciarisée, dont la médiation pénale n'est aujourd'hui qu'une illustration parmi d'autres, pourrait constituer un contrepoint aux tendances parallèlement constatées de judiciarisation de la société et de privatisation du procès, de la justice ou de la répression pénale en l'état de place grandissante reconnue à la victime. Si une volonté de contention de la recevabilité de la constitution de partie civile s'est exprimée depuis 2007<sup>4</sup> par sa soumission à l'expiration d'un délai de trois mois depuis le dépôt de la plainte<sup>5</sup>, délai que le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2002 envisage de doubler<sup>6</sup>, la déjudiciarisation pourrait aussi constituer une réponse. Non sans paradoxe alors puisqu'elle

---

<sup>1</sup> Si l'influence de la victimologie a conduit à renforcer la place de la victime dans le procès pénal, l'on peut néanmoins s'interroger sur la question de savoir si le procès pénal doit avoir ce rôle de catharsis.

<sup>2</sup> L'on pense, par exemple, aux délits prévus par le code de la route, lorsque l'infraction ne cause aucun dommage à une personne physique. L'on pense également aux infractions causées au préjudice de l'État, à son patrimoine, qui n'impliquent pas une victime, personne physique, et pourraient se régler par une voie déjudiciarisée à l'initiative des autorités de poursuite, en recherchant à la fois la punition du comportement et la réparation du préjudice.

<sup>3</sup> Sur un plan psychologique, la victime « n'est plus ignorée mais reconnue et écoutée », J. Leblois-Happe, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC*, 1994, p. 525 et s. ; v. également J. Faget « Les « accommodements » de la médiation pénale », *RSC*, 2009, p. 981 et s. ; J. Vérin, « La médiation à San Francisco, à New York et à Kitchener », *RSC*, 1983, p. 293 et s., où, parmi les avantages de la médiation pour la victime, il est observé que cette dernière « obtient une réparation matérielle, mais elle en retire psychologiquement d'autres avantages : son anxiété est réduite, du fait qu'elle comprend pourquoi le délinquant s'est attaqué à elle, et quelle est sa personnalité ». V. enfin Y. Charpenel, « Présentation de la médiation pénale », in *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 69 et s., où l'apaisement de la victime est présenté comme un objectif de la médiation pénale.

<sup>4</sup> Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JORF* 6 mars 2007 p. 4206.

<sup>5</sup> Art. 85 al. 2 CPP.

<sup>6</sup> Art. 33 du projet de loi.

est souvent, à son tour, présentée comme aboutissant à une véritable privatisation de la justice par l'éviction du juge ou la réduction de son rôle<sup>1</sup>.

**195. Domaine et méthodes.** Quoi qu'il en soit, la volonté de mettre un terme au litige en dehors du champ judiciaire trouve donc aussi un écho favorable dans la matière pénale. La pluralité et plus encore la diversité tant des domaines que des méthodes entrepris en ce sens conduisent à s'intéresser successivement au champ (I) et à la mise en œuvre (II) contemporains de la déjudiciarisation en matière pénale<sup>2</sup>.

## **I. Le champ de la déjudiciarisation en matière pénale**

**196. Source de la déjudiciarisation en matière pénale.** À la différence de la matière civile où peuvent fleurir différentes clauses de conciliation, médiation et autres préalables à la saisine du juge et au respect desquelles la justice prête le cas échéant main forte<sup>3</sup>, il n'est évidemment pas concevable que l'éviction du juge pénal puisse résulter, directement et de manière générale, de la seule volonté des « parties », tout particulièrement du mis en cause<sup>4</sup>. Le champ de la déjudiciarisation relève donc en matière pénale entièrement du législateur.

Si le domaine de la déjudiciarisation correspond le plus souvent à un choix du législateur national, tel n'est pas exceptionnellement le cas. Cela est vrai, on l'a vu<sup>5</sup>, en matière civile où, par exemple, l'ordonnance du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>6</sup> porte transposition de la directive éponyme du 21 mai 2013<sup>7</sup>. Cela est vrai aussi en matière pénale où, si l'on accepte de la faire rentrer dans la notion de déjudiciarisation, l'introduction de la justice restaurative à l'article 10-5 du code de procédure

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 118 et s.

<sup>2</sup> S. Cimamonti, « Domaine et mise en œuvre de la déjudiciarisation », in actes des *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice* (30 janvier-2 février 2017), Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson, F. Renucci, S. Zientara-Logeay (dir.), Paris, LexisNexis, 2018, pp. 457-466.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 173.

<sup>4</sup> Il n'y a guère que pour les délits « privés », pour lesquels la plainte de la victime est une condition nécessaire de la poursuite, que le retrait de la plainte entraîne extinction de l'action publique (art. 6 al. 3 CPP) et l'éviction du juge. Mais, pour ces infractions, c'est avant tout la judiciarisation qui, par exception, dépend de la volonté de la victime.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 4.

<sup>6</sup> Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF* 21 août 2015 p. 14721 et décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, *JORF* 31 octobre 2015 p. 20408.

<sup>7</sup> Directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), *JOUE* 18 juin 2013, L 165/63.

pénale opérée par la loi dite *Taubira* du 15 août 2014<sup>1</sup> était en réalité appelée par la transposition de la directive « victimes » de l'Union européenne du 25 octobre 2012<sup>2</sup>.

Lorsque le législateur a le choix, on constate que la diversité règne alors, qu'il s'agisse des domaines (A), comme des modèles (B) de déjudiciarisation.

## **A. Diversité des domaines de déjudiciarisation**

**197.** Ces domaines peuvent être appréhendés *ratione materiae* (1), comme *ratione personae* (2).

### **1. *Ratione materiae***

**198.** Sous ce premier angle d'approche, le domaine de la déjudiciarisation en matière pénale répond le plus souvent à des choix ciblés (a), ce qui n'exclut pas pour autant une certaine logique de généralisation (b).

#### **a. Des choix ciblés**

**199.** Le choix des domaines ciblés par la déjudiciarisation tient, d'une part, au caractère de droit technique ou spécial du champ pénal couvert, d'autre part, au caractère de modicité de l'enjeu ce qui renvoie en matière pénale à la faible ou moyenne gravité des infractions visées, « petites infractions », contraventions ou délits.

**200. Domaines spécifiques.** La spécificité du domaine déjudiciarisé s'illustre ainsi, particulièrement, dans les différentes transactions pénales que l'on peut qualifier de droit pénal spécial à caractère technique, comme dans la plus récente convention judiciaire d'intérêt public.

La diversité des transactions pénales spécifiques en rend la classification malaisée. L'on peut, reprenant les deux grandes catégories qui ont pu en être proposées<sup>1</sup>, distinguer les domaines

---

<sup>1</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* 17 août 2014 p. 13647, v. chapitre 3 et article 18.

<sup>2</sup> Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, *JOUE* 14 novembre 2012, L 315/57, art. 12 « Droit à des garanties dans le contexte des services de justice réparatrice ».

où la transaction pénale de façon ancienne permet la répression des atteintes au patrimoine de l'Etat de ceux où elle tend, plus récemment, à l'autorégulation d'un contentieux spécifique.

La première catégorie renvoie avant tout à la possibilité de transaction pénale, largement usitée, conférée à deux administrations de longue date « privilégiées »<sup>2</sup> les administrations fiscale et douanière. Héritiers de l'ancien article 1879 du code général des impôts, les articles L. 247 à L. 251 du livre des procédures fiscales ouvrent la voie de la transaction pénale à l'administration fiscale quant aux infractions en matière de contributions indirectes au regard du montant des majorations d'impôts et de l'amende fiscale, domaine dans lequel c'est elle qui exerce les poursuites pénales devant le tribunal correctionnel. La loi du 6 décembre 2013<sup>3</sup> est d'ailleurs venue exclure expressément cette transaction lorsque l'administration fiscale envisage cette mise en mouvement de l'action publique, donnant l'occasion au Conseil constitutionnel d'affirmer que le livre des procédures fiscales ne confère pas au contribuable un droit à obtenir une transaction sur ces amendes ou majorations<sup>4</sup>. La voie de la transaction pénale ouverte à l'administration douanière est également très étendue dans l'espace comme dans le temps. L'article 350 du code des douanes l'autorise d'une part pour toute infraction douanière ou pour infraction à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger, d'autre part avant comme après mise en mouvement de l'action publique (avec l'accord de l'autorité judiciaire).

L'on peut encore y ajouter – pour s'en tenir à l'essentiel – la transaction en matière d'infractions au code de l'environnement à laquelle l'autorité administrative ne peut recourir qu'avant cette mise en mouvement et qui est soumise à l'homologation du procureur de la République<sup>5</sup>.

La seconde catégorie regroupe un certain nombre de transactions spéciales, dont le domaine a été progressivement accru, autour d'une perspective d'autorégulation et de déjudiciarisation de contentieux spécifiques. On les trouve donc dans les principaux secteurs de la vie économique et des affaires. À s'en tenir aux seules véritables transactions pénales pourvues d'un effet extinctif de l'action publique – ce qui ne permet pas de couvrir l'ensemble des

---

<sup>1</sup> J.-B. Perrier, *op. cit.*, n° 157 et s.

<sup>2</sup> F. Boulan, « La transaction douanière », in *Etudes de droit pénal douanier*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, PUF, 1968, p. 219 et s., n° 1.

<sup>3</sup> Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* n° 0284 du 7 décembre 2013, texte n° 4.

<sup>4</sup> Cons. const. décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, cons. 28.

<sup>5</sup> Art. L 173-12 code de l'environnement.

procédures à l'œuvre dans un tel champ – le code de la consommation<sup>1</sup>, le code rural<sup>2</sup>, le code de commerce<sup>3</sup> et le code des transports<sup>4</sup> dotent respectivement l'administration compétente du droit ou de la possibilité de transiger pour certaines infractions (contraventions et délits) tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement après accord du procureur de la République et/ou avec homologation de ce dernier. Obéit encore à ce modèle la transaction pénale introduite plus récemment par l'ordonnance du 7 avril 2016<sup>5</sup> portant sur certaines infractions du code du travail, contraventions et délits à l'exception de ceux punis d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus.

De cette catégorie, tend à se détacher la transaction pénale en matière de discriminations dont le fondement ne se résume pas à une seule perspective économique. Le Défenseur des droits a recueilli en 2011<sup>6</sup> le pouvoir de sanction par voie de transaction antérieurement dévolu à la HALDE. Il peut proposer à l'auteur d'une discrimination au sens du code pénal (art. 225-2 et 432-7) comme du code du travail (art. L.1146-1 et L. 2146-2), avant mise en mouvement de l'action publique, une transaction soumise à l'homologation du procureur de la République, portant notamment sur le versement d'une amende transactionnelle dont le montant est plafonné<sup>7</sup>.

La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) introduite à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 »<sup>8</sup>, que le parquet peut proposer à une personne morale, y compris dans le cadre d'une instruction<sup>9</sup>, suppose, dans le même sens, que cette dernière soit mise en cause pour un certain nombre d'infractions de droit pénal des affaires limitativement énumérées, relevant globalement des

---

<sup>1</sup> Art. L. 141-2 et L. 216-11.

<sup>2</sup> Art. L. 205-10.

<sup>3</sup> Art. L. 490-5 dans sa rédaction de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles (antérieurement art. L. 470-4-1) et art. L. 310-6-1.

<sup>4</sup> Art. L. 1721-1 et s., L. 6142-3, L. 6433-1.

<sup>5</sup> Art. 4 IX 3° ordonnance n° 2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, *JORF* 8 avril 2016 texte n° 20 ; art. 1 décret n° 2016-510 du 25 avril 2016 relatif au contrôle de l'application du droit du travail, *JORF* 27 avril 2016 texte n° 29 ; circulaire 18 juillet 2016, *BOMJ* 29 juillet 2016 ; art. L. 8114-4 et s., R. 8114-3 et s. code du travail.

<sup>6</sup> Art. 28 II loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n°0075 du 30 mars 2011 p. 5497.

<sup>7</sup> 3000 euros pour une personne physique, 15000 euros pour une personne morale.

<sup>8</sup> Art. 22 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* 10 décembre 2016.

<sup>9</sup> Art. 180-2 CPP.



atteintes à la probité (corruption et trafic d'influence) auxquelles a été encore ajouté le blanchiment de fraude fiscale<sup>1</sup>.

Les critères de recours à la déjudiciarisation au regard des intérêts qu'elle peut présenter et du rôle qu'elle peut jouer en matière pénale<sup>2</sup> sont très différents dans le champ de la CJIP de ceux assumés dans les autres domaines couverts par les multiples transactions de droit pénal spécial. Celle-ci ne saurait ainsi s'expliquer par une volonté de décharger le juge judiciaire quand l'on sait que, jusqu'à récemment<sup>3</sup>, aucune condamnation pénale n'était jamais intervenue en France à l'encontre d'une entreprise pour des faits de corruption internationale d'un agent public étranger.

**201. Délinquance de moindre gravité.** En dehors d'un domaine spécifique, c'est la modicité de l'enjeu qui constitue, du moins au départ, le critère de choix de la déjudiciarisation en matière pénale, laquelle n'aurait *a priori* vocation à porter que sur de « petites infractions », contraventions et délits de peu de gravité<sup>4</sup>, faisant souvent l'objet d'un contentieux de masse au regard de sa simplicité.

Ainsi, l'amende forfaitaire a-t-elle été conçue en matière contraventionnelle, notamment pour des infractions au code de la route.

De même la composition pénale n'était-elle applicable, dans sa version originelle de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, que pour certaines contraventions de violences et dégradations<sup>5</sup> et certains délits dans ou hors code pénal, limitativement énumérés, punis au plus de trois ans d'emprisonnement<sup>6</sup>; infractions largement représentatives d'une délinquance dite « de masse ». Si l'article 41-1 du code de procédure pénale, fondement du recours aux différentes mesures alternatives à la disposition du procureur de la République (rappel à la loi, stages divers, médiation, ...) ne fait aucune référence à un quelconque critère de faible gravité, ni même d'ailleurs de catégorie, de l'infraction en cause, celui-ci se vérifie bel et bien dans la pratique quotidienne des parquets.

---

<sup>1</sup> A savoir : pour un ou plusieurs délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal, pour le blanchiment des infractions prévues aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion de celles prévues aux mêmes articles 1741 et 1743.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 105 et s.

<sup>3</sup> CA Paris, 26 février 2016, condamnation du groupe Total à 750 000 euros d'amende dans le procès des détournements du programme de l'ONU « Pétrole contre nourriture ». *Adde*, rejetant le pourvoi sur ce point : Crim. 14 mars 2018, n° 16-82117.

<sup>4</sup> Sur cette observation, v. déjà N. Catelan, « Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière pénale », n° 132.

<sup>5</sup> Art. 41-3 CPP.

<sup>6</sup> Art. 41-2 CPP.

Dans le même sens encore, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), même si elle n'est pas *stricto sensu* un mode déjudiciarisé, avait été conçue par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « *Perben 2* » pour les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans<sup>1</sup>.

Et la transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, introduite par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 dite « *Taubira* » obéissait encore plus récemment à un tel schéma avec une énumération limitative de six catégories de contraventions ou délits de faible gravité<sup>2</sup>.

**202. Exclusions.** Les deux critères de choix précédents ne se recoupent pas et sont exclusifs l'un de l'autre. Ainsi, la faible gravité de l'infraction objet d'un contentieux de masse ne se vérifie pas forcément et n'est pas requise dans un domaine spécifique de déjudiciarisation. On ne saurait, par exemple, qualifier de « petites infractions » dont le traitement serait « simple » les infractions couvertes par la convention judiciaire d'intérêt public ! Mais cette dernière tire sa spécificité à tous égards, que ce soit en termes d'intérêt comme de domaine de la déjudiciarisation en matière pénale, du fait qu'elle concerne exclusivement les personnes morales<sup>3</sup>.

Dans l'un ou dans l'autre cadre, le législateur peut, pour différentes raisons, exclure par ailleurs certaines infractions du domaine de la déjudiciarisation.

Certaines exclusions sont traditionnelles en droit pénal, telle celle des délits de presse ou des délits politiques<sup>4</sup>.

Un autre motif d'exclusion du champ d'application d'un procédé déjudiciarisé peut tenir à l'existence pour certaines infractions d'une procédure particulière notamment de poursuite qu'il convient dès lors de respecter<sup>5</sup>. Une telle explication se retrouve dans l'exclusion de la convention judiciaire d'intérêt public des infractions de fraude fiscale des articles 1741 et 1743 du code général des impôts<sup>6</sup> dont la poursuite relève de l'administration sur avis

---

<sup>1</sup> Art. 495-7 CPP.

<sup>2</sup> *V. infra* n° 204.

<sup>3</sup> *V. infra* n° 209.

<sup>4</sup> Prévue pour la composition pénale, cette exclusion se retrouve également pour la CRPC, art. 495-16 CPP.

<sup>5</sup> Tel est le cas, à nouveau, de la CRPC pour laquelle l'article 495-16 du code de procédure pénale fait réserve également des délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

<sup>6</sup> Art. 41-1-2 CPP.

conforme de la commission des infractions fiscales, mécanisme plus connu sous le nom de « verrou de Bercy »<sup>1</sup>.

Le législateur peut, enfin, estimer qu'un mode déjudiciarisé est *a priori* inapproprié à un type particulier de délinquance. Il en va ainsi de la médiation pénale de l'article 41-1, 5° du code de procédure pénale au regard des violences conjugales au sens large du terme (entre conjoints, concubins, partenaires de PACS et « ex »). Il ne peut, en effet, être procédé à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime que si celle-ci en a fait expressément la demande. Et si des faits antérieurs avaient déjà donné lieu à la mise en œuvre d'une mesure de médiation, une nouvelle médiation est exclue en cas de réitération des violences, le procureur devant alors en principe mettre en œuvre une composition pénale ou engager des poursuites.

Qu'elle opère dans des domaines spécifiques ou au regard d'infractions initialement limitées, la déjudiciarisation en matière pénale obéit, bien souvent, dans un second temps, à une logique de généralisation.

#### b. Une logique de généralisation

**203.** Une telle logique se constate, en effet, dans ( $\alpha$ ) comme hors ( $\beta$ ) domaine matériel spécifique de déjudiciarisation et peut emprunter chaque fois différentes formes.

##### *$\alpha$ . Généralisation et domaine spécifique déjudiciarisé*

**204. Différentes formes de généralisation.** Lorsqu'un mode déjudiciarisé s'inscrit dans un domaine particulier, plusieurs types de généralisation sont concevables comme l'illustre(nt) la ou plutôt les transaction(s) pénale(s).

Le même mode déjudiciarisé peut ainsi, d'abord, gagner un nouveau champ spécial. En ce sens, les différents rapports intervenus ces dernières années sur le juge et la justice s'accordaient pour prôner l'extension du champ d'application des transactions de l'administration soumises à l'homologation du procureur de la République dans des contentieux techniques<sup>2</sup>, ainsi en droit pénal de l'urbanisme<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. L 228 livre des procédures fiscales.

<sup>2</sup> Rapport J.-L. Nadal, *Refonder le ministère public*, 2013, proposition n° 30 ; Rapport P. Delmas-Goyon, « *Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle* » *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013, proposition n° 6.

Au sein d'un même champ spécial préexistant, le procédé déjudiciarisé peut, ensuite, devenir applicable à un plus grand nombre d'infractions. C'est ainsi, par exemple, que l'article L. 173-12 du code de l'environnement introduit par l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 avait généralisé la possibilité pour l'administration de recourir à la transaction sur la poursuite des contraventions et délits prévus et réprimés par ce code qui n'existait auparavant qu'au regard de certaines infractions environnementales, avant que la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 ne vienne finalement en exclure les délits punis de plus de deux ans d'emprisonnement.

Un mode déjudiciarisé peut, enfin, être généralisé en étant transféré du droit spécial en droit commun. C'est ainsi, qu'à côté des multiples illustrations de droit spécial concernant des infractions dans un domaine particulier, la transaction pénale a plus récemment gagné le droit commun où elle peut concerner nombre de contraventions et délits du code pénal de faible gravité et ce concurremment au mode transactionnel généralisé qu'était déjà la composition pénale<sup>2</sup> dont l'exécution est elle aussi visée comme mode extinctif de l'action publique par l'article 6 alinéa 3 du code de procédure pénale. Deux hypothèses méritent l'attention à ce titre.

La plus importante est sans nul doute la nouvelle transaction de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale issue de la loi du 15 août 2014<sup>3</sup>. Elle ouvre en effet la voie de la transaction pénale, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, en matière d'infractions de droit commun pour les personnes physiques et morales : contraventions prévues par le code pénal (hors extinction de l'action publique par le paiement d'une amende forfaitaire), délits du code pénal punis d'une peine d'amende ou au plus d'un an d'emprisonnement (à l'exception de l'outrage), et enfin trois délits nettement identifiés pour lesquels l'importance pratique de la réforme ne saurait échapper : le vol simple (lorsque la valeur de la chose volée est inférieure ou égale à 300 euros<sup>4</sup>), l'usage de stupéfiants et l'occupation en réunion des halls ou toits d'immeubles collectifs d'habitation. La particularité de cette nouvelle transaction pénale est d'être, sur autorisation du procureur de la République, proposée par l'officier de police judiciaire pour être ensuite, le cas échéant, acceptée par l'auteur de l'infraction et homologuée par le président du TGI. En ce cas, l'exécution volontaire dans les délais impartis

---

<sup>1</sup> Rapport S. Guinchard, *op. cit.*, p. 127 et proposition n° 57.

<sup>2</sup> J. Leblois-Happe, « De la transaction pénale à la composition pénale – Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G*, 2000, I 198; J.-B. Perrier, *op. cit.*, n° 187 p. 164.

<sup>3</sup> J.-B. Perrier, « La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ? », *D.* 2014, p. 2182.

<sup>4</sup> Art. 19 loi n° 2017-259 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, *JORF* 1<sup>er</sup> mars 2017, texte n° 3.

par l'intéressé du contenu de la transaction, soit de l'amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder le tiers de celui de l'amende encouru et éventuellement de l'obligation de réparer le dommage résultant de l'infraction, éteint l'action publique. À défaut, le procureur de la République doit recourir aux mesures (pourtant moins lourdes) de l'article 41-1, à la composition pénale ou engager des poursuites.

L'on peut aussi être tenté de rattacher au droit commun l'une des modalités de la transaction proposée par le maire introduite depuis 2006 à l'article 44-1 du code de procédure pénale concernant les contraventions que les agents de la police municipale sont habilités à constater commises au préjudice de la commune au titre de l'un de ses biens dont l'exécution est également extinctive de l'action publique. Sa modalité première porte certes sur la réparation de ce préjudice. Mais elle peut aussi consister en l'exécution, au profit de la commune, d'un travail non rémunéré pendant une durée maximale de trente heures sans qu'aucun lien ne soit établi par les textes avec cette réparation. Le caractère pénal de la transaction paraît alors renforcé par l'homologation confiée au juge du tribunal de police<sup>1</sup> et le renvoi aux textes sur le travail d'intérêt général, le maire exerçant alors les attributions du juge de l'application des peines<sup>2</sup>.

### *β. Généralisation hors domaine spécifique*

**205. Extension à de nouvelles infractions ou de nouveaux auteurs.** Lorsqu'il joue en matière pénale hors champ particulier, le mode déjudiciarisé peut connaître une certaine généralisation par l'augmentation des infractions ou des auteurs d'infraction susceptibles d'en relever.

L'application à un nombre grandissant d'infractions par le relèvement du seuil de gravité a été la voie empruntée par la composition pénale, relèvement que l'on observe également s'agissant de la comparution sur reconnaissance de culpabilité<sup>3</sup>, même si cette dernière n'est pas un mode déjudiciarisé. Au terme de modifications successives, la première est aujourd'hui

---

<sup>1</sup> Art. R. 15-33-63 CPP.

<sup>2</sup> Art. R. 15-33-65 CPP.

<sup>3</sup> La CRPC, a été étendue par loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles à tous les délits sauf exceptions prévues par l'art. 497-7 CPP : 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.

applicable suite à la commission d'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<sup>1</sup> ; limitation en termes de peines que le projet de loi de programmation de la justice pour les années 2018-2022 envisage de supprimer purement et simplement, si bien que la composition pénale serait, au moins théoriquement, applicable à tout délit même puni de dix ans d'emprisonnement<sup>2</sup>. Dans ce mouvement, on passe donc, bien souvent, d'une énumération limitative à un domaine général sauf exception limitative.

On retrouve la même voie de généralisation en matière d'amende forfaitaire. Alors qu'elle était, à l'origine exclusivement contraventionnelle<sup>3</sup>, l'amende forfaitaire est devenue délictuelle<sup>4</sup> avec la loi « J21 » du 18 novembre 2016<sup>5</sup>. Et, en ce dernier domaine, où elle n'est pourtant pas encore effective à ce jour faute de texte d'application<sup>6</sup> en matière routière pour les deux délits concernés de conduite sans permis<sup>7</sup> et sans assurance<sup>8</sup>, son extension est déjà prévue par le projet de loi de programmation de la justice pour les années 2018-2022<sup>9</sup> à de nouveaux délits relatifs à la vente d'alcool aux mineurs<sup>10</sup>, l'usage de stupéfiants<sup>11</sup> et la durée du travail dans les transports routiers<sup>12</sup>. On ne prend guère de risque à prédire que d'autres encore seront certainement à l'avenir concernés par l'amende forfaitaire délictuelle...

L'autre voie de généralisation peut consister à étendre le mode déjudiciarisé à une nouvelle catégorie d'auteurs d'infraction qui en avaient été initialement exclus, par exemple aux mineurs. Tel a été le cas pour la composition pénale étendue aux mineurs âgés d'au moins treize ans<sup>13</sup> depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

---

<sup>1</sup> Art. 41-2 CPP.

<sup>2</sup> Art. 131-4 CP ; l'échelle des peines d'emprisonnement n'étant pas modifiée par le projet de loi.

<sup>3</sup> Art. 529 et s.; R. 49 et s. CPP.

<sup>4</sup> Art. 495-17 et s. CPP.

<sup>5</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>6</sup> *V. infra* n° 221.

<sup>7</sup> Art. L. 221-2 code de la route.

<sup>8</sup> Art. L. 324-2 code de la route.

<sup>9</sup> Art. 36 projet de loi.

<sup>10</sup> Art. L. 3353-3 code de la santé publique : amende forfaitaire de 300 €, amende minorée de 250 €, amende majorée de 600 €.

<sup>11</sup> Art. L. 3421-1 code de la santé publique : amende forfaitaire de 300 €, amende minorée de 250 €, amende majorée de 600 €.

<sup>12</sup> Art. L. 3315-5 code des transports : amende forfaitaire de 800 €, amende minorée de 640 €, amende majorée de 1600 €.

<sup>13</sup> Selon les modalités prévues par l'article 7-2 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante : art. 41-2 CPP.

C'est déjà dire que le champ de la déjudiciarisation doit aussi être envisagé *ratione personae*.

## 2. *Ratione personae*

**206. Personnes physiques et/ou morales.** Sans qu'il soit besoin de les reprendre tous un à un, il apparaît clairement que les différents modes déjudiciarisés en matière pénale relèvent, *ratione personae*, d'un champ à géométrie variable. Aujourd'hui, certains concernent exclusivement les personnes physiques voire une catégorie d'entre elles, d'autres les personnes morales et quelques-uns à la fois les personnes physiques et morales.

**207. Personnes physiques majeures et/ou mineures.** Chronologiquement, et ne serait-ce que parce que la responsabilité pénale des personnes morales n'a pendant longtemps pas existé, la déjudiciarisation en matière pénale a été avant tout conçue pour les personnes physiques, et ce en dépit de la rédaction des textes visant à titre général « l'auteur des faits » comme dans l'article 41-1 du code de procédure pénale énumérant les mesures à la disposition du procureur de la République. L'article 41-2, relatif à la composition pénale, vise, quant à lui, expressément les seules personnes physiques<sup>1</sup>.

Tous les procédés déjudiciarisés ne sont pas pour autant applicables à l'ensemble des personnes physiques, majeures et mineures. Initialement limitée aux seuls majeurs, la composition pénale a ensuite été, on l'a vu, étendue aux mineurs. En revanche, et à l'instar d'autres voies qui demeurent judiciarisées telle la comparution sur reconnaissance de culpabilité<sup>2</sup> ou l'ordonnance pénale<sup>3</sup>, certains modes déjudiciarisés ne sont pas applicables aux mineurs. Ainsi en va-t-il de l'amende forfaitaire, lorsqu'elle concerne les contraventions de cinquième classe<sup>4</sup> ou les délits<sup>5</sup>, ce qui n'est pas sans poser problème à l'heure où le projet de loi de programmation de la justice pour les années 2018-2022 prévoit l'extension du

---

<sup>1</sup> Le code de commerce (art. L. 490-6 dans sa rédaction de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles, antérieurement art. L. 470-4-2) étend toutefois partiellement la composition pénale (au regard du seul versement d'une amende de composition) aux personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits prévus au titre IV du présent IV (transparence, pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées) pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes.

<sup>2</sup> Art. 495-16 CPP.

<sup>3</sup> Pour les contraventions de cinquième classe (art. 524 1° CPP) et les délits (art. 495 III 1° CPP).

<sup>4</sup> Art. 20-1 ord. n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

<sup>5</sup> Art. 495-17 al. 2 CPP.

procédé notamment au délit d'usage de stupéfiants<sup>1</sup> dont nombre d'auteurs sont mineurs, et supposera donc qu'une autre voie à eux adaptée soit trouvée<sup>2</sup>.

**208. Personnes physiques et morales.** D'autres procédés déjudiciarisés sont communs aux personnes physiques et morales, comme l'est également la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il en va ainsi notamment de certaines transactions spéciales confiées à une administration<sup>3</sup>, de la transaction relevant du Défenseur des droits en matière de discriminations<sup>4</sup>, et encore de la transaction par officier de police judiciaire<sup>5</sup>. Celle-ci ayant vocation à disparaître avec le prochain projet de loi de programmation de la justice pour les années 2018-2022<sup>6</sup> en étant fusionnée avec la composition pénale, il est logique que ce texte prévoie, dans un futur article 41-3 du code de procédure pénale, d'étendre l'application de cette dernière aux personnes morales. Le montant maximal de l'amende de composition pouvant être proposé à ces dernières serait alors logiquement<sup>7</sup> égal au quintuple de l'amende encourue par les personnes physiques<sup>8</sup>, puisque l'amende de composition, à la différence de l'amende transactionnelle, peut atteindre le maximum de l'amende encourue.

**209. Personnes morales.** La véritable innovation a résidé, plus récemment, dans l'apparition en matière pénale, avec la convention judiciaire d'intérêt public, d'un mode déjudiciarisé réservé aux seules personnes morales. Introduite par l'article 22 de la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 à l'article 41-2 du code de procédure pénale, ce nouveau mode déjudiciarisé en matière pénale applicable exclusivement à une personne morale<sup>9</sup> mise en cause pour un ou plusieurs délits limitativement énumérés<sup>10</sup>, a vu ses conditions de mise en œuvre déterminées

---

<sup>1</sup> Art. 36 I projet de loi.

<sup>2</sup> V. Assemblée nationale, rapport d'information n° 595 du 25 janvier 2018 en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants.

<sup>3</sup> V., par exemple, pour la transaction pénale du code de l'environnement : art. L 173-12 I, pour la transaction pénale du code du travail : art. L 8114-4.

<sup>4</sup> Art. 28 loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n°0075 du 30 mars 2011 p. 5497.

<sup>5</sup> Art. 41-1-1 I CPP.

<sup>6</sup> Dont l'article 37 II propose l'abrogation de l'article 41-1-1 CPP.

<sup>7</sup> Conformément aux prévisions de l'article 131-38 al. 1<sup>er</sup> CP.

<sup>8</sup> Art. 37 IV projet de loi.

<sup>9</sup> Les personnes physiques représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurant responsables en tant que personnes physiques. V. circulaire précitée du 31 janvier 2018, p. 16 : « L'opportunité de poursuivre la personne physique, ou de mettre en oeuvre l'une des mesures alternatives aux poursuites prévues à l'article 41-1 du code de procédure pénale, devra faire l'objet d'une appréciation au cas par cas ».

<sup>10</sup> V. *supra* n° 200; J.-B. Perrier, « Transaction pénale et corruption : entre pragmatisme et dogmatisme », *D.* 2016, p. 1318 ; E. Dezeuze et G. Pellegrin, « Loi Sapin 2 - Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP G*, n° 3, 16 janvier 2017, doctr. p. 64 ; M. Segonds, « Corruption - Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à



par un décret du 27 avril 2017<sup>1</sup>. Il consiste essentiellement en la possibilité pour le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de proposer<sup>2</sup> à cette personne morale de conclure une convention ainsi dénommée lui imposant une ou plusieurs des trois obligations suivantes :

- le versement d'une amende dite « d'intérêt public » (et non pénale) au Trésor public dont le montant est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements et dont le versement peut être échelonné, selon un échéancier fixé par le procureur de la République, sur une période qui ne peut être supérieure à un an précisée par la convention ;

- la soumission, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du code pénal<sup>3</sup> ; cette mesure ayant, en effet, été parallèlement été introduite dans les peines correctionnelles applicables aux personnes morales<sup>4</sup> et les frais occasionnés par le recours par l'Agence française anticorruption à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées, pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques, financières, fiscales et comptables nécessaires à sa mission de contrôle étant alors supportés par la personne morale mise en cause, dans la limite d'un plafond fixé par la convention.

---

l'anticorruption », *Dr. pénal*, n° 2 ; février 2017, étude 4, spéc. n° 17-18 ; D. Rebut, « Les entreprises au service de la lutte contre la corruption : commentaire des mesures anticorruption de la loi Sapin 2 », *BJB* 2017, p. 48, spéc. n° 14 et s. ; A. Mignon-Colombet, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ Pénal* 2017, p. 68 ; E. Vergès, « La procédure pénale hybride. À propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *RSC* 2017, p. 579.

<sup>1</sup> Décret n° 2017-660 du 27 avril 2017 relatif à la convention judiciaire d'intérêt public et au cautionnement judiciaire, *JORF* 29 avril 2017.

<sup>2</sup> Art. 41-1-2 I, R. 15-33-60 et R. 15-33-60-2 CPP. 14.

<sup>3</sup> A savoir : 1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; 2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la personne morale ; 3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la personne morale à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la personne morale exerce son activité ; 4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ; 5° Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la personne morale, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du code de commerce ; 6° Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; 7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la personne morale en cas de violation du code de conduite de la personne morale.

<sup>4</sup> Art. 18 loi 9 décembre 2016 préc.

- l'obligation de réparation des dommages causés par l'infraction à la victime lorsque celle-ci est identifiée, dont la convention doit déterminer le montant et les modalités de paiement dans un délai qui ne peut être supérieur à un an<sup>1</sup>.

La proposition de convention acceptée par la personne morale doit être transmise par le procureur au président du tribunal de grande instance aux fins de validation<sup>2</sup>, qui, après audition en audience publique des parties et de leurs avocats et vérification du bien-fondé du recours à cette procédure et de son déroulement, rend une décision insusceptible de recours. L'ordonnance de validation ouvre à la personne morale un délai de dix jours pour exercer son droit de rétractation et n'emporte pas déclaration de culpabilité, n'ayant ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. La convention judiciaire d'intérêt public n'est donc pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire et fait simplement l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République ainsi que d'une publication sur le site internet de l'agence française anticorruption<sup>3</sup>. La prescription de l'action publique, suspendue pendant la procédure, est éteinte par l'exécution des obligations prévues par la convention<sup>4</sup>. En cas d'échec de la procédure pour quelque raison que ce soit (non validation, rétractation de la personne morale ou absence d'exécution intégrale par elle des obligations prévues dans le délai prévu), le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau<sup>5</sup>.

Cette convention judiciaire d'intérêt public s'inscrit dans un contexte et des objectifs très différents de ceux des autres procédés déjudiciarisés connus jusqu'alors en matière pénale. Directement inspirée du *deferred prosecution agreement* américain<sup>6</sup>, l'innovation tendait tout à la fois à éviter aux entreprises une condamnation pénale qui les empêcherait d'accéder aux marchés internationaux et à leur épargner le risque de poursuites étrangères, notamment

---

<sup>1</sup> Art. 41-1-2 I CPP.

<sup>2</sup> Art. 41-1-2 II et R. 15-33-60-3 et R. 15-33-60-4 CPP.

<sup>3</sup> <https://www.economie.gouv.fr/afa>

<sup>4</sup> Art. 41-1-2 IV et R. 15-33-60-6 à R. 15-33-60-9 CPP.

<sup>5</sup> Art. 41-1-2 III et R. 15-33-60-10 CPP.

<sup>6</sup> A. Mignon-Colombet et F. Buthiau, « Le Deferred Prosecution Agreement américain, une forme inédite de justice négociée », *JCP G* 2013, p. 621 ; L. Cohen-Tanugi et E. Breen, « Le Deferred prosecution agreement américain. Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G*, n° 38, 16 septembre 2013, p. 954 ; S. Albertin, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pénal* 2015 p. 354.

américaines sur un fondement extraterritorial<sup>1</sup>, par la prévision du paiement en France de montants considérables<sup>2</sup>.

Au jour de la remise du présent rapport, ce nouveau procédé déjudiciarisé en matière pénale a donné lieu à signature et publication de trois conventions judiciaires d'intérêt public dans des affaires jusque-là soumises à information judiciaire comme le permet, non sans quelques adaptations, l'article 180-2 du code de procédure pénale<sup>3</sup>. La première conclue entre le parquet national financier et HSBC Private Bank (Suisse) SA puis validée le 14 novembre 2017 dans une affaire de blanchiment de fraude fiscale a retenu une amende d'intérêt public et des dommages et intérêts à hauteur 300 millions d'euros, la première atteignant le maximum encouru en ajoutant aux 86,4 millions de restitution du profit retiré par la personne morale une pénalité complémentaire de 71,6 millions – dont la loi et le décret ne soufflent mot – en raison de la coopération minimale d'HSBC, de la gravité des faits et de leur caractère habituel<sup>4</sup>. Les deux CJIP suivantes, signées par le procureur de la République de Nanterre et deux sociétés par action simplifiée puis validées en février 2018 dans des affaires de corruption au préjudice d'EDF, ont mis en œuvre la même logique de décomposition du montant de l'amende d'intérêt public en une restitution du profit réalisé d'une part et une pénalité complémentaire déterminée par application de facteurs aggravants et atténuants, directement suggérés par la circulaire d'application de la loi du 9 décembre 2016<sup>5</sup>, en fonction des caractéristiques de chaque espèce d'autre part ; amende à laquelle a été ajoutée chaque fois la soumission des personnes morales mises en cause à un programme de mise en conformité respectivement pendant dix-huit mois et deux ans, outre réparation du préjudice de la victime<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF 2013, 208 p. ; M. Audit, R. Bismuth et A. Mignon Colombet, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G*, n° 1-2, 12 janvier 2015, p. 37.

<sup>2</sup> E. Dezeuze, D. Rebut, préc.

<sup>3</sup> Le juge d'instruction peut, en effet, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, prononcer, par ordonnance, la transmission de la procédure à ce dernier en vue de la mise en œuvre de la CJIP, lorsque la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue. Une telle possibilité existe également pour la CRPC.

<sup>4</sup> P. Dufourq, « Réflexions autour de la première convention judiciaire d'intérêt public », *D. actu.* 7 décembre 2017 ; D. Rebut, « La convention judiciaire d'intérêt public au service du budget de l'Etat », Club des juristes 4 décembre 2017 et *JCP G* n° 49, 4 décembre 2017, doctr. 1297 Mot de la semaine ; A. Gaudemet et A. Dill, « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *JCP G*, n° 51, 18 décembre 2017, 1331 ; M. Segonds, « De l'art de l'ombre au l'art du clair-obscur », *Dr. pénal* janvier 2018, comm. 14.

<sup>5</sup> Circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JUSD1802971C, v. spéc. p. 17.

<sup>6</sup> « Convention judiciaire d'intérêt public ... la suite », *Lexbase Pénal*, éd. n° 3 du 22 mars 2018.

Dans cette diversité de domaines, que ce soit *ratione materiae* ou *personae*, sont à l'œuvre différents modèles de déjudiciarisation en matière pénale.

## **B. Diversité des modèles de déjudiciarisation**

**210. Typologie.** Face, aujourd'hui, à la multiplication et à la diversité des procédés déjudiciarisés en matière pénale, se pose la question de leur classification en fonction du modèle à l'œuvre. Il semble possible d'en distinguer plusieurs en fonction de la présence et, le cas échéant, du rôle qu'y conserve le juge en comparaison de son rôle traditionnel dans le procès pénal<sup>1</sup>.

Au regard de la présence du juge, coexistent en matière pénale la déjudiciarisation sans juge et celle avec juge.

**211. Déjudiciarisation sans juge.** La déjudiciarisation la plus poussée renvoie aux procédés dont le juge est absent lors de leur mise en œuvre de principe, sa présence n'étant éventuellement susceptible d'être réintroduite que dans un second temps. Dans ce premier cadre, certains procédés répondent à l'idée de déjudiciarisation par spécialisation dans des domaines particuliers et d'autres, en droit commun, à celle de déjudiciarisation par éviction.

La déjudiciarisation par spécialisation intervient au profit de différentes administrations (fiscale, douanière, etc...) ayant reçu le pouvoir de proposer une transaction parfois soumise à l'homologation non pas du juge mais du procureur de la République.

Dans le cadre du code de procédure pénale, en droit commun, cette idée d'attribution à une spécialisation extérieure disparaît au profit d'une éviction de principe pure et simple du juge. On y trouve, d'abord, les différentes mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale que le procureur de la République peut mettre en œuvre directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur. Aux six mesures actuellement prévues, le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022<sup>2</sup> envisage d'ajouter la possibilité pour le parquet de demander à l'auteur des faits de respecter une

---

<sup>1</sup> V. J.-B. Perrier, « Diversification et simplification des procédés déjudiciarisés », in actes des *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice* (30 janvier-2 février 2017), Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson, F. Renucci, S. Zientara-Logeay (dir.), Paris, LexisNexis, 2018, pp. 467-477.

<sup>2</sup> Art. 37 I projet de loi.

injonction de ne pas paraître pour une durée qui ne saurait excéder six mois, dans un ou plusieurs lieux déterminés dans lesquels l'infraction a été commise ou dans lesquels réside la victime. Le juge est donc totalement absent de ces mesures qui ne sont pas toutefois, en l'absence pour la jurisprudence de caractère extinctif de l'action publique de leur exécution<sup>1</sup>, totalement alternatives, si bien que le juge pourrait théoriquement réapparaître dans un second temps à l'occasion de la mise en œuvre de poursuites.

On peut également ranger dans la déjudiciarisation-éviction les amendes forfaitaires contraventionnelles et délictuelles. Là encore, le schéma de principe de mise en œuvre des différents montants d'amende, de minorés à majorés, fait abstraction du juge qui ne peut éventuellement réapparaître que sur saisine du ministère public auquel aurait été transmise une requête en exonération ou une réclamation<sup>2</sup>.

**212. Déjudiciarisation avec juge.** D'autres procédés de déjudiciarisation du code de procédure pénale conservent la présence du juge dans leur mise en œuvre de principe mais avec un rôle nettement allégé ou simplifié par rapport à son rôle habituel de règlement du litige dans le cadre du procès pénal. Cette déjudiciarisation-simplification qui intervient par homologation ou validation connaît elle-même des degrés en fonction de l'intensité de l'allègement prévu. Ainsi, cet allègement est plus important dans le cadre de la composition pénale ou de la transaction par officier de police judiciaire que dans la convention judiciaire d'intérêt public. Cette dernière comporte en effet notamment une audience publique, au cours de laquelle le président du tribunal procède à l'audition de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat<sup>3</sup>, audience qui rapproche davantage la CJIP de la CRPC<sup>4</sup> alors même que celle-ci s'insère dans l'exercice de l'action publique et emporte jugement de condamnation.

La question se pose, donc, inexorablement du critère du maintien de l'intervention du juge du siège lors de la mise en œuvre de la déjudiciarisation en matière pénale.

---

<sup>1</sup> *V. infra* n° 217.

<sup>2</sup> Art. 530 et 495-21 CPP.

<sup>3</sup> Art. 41-1-2 II CPP.

<sup>4</sup> Art. 495-9 CPP.

## II. La mise en œuvre de la déjudiciarisation en matière pénale

213. Avant de parvenir à être effective et plus encore efficace<sup>1</sup>, la déjudiciarisation en matière pénale peut se heurter à certaines difficultés (A) et avoir à surmonter certaines incohérences (B).

### A. Les difficultés

214. Elles se situent tant en amont qu'en aval, qu'il s'agisse du recours à la déjudiciarisation (1) puis de sa réception (2).

#### 1. En amont : le recours à la déjudiciarisation

215. Le développement de la déjudiciarisation en matière pénale est susceptible de se heurter à un certain nombre d'obstacles de droit comme de fait, ainsi que l'expérience antérieure a déjà pu le révéler.

##### a. Obstacles juridiques

216. Un premier obstacle, d'ordre juridique, tient à une analyse contestable de telle ou telle dimension d'un instrument de déjudiciarisation.

217. **Déjudiciarisation et caractère extinctif de l'action publique.** Une première illustration a été donnée, au regard du caractère extinctif de l'action publique du mode déjudiciarisé, par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 juin 2011<sup>2</sup>. Celle-ci a, en effet, cassé pour violation de l'article 41-1 du code de procédure pénale, un arrêt d'appel suivant lequel le procureur de la République ne pouvait engager de poursuites en cas d'exécution d'une mesure imposée en application dudit article (en l'espèce un rappel à la loi) en considérant au contraire « qu'il résulte de ce texte que le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, prescrire l'une des obligations prévues par

---

<sup>1</sup> *V. infra* ce rapport, chapitre 5, section 2.

<sup>2</sup> Crim. 21 juin 2011, n° 11-80.003, *Bull. crim.* n° 141; J.-B. Perrier, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *D.* 2011, p. 2349 ; F. Desprez, « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », *D.* 2011, p. 2379 ; L. Belfanti, « De la révocabilité du rappel à la loi en particulier et des alternatives aux poursuites en général », *AJ Pénal* 2011, p. 584; J. Danet, « Le rappel à la loi préambule ou "alternative" aux poursuites, au choix du ministère public », *RSC* 2011, p. 660.

ledit article, sans que l'exécution de cette obligation éteigne l'action publique ». Même si l'hypothèse semble rare en pratique, une telle solution de principe, bien qu'elle ne soit pas contraire à la lettre même des textes<sup>1</sup>, réduit considérablement pour le justiciable impliqué l'intérêt de l'ensemble des mesures de l'article 41-1.

**218. Déjudiciarisation et nature de l'amende transactionnelle.** La seconde illustration est venue, quant à la nature des mesures prévues au mode déjudiciarisé, avec la décision QPC du Conseil constitutionnel du 26 septembre 2014<sup>2</sup>. Un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret du 24 mars 2014 relatif à la transaction environnementale<sup>3</sup> a en effet donné lieu à la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité et fourni l'occasion au Conseil constitutionnel d'affirmer que les mesures fixées dans la transaction pénale de l'article L. 173-12 du code de l'environnement (amende transactionnelle, obligations imposées à l'auteur de l'infraction) « ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition » en considérant que la transaction homologuée ne présente, en elle-même, aucun caractère exécutoire et n'entraîne aucune privation ou restriction des droits de l'intéressé dans la mesure où elle doit être exécutée volontairement par ce dernier. Si la solution n'est pas sans conséquences sur l'application des garanties de la matière pénale<sup>4</sup>, elle aboutit en termes de domaine à amputer la transaction pourtant dite pénale d'une partie de son intérêt pour n'y voir qu'une alternative aux poursuites sans déterminer précisément la nature des mesures auxquelles aboutit. Or cela vaut aussi bien pour les différentes transactions pénales spécialisées que pour l'ébauche de transaction pénale de droit commun par officier de police judiciaire de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. La solution a donc été, à juste titre, contestée<sup>5</sup>. En effet, dans les différentes transactions pénales, la mesure emblématique est l'amende transactionnelle (qualifiée comme telle ou pas) systématiquement prévue dont l'auteur de l'infraction devra s'acquitter, et dont le montant n'est pas toujours précisé alors qu'il ne peut dans certains cas pas excéder un plafond ou un pourcentage de l'amende

---

<sup>1</sup> L'article 41-1 CPP prévoit en effet *in fine* que, d'une part, que « *La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique* » et, d'autre part, qu' « *En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites* », rendant hasardeux un raisonnement *a contrario* sur ce dernier point, quand l'article 41-2 CPP prévoit expressément que « *L'exécution de l'action publique éteint l'action publique* » ; exécution d'une composition pénale expressément visée par l'article 6 CPP au titre des modes extinctifs de l'action publique à la différence des mesures de l'article 41-1 du CPP.

<sup>2</sup> Cons. const. décision n° 2014-416 du 26 sept. 2014, Ass°. France Nature Environnement.

<sup>3</sup> Décret n° 2014-368 du 24 mars 2014 relatif à la transaction pénale prévue à l'article L. 173-12 du code de l'environnement, *JORF* du 26 mars 2014 p. 5957 ; J.-B. Perrier, « Progrès et regrets concernant le droit à l'information en matière de transaction pénale », *D.* 2014 p. 998.

<sup>4</sup> *V. infra* dans le présent rapport, F. Engel et J.-B. Perrier, « Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé ».

<sup>5</sup> J.-B. Perrier, « La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel », *D.* 2014, p. 2503.

encourue. Les textes sur la transaction pénale ajoutent parfois la possibilité de lui imposer l'exécution dans un délai imparti d'obligations répondant à des objectifs variés : faire cesser l'infraction, éviter son renouvellement, réparer le dommage, remettre en conformité les lieux. Si selon la mesure en cause la logique peut être tantôt répressive tantôt réparatrice, ces obligations ne sont qu'accessoire à l'amende transactionnelle dont la dimension apparaît essentiellement punitive. On observera, au demeurant, que si la décision du Conseil constitutionnel a conduit le Conseil d'Etat à valider le décret du 24 mars 2014 sur la transaction environnementale<sup>1</sup>, c'est bien pourtant dans une section « Transaction pénale » d'un chapitre « Sanctions pénales » commun aux parties législative et réglementaire du code de l'environnement<sup>2</sup> que celle-ci n'y figure pas moins !

L'incertitude qui résulte de telles décisions sur des effets aussi essentiels de tel ou tel mode déjudiciarisé n'est donc évidemment pas à même de favoriser la déjudiciarisation en matière pénale.

#### b. Résistances d'opportunité

**219. Introduction de la compensation d'intérêt public.** Un deuxième obstacle peut tenir à des résistances, fondées sur des raisons juridiques comme d'opportunité, à l'introduction d'un nouveau mode déjudiciarisé que ce soit dans son principe ou ses modalités. L'illustration a en été donnée avec l'introduction de la convention judiciaire d'intérêt public, finalement opérée par la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016, qui a failli ne pas voir le jour en raison de l'opposition de principe exprimée par le Conseil d'Etat à laquelle s'était ralliée la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) à l'encontre de la convention dite de compensation d'intérêt public initialement prévue par le projet de loi.

Le Conseil d'Etat avait en effet estimé dans son avis du 24 mars 2016<sup>3</sup> qu'« en l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée ». Pour lui, « une procédure de type transactionnel ne saurait être prévue par la loi que dans les cas où les inconvénients qu'elle comporte, tant pour la protection des droits des personnes mises en cause et de la victime que pour la

---

<sup>1</sup> CE 27 mai 2015, n° 380652.

<sup>2</sup> Livre Ier, titre VII.

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, avis du 24 mars 2016 sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.



sauvegarde des intérêts de la société, n'apparaissent pas disproportionnés au regard de l'intérêt que sa mise en œuvre présente pour une bonne administration de la justice ». Or en droit interne, les inconvénients lui semblaient l'emporter : complexité et gravité des qualifications en cause, traitement différent d'une part des personnes physiques (dirigeants ou salariés de l'entreprise) et morales auteurs, d'autre part du corrupteur et du corrompu. En revanche, dans le cadre de la corruption transnationale, les avantages lui semblaient l'emporter sur les inconvénients « compte tenu des procédures et pratiques existant dans différents États », soit le *deferred prosecution agreement* (accord de poursuite différée) américain ou britannique. En clair, l'introduction d'une procédure transactionnelle équivalente en France pourrait permettre de couper l'herbe sous le pied des autorités de poursuites étrangères, particulièrement américaines...

La CNCDH partageait dans son avis du 26 mai 2016<sup>1</sup> les craintes du Conseil d'État, ajoutant que « ce dispositif propre à la lutte contre la corruption pourrait apparaître, aux yeux des justiciables, comme une procédure avantageuse réservée à la délinquance « en cols blancs » et estimant que « compte tenu du rôle limité du juge judiciaire, et en l'absence d'indépendance aboutie du ministère public – dont de surcroît l'action repose non pas sur la légalité, mais sur l'opportunité des poursuites – le dispositif proposé ne présentait pas toutes les garanties d'une procédure permettant d'aboutir à une solution conforme à l'intérêt public, et pas seulement à celui des parties ».

La convention de compensation d'intérêt public, après avoir, pour ces raisons, disparu du projet de loi présenté en conseil des ministres et que l'on avait donc pu un temps croire abandonnée, a finalement refait surface sur amendement parlementaire dans la loi sous la dénomination de convention judiciaire d'intérêt public avec la configuration que l'on sait<sup>2</sup>. Il n'en demeure pas moins que certaines des objections formulées persistent : ainsi du choix du domaine de la déjudiciarisation au regard de la gravité des infractions concernées ; de la différence de traitement entre personnes physiques et personnes morales ; et surtout, en dépit de la décision QPC du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2017<sup>3</sup>, de la question de l'indépendance du parquet, maître d'œuvre de la déjudiciarisation en matière pénale.

---

<sup>1</sup> CNCDH, avis du 26 mai 2016 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 209.

<sup>3</sup> Cons. const., décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017 - Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet, *JORF* n° 0287 9 décembre 2017.

Une fois, le recours à la déjudiciarisation acté par le législateur, d'autres difficultés peuvent encore exister.

## 2. En aval : la réception de la déjudiciarisation

**220.** L'adoption d'un nouveau mode déjudiciarisé par le législateur suppose, le plus souvent, l'adoption de décrets d'application par le pouvoir exécutif et l'appropriation par les professionnels concernés. Or l'une comme l'autre peuvent tarder.

**221. Adoption des textes réglementaires d'application.** Cela est vrai en toute matière, mais cela l'est aussi en matière déjudiciarisation, non sans paradoxe alors au regard de l'objectif de désencombrement des juridictions ou de leurs circuits classiques : les décrets d'application de nouveaux modes déjudiciarisés peuvent tarder. Tel a été par exemple le cas, ces dernières années, pour le décret d'application qu'appelait l'article L. 173-12 du code de l'environnement introduit par l'article 3 de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012<sup>1</sup> quant à la transaction environnementale qui n'est intervenu que le 24 mars 2014. Il en est allé de même du décret d'application en matière de transaction par officier de police judiciaire de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale établie par la loi dite *Taubira* du 15 août 2014 qui n'a été adopté que le 13 octobre 2015<sup>2</sup>. Dans l'intervalle, qui peut donc durer plus d'un an ou deux, le mode déjudiciarisé ne peut donc être pleinement effectif. On a vu comment le recours pour excès de pouvoir à l'encontre du premier décret a abouti à la décision QPC du Conseil constitutionnel en date du 26 septembre 2014 jetant le trouble sur la nature de la transaction pénale<sup>3</sup>. Le second décret a, quant à lui, été purement et simplement annulé par le Conseil d'État dans ses dispositions relatives à la transaction par OPJ le 24 mai 2017<sup>4</sup>, en

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, *JORF* 12 janvier 2012 p. 564.

<sup>2</sup> Décret n° 2015-1272 du 13 octobre 2015 pris pour l'application des articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure, *JORF* 15 octobre 2015 p. 19102 ; F. Fourment, « De quoi la transaction pénale est-elle le nom ? », *Gaz. Pal.* 3 novembre 2015, n° 307, p. 3 ; V. Dervieux, « La transaction pénale générale (TPGL) : nouvel outil de l'arsenal pénal alternatif », *Gaz. Pal.* 28 novembre 2015, n° 332, p. 5 ; S. Detraz, « Transaction pénale par OPJ : décret d'application Aperçu rapide », *JCP G* n° 52, 21 décembre 2015, p. 1416 ; C. Miansoni, La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ, *AJ Pénal* 2015, p. 469 ; J.-B. Perrier, « Décret relatif à la transaction " pénale" : entre déception(s) et consolation », *D.* 2016, p. 135 ; H. Rouidi, « Du pouvoir de l'OPJ de transiger sur l'action publique », *Dr. pénal* n° 1, janvier 2016, étude 2 ; N. Jeanne, « Réflexion sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC*, 2016 p. 1.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 218.

<sup>4</sup> CE 24 mai 2017, req. n°s 395321 et 395509 ; A. André, « Transaction pénale *versus* procès équitable », *D. actu.* 2 juin 2017 ; S. Cimamonti, « Le Conseil d'État et la transaction pénale par officier de police judiciaire : acte 2 », *Lexbase éd. priv.* 2017, n° 705, LXB : A8527WD ; J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les apports du

l'état de leur méconnaissance du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> ; sans qu'aucun décret n'ait été encore repris à ce jour, si bien que le dispositif est en l'état toujours inapplicable ...

Pour une raison du même ordre, c'est l'amende forfaitaire délictuelle qui est également toujours en panne à ce jour. Instituée par la loi « J21 » du 18 novembre 2016, elle a certes été assez rapidement suivie d'un décret d'application le 28 mars 2017<sup>2</sup> mais l'entrée en vigueur de ce dernier est subordonnée à celle d'un arrêté<sup>3</sup> pris par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, et le ministre de l'Intérieur précisant les modalités selon lesquelles les requêtes et les réclamations peuvent être adressées de façon dématérialisée<sup>4</sup>. Or celui-ci tarde à venir en raison des nécessités préalables d'adaptation des applicatifs métier pour permettre la forfaitisation délictuelle comme des moyens du parquet de Rennes, en l'état de la localisation du Centre national de traitement des infractions routières, au titre de sa nouvelle compétence<sup>5</sup>.

**222. Réception par les professionnels.** Il n'est pas anodin de constater que le recours pour excès de pouvoir précité, diligenté à l'encontre du décret du 13 octobre 2015 et donc de la transaction par OPJ, l'a été par deux syndicats professionnels, l'un de magistrats<sup>6</sup>, l'autre d'avocats<sup>7</sup> ; ce qui illustre déjà que des problèmes de réception des modes déjudiciarisés par les professionnels concernés peuvent se poser. Indépendamment de tels recours et autres formes de contestation juridique des dispositions législatives et/ou réglementaires relatives à la déjudiciarisation en matière pénale, l'introduction d'un nouveau mode déjudiciarisé nécessite en tout état de cause une appropriation par les professionnels intéressés.

Celle-ci se présente différemment en matière civile et en matière pénale. À la confrontation binaire entre les avocats des parties et le juge au civil, s'oppose au pénal le triptyque parquet / avocats des parties / juge. L'éviction ou le recul du juge ne s'y traduit pas par ceux corrélatifs du parquet mais au contraire, par un système de vases communicants, par une omniprésence

---

Conseil d'Etat », *D.* 2017 p. 1744 ; F Engel, « Un pas de plus vers la mise en conformité aux droits de la défense », *AJ Pénal* 2017, p. 409.

<sup>1</sup> *V. infra* n° 224.

<sup>2</sup> Décret n° 2017-429 du 28 mars 2017 pris pour l'application des articles 495-25 et 706-111-1 du code de procédure pénale,

<sup>3</sup> Art. 4 décret n° 2017-429 du 28 mars 2017, préc.

<sup>4</sup> Art. D. 45-21 CPP.

<sup>5</sup> V. Assemblée nationale, rapport d'information n° 595 du 25 janvier 2018 en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants.

<sup>6</sup> Le syndicat de la magistrature (SM).

<sup>7</sup> Le syndicat des avocats de France (SAF).

du ministère public que ce soit directement ou indirectement (administrations, médiateurs du procureur de la République, officiers de police judiciaire). Mais, la déjudiciarisation en matière pénale implique peut-être, au final, un moins grand nombre de professionnels qu'en matière civile où elle peut concerner aussi huissiers de justice, notaires... Les difficultés d'appropriation d'un nouveau mode déjudiciarisé semblent être proportionnelles à la distance qui le sépare des fonctions traditionnellement dévolues à une catégorie de professionnels.

Cela pourrait expliquer que les officiers de police judiciaire n'aient pas été enthousiasmés par la nouvelle transaction de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale et n'aient pas déployé un zèle excessif pour la mettre en œuvre pendant la courte période où cela était possible. « Transiger » avec des personnes auteurs d'infraction n'est pas leur « cœur de métier », quand la déjudiciarisation aurait pour objectif de permettre aux juges de se recentrer sur le leur<sup>1</sup>... Et cet accueil, plus que mitigé, par les principaux intéressés n'est sans doute pas étranger au projet d'abrogation de cette forme de transaction pénale et de sa fusion avec la composition pénale<sup>2</sup> qu'ils devraient donc recevoir cette fois avec satisfaction.

Du côté des parquetiers, faire par exemple le choix de la peine la plus adaptée à proposer dans le cadre d'une CRPC n'est certes pas la même chose que la réquisition publique d'une peine à l'audience mais reste du même ordre. Lors des entretiens et échanges avec les magistrats du parquet, il est apparu que ceux-ci avaient parfaitement conscience de la mutation de leur office et qu'ils assuraient pleinement ce rôle, appréciant même de sortir de la position parfois quelque peu « caricaturale », pour reprendre le terme employé par l'un d'eux, qu'ils doivent tenir lors d'un procès traditionnel. Au-delà de cet intérêt intellectuel, pour le ministère public, le problème semble surtout être celui de l'ampleur des tâches transférées et de leur extension croissante.

S'agissant des avocats, ils semblent également, lorsqu'ils sont présents à un mode pénal déjudiciarisé, demeurer *mutatis mutandis* dans leur rôle de défense des intérêts du client auquel il s'agit d'éviter une poursuite pénale ou un procès pénal traditionnel, même si cela nécessite de leur part un certain nombre d'adaptations. L'on reste donc en deçà de l'évolution du métier à laquelle peut conduire la déjudiciarisation en matière civile où les avocats (et

---

<sup>1</sup> V. *supra*, n° 131 et s.

<sup>2</sup> V. *supra*, n° 208.

autres membres des professions juridiques réglementées) peuvent désormais<sup>1</sup> demander à figurer sur liste des médiateurs dressée, pour l'information des juges, par chaque cour d'appel prévue par la loi « J21 »<sup>2</sup>.

## B. Les incohérences

**223.** Des incohérences peuvent apparaître à la lecture d'un texte en lui-même (1) et, plus encore, à l'occasion du rapprochement de plusieurs textes relatifs à différents modes de déjudiciarisation en matière pénale (2).

### 1. Incohérences et rédaction d'un texte

**224. Prévisions insuffisantes.** L'effectivité de la déjudiciarisation en matière pénale peut souffrir des prévisions insuffisantes d'un texte. L'expérience en a déjà été faite aussi bien pour un texte législatif que réglementaire.

Une illustration de texte législatif peut être prise avec l'article 10-1 du code de procédure pénale sur la justice restaurative, même si celle s'insère au sein de la procédure pénale<sup>3</sup>. Sa rédaction est tellement vague, tellement imprécise que l'effectivité de la mesure de justice restaurative semble encore en être, depuis 2014, à un état plus qu'embryonnaire...

---

<sup>1</sup> Ministère de la justice, dépêche du 8 février 2018, SG-18-005/05.02.2018 ; T. Coustet, « La médiation familiale s'ouvre aux professions juridiques réglementées », *D. actu.* 5 mars 2018.

<sup>2</sup> Art. 22-1 A. *Adde* décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel, *JORF* 11 octobre 2017, texte n° 9.

<sup>3</sup> « A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative.

Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».

S'agissant d'un texte réglementaire, les insuffisantes criantes, en termes de protection des droits fondamentaux, du décret d'application relatif à la transaction pénale par officier de police judiciaire ont conduit à son annulation par le Conseil d'État le 24 mai 2017<sup>1</sup>.

Saisi d'une requête en ce sens par des syndicats professionnels de magistrats et avocats, le Conseil d'État avait dans un premier temps transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité<sup>2</sup> qui avait déjà permis de révéler les lacunes de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale lui-même. Ce dernier dans une décision du 23 septembre 2016<sup>3</sup> avait, en effet, formulé une réserve d'interprétation au regard des droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Soulignant que pour que les droits de la défense soient assurés dans le cadre d'une procédure de transaction ayant pour objet l'extinction de l'action publique, la procédure de transaction doit reposer sur l'accord libre et non équivoque, avec l'assistance éventuelle de son avocat, de la personne à laquelle la transaction est proposée, le Conseil en avait déduit que les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître les droits de la défense, autoriser qu'une transaction soit conclue sans que la personne suspectée d'avoir commis une infraction ait été informée de son droit à être assistée de son avocat avant d'accepter la proposition qui lui est faite, y compris si celle-ci intervient pendant qu'elle est placée en garde à vue.

Dans le cadre de la reprise de l'examen du recours contre le décret d'application de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, le Conseil d'État a, à son tour, le 27 mai 2017 stigmatisé les insuffisances du texte réglementaire. Partageant expressément avec le Conseil constitutionnel la prémisse suivant laquelle la « procédure de transaction pénale doit reposer sur l'accord libre et non équivoque » de l'auteur des faits, le Conseil d'État devait constater que « ni l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale ni les dispositions de ce code introduites par le 1° de l'article 1er du décret attaqué ne prévoient que la personne à qui est proposée la transaction soit dûment informée de la nature des faits reprochés ainsi que de leur qualification juridique ». Il a, dès lors, conclu à la méconnaissance par ce dernier texte de la disposition conventionnelle et, partant, à son annulation.

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 221.

<sup>2</sup> CE, 1° et 6° ch., 27 juin 2016, n° 395321.

<sup>3</sup> Cons. constit., décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, *JORF* n° 0224 du 25 septembre 2016 ; J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *D.*, 2016, p. 2545 ; A. Ponselle, « Conseil constitutionnel, 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC, Syndicat de la magistrature et autre », *Constitutions* 2016/4, p. 642 ; F. Engel, « Transaction pénale : vers une meilleure prise en compte des droits de la défense ? », *AJ Pénal*, 2016, p. 546 ; V. Peltier et E. Bonis-Garçon, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er janvier 2017, n° 54, p. 101.

Si bien que cette nouvelle forme de transaction pénale n'y survivra vraisemblablement pas en l'état de sa disparition programmée par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022<sup>1</sup>.

## 2. Incohérence et rapprochement des textes

**225.** Mais c'est surtout le rapprochement de différents textes qui peut révéler des incohérences de la déjudiciarisation en matière pénale, qu'il s'agisse des voies empruntées ou des modalités retenues.

**226. Incohérence des voies empruntées.** Les différents procédés de déjudiciarisation pouvant se chevaucher, il n'y a nulle incohérence, bien au contraire, à prévoir leur articulation. C'est ainsi, par exemple, que la transaction pénale par officier de police judiciaire a été instaurée pour les contraventions prévues par le code pénal mais à l'exception des contraventions des quatre premières classes pour lesquelles l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire en application de l'article 529 du code de procédure pénale<sup>2</sup>. Dans le même sens, la convention judiciaire d'intérêt public a été prévue pour différentes infractions de droit pénal des affaires mais à l'exclusion de celles prévues aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts<sup>3</sup>, soit la fraude fiscale, en raison de la nécessité d'une plainte préalable de l'administration fiscale.

En revanche, lorsqu'il n'y a plus complémentarité mais potentielle concurrence entre deux voies de déjudiciarisation, la question de l'incohérence et donc celle de l'utilité et de la plus-value de l'une d'elles peuvent être soulevées. Tel a bien été le cas à l'occasion de l'introduction en 2014 de la transaction par officier de police judiciaire au regard de la préexistante composition pénale<sup>4</sup>. Outre, le faible attrait des professionnels concernés<sup>5</sup>, la perspective d'abrogation de la première et de fusion avec la seconde, seule maintenue et élargie, actuellement retenue par le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022<sup>6</sup>, n'y est sans doute pas étrangère. De même, il a pu être observé à propos du blanchiment de

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 208.

<sup>2</sup> Art. 41-1-1 1° CPP. Dans le même sens, pour la transaction environnementale, art. L. 173-12 II code de l'environnement.

<sup>3</sup> Art. 41-1-2 I CPP.

<sup>4</sup> J.-B. Perrier, *D.* 2014, p. 2182, préc.

<sup>5</sup> *V. supra.* n° 222.

<sup>6</sup> *V. supra* n° 208.

fraude fiscale que la question de l'articulation entre la convention judiciaire d'intérêt public, d'une part, et la transaction de l'administration fiscale n'avait pas été suffisamment mesurée<sup>1</sup>.

**227. Incohérence des modalités retenues.** La comparaison des différents modes déjudiciarisés en matière pénale peut encore susciter des interrogations en l'état de variations non aisément explicables dans les modalités retenues, que ce soit en termes de domaine comme de régime juridique.

Pour ne prendre qu'une seule illustration, la transaction pénale du code de l'environnement concerne les délits punis de deux ans d'emprisonnement<sup>2</sup> quand celle du code de procédure pénale<sup>3</sup> vise ceux punis d'un an au plus qui sont, en revanche exclus de la transaction du code du travail<sup>4</sup>. Que ce soit en droit spécial ou en droit commun, il ne semble donc pas y avoir d'homogénéité dans la définition des bornes de la petite et moyenne délinquance susceptible de donner lieu à déjudiciarisation. De façon plus ponctuelle, l'ajout au champ d'application de la convention judiciaire d'intérêt public, intervenu en cours de discussion parlementaire d'une loi portant sur la corruption, du blanchiment de fraude fiscale (elle-même pourtant exclue), infraction partant insusceptible de pouvoir donner lieu à la mise en œuvre d'un programme de conformité sous le contrôle de l'agence française anticorruption mais pouvant néanmoins conduire en cas de validation de la convention à une publication sur le site de cette dernière, a été très critiqué et jugé incohérent<sup>5</sup>.

Plus encore, ce sont les différences de régime qui méritent réflexion. Il en va, d'abord, ainsi au regard de la protection des droits et des tiers au mode déjudiciarisé qui est loin d'être uniformément assurée selon les hypothèses<sup>6</sup>. Tel est encore le cas au regard de la nécessité ou pas d'une validation<sup>7</sup> ou homologation<sup>8</sup> et, dans l'affirmative, de l'acteur susceptible d'en être chargé magistrat du parquet<sup>9</sup> ou juge du siège. Or, en l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la réponse ne dépend pas tant du type de procédé déjudiciarisé que de la

---

<sup>1</sup> A. Gaudemet et A. Dill, préc.

<sup>2</sup> Art. L. 173-12 I code de l'environnement.

<sup>3</sup> Art. 41-1-1 3° CPP.

<sup>4</sup> Art. L 8114-4.

<sup>5</sup> M. Segonds et D. Rebut, préc. *Contra*, E. Vergès, préc.

<sup>6</sup> V. *infra*, F. Engel et J.-B. Perrier, « Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière pénale ».

<sup>7</sup> V. pour la composition pénale, art. 41-2 CPP et pour la convention judiciaire d'intérêt public, art. 41-1-2 CPP : validation par le président du tribunal de grande instance.

<sup>8</sup> V. pour la transaction pénale par OPJ, art. 41-1-1 III CPP homologation par le président du tribunal de grande instance ou le juge par lui désigné.

<sup>9</sup> Ainsi hors code de procédure pénale dans les différentes transactions de droit pénal spécial.



nature des mesures que celui-ci autorise. Seules les mesures portant atteinte à la liberté individuelle, circonscrite à celle d'aller et de venir, nécessitent l'intervention d'un juge<sup>1</sup>. À cet égard, ne peut qu'être favorablement accueillie la perspective de suppression de la validation par le juge de la composition pénale, envisagée par le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022<sup>2</sup>, lorsque celle-ci consiste dans le versement d'une amende de composition<sup>3</sup> comme dans la remise au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit<sup>4</sup>. Mais sans doute conviendrait-il d'aller encore au-delà dans la recherche d'une plus grande cohérence des modes déjudiciarisés en matière pénale<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur ce point, *cf. infra* n° 368 et s.

<sup>2</sup> Art. 37 III 3° projet de loi.

<sup>3</sup> Art. 41-2 1° CPP.

<sup>4</sup> Art. 41-2 2° CPP.

<sup>5</sup> *V. infra* n° 368 et s.

## Domaine et méthodes de la déjudiciarisation : Synthèse

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**228.** Le pluralisme des méthodes de déjudiciarisation à l'œuvre dans une diversité de domaines en extension continue tant en matière civile que pénale invite à souligner et tenter d'expliquer leurs ressemblances inévitables comme leurs différences inexorables.

### I. Typologie et prévalence de méthodes de déjudiciarisation

**229.** Si la déjudiciarisation est un mouvement commun aux matières civile et pénale<sup>1</sup>, elle ne peut pas néanmoins obéir à un unique modèle commun ne serait-ce qu'en raison des spécificités irréductibles de chacune d'elles. On peut le constater à différents égards.

**230. Sources de la déjudiciarisation.** Dans les deux matières, la déjudiciarisation peut trouver sa source dans la loi au sens formel du terme. Mais au-delà de celle-ci, les sources de la déjudiciarisation sont beaucoup plus diversifiées en matière civile qu'elles ne peuvent l'être en matière pénale.

Au civil, les sources de la matière et donc le cas échéant de la déjudiciarisation renvoient en effet aux dispositions légales *lato sensu* incluant les textes réglementaires. Nombre de procédés déjudiciarisés figurant dans le code de procédure civile ont ainsi été introduits par simple décret dont l'adoption est plus aisée. Tel est par exemple le cas du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends<sup>2</sup> introduisant dans l'article 56 du code de procédure civile l'obligation d'énoncer dans l'assignation les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige<sup>3</sup> ou du décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges<sup>4</sup> modifiant les articles 129-2 et 131 alinéa 2 du même code sur la délégation de la mission de conciliation du juge à un conciliateur de justice<sup>5</sup>. Surtout en matière civile, et conformément à la liberté

---

<sup>1</sup> Et même au-delà : sur la déjudiciarisation en droit public opérée au regard de la justice administrative, *cf. supra* n° 3.

<sup>2</sup> *JORF* 14 mars 2015 p. 4851.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 149.

<sup>4</sup> *JORF* 28 avril 2016 texte n° 17.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 154 et s.

contractuelle, la déjudiciarisation peut trouver sa source dans une clause imposant par exemple une tentative préalable de règlement amiable du litige, conciliation ou médiation<sup>1</sup>.

Ces autres sources n'ont pas leur place en matière pénale. Si l'observation paraît évidente, on en trouve de temps à autre le rappel. La loi du 15 août 2014 introduisant la transaction par officier de police judiciaire dans l'article 41-1-1 du code de procédure pénale<sup>2</sup> avait ainsi prévu que celle-ci serait notamment applicable au délit de vol prévu à l'article 311-3 du code pénal « *lorsque la valeur de la chose volée est inférieure à un seuil fixé par décret* ». Mais le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016 n'a pas manqué de déclarer la disposition contraire à la Constitution au motif qu' « *en renvoyant ainsi au pouvoir réglementaire le soin de délimiter le champ d'application d'une procédure ayant pour objet l'extinction de l'action publique, le législateur a méconnu sa compétence dans des conditions affectant l'égalité devant la procédure pénale* »<sup>3</sup>. Et le législateur a dû ensuite venir fixer lui-même à 300 euros en 2017<sup>4</sup>. Des clauses de déjudiciarisation sont de la même façon inconcevables en dehors de tout cadre légal. Même dans un tel cadre, elles peuvent être prohibées. Ainsi, le fait que la convention judiciaire d'intérêt public soit limitée aux personnes morales et n'affecte en rien la responsabilité pénale des personnes physiques, notamment de ses représentants légaux ou dirigeants<sup>5</sup> ne permet pas qu'elle puisse comporter une clause atténuant ou excluant cette responsabilité ce qui ne pourrait que conduire à la non validation de la convention.

**231. Intensité de la déjudiciarisation.** Matière civile et matière pénale différent, en second lieu, quant à l'intensité de la déjudiciarisation qui peut soit conserver un certain rôle au juge, soit aller jusqu'à son éviction totale de principe.

En matière civile, les textes les plus récents, particulièrement ceux intervenus en 2016, mettent en œuvre la forme la plus poussée de déjudiciarisation par exclusion du juge en confiant la résolution des différends à des professionnels du droit<sup>6</sup> extérieurs à l'autorité judiciaire elle-même (magistrats et juges) : avocats et notaire dans le divorce « sans juge »<sup>7</sup>,

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 173 et s.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 204.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 224.

<sup>4</sup> *V. supra* n° 204.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 209.

<sup>6</sup> *V. supra* n° 175.

<sup>7</sup> *V. supra* n° 176 et s.

huissier pour le recouvrement simplifié des petites créances<sup>1</sup>, organisme débiteur des prestations familiales quant à la délivrance d'un titre exécutoire pour certaines pensions alimentaires<sup>2</sup>. C'est la voie que continue à explorer le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 dévoilé en mars 2018 au nom du recentrage de l'office des juridictions avec de multiples nouvelles mesures : nouveaux actes confiés au notaire<sup>3</sup>, expérimentation pour trois ans d'une déjudiciarisation de la révision des pensions alimentaires qui serait confiée à tout autorité ou organisme soumis au contrôle de l'Etat ou à des officiers publics ou ministériels<sup>4</sup>, suppression de l'exigence d'homologation systématique par le juge du changement de régime matrimonial en présence d'enfants mineurs<sup>5</sup> et du contrôle préalable du juge des tutelles pour certains actes de gestion matrimoniale<sup>6</sup>, déjudiciarisation de la vente forcée de l'immeuble en cas de saisie immobilière pour la confier à des officiers publics et ministériels<sup>7</sup> ... De telles perspectives conduisent à s'interroger sur la réception de la déjudiciarisation par les professionnels concernés non seulement lorsque celle-ci est intervenue<sup>8</sup> mais même en amont de son adoption. A cet égard, cette dimension du projet de loi a d'ores et déjà cristallisé les inquiétudes des syndicats de magistrats et d'avocats et illustré leur résistance au mouvement de déjudiciarisation<sup>9</sup>, obtenant ainsi par exemple, avant même sa présentation en conseil des ministres, le recul du gouvernement en matière de saisie immobilière<sup>10</sup>.

La déjudiciarisation en matière pénale, au contraire, est le plus souvent, du moins dans le cadre du code de procédure pénale, une déjudiciarisation « avec juge » auquel un rôle est conservé, même si celui-ci est allégé ou simplifié<sup>11</sup>. Il n'y a guère que dans les mesures de l'article 41-1 – mais qui ne sont pas de véritables alternatives<sup>12</sup> – et dans l'amende forfaitaire

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 186 et s.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 190 et s.

<sup>3</sup> *V. art. 5* du projet de loi : rédaction de l'acte de notoriété constatant la possession en matière de filiation; rédaction d'un tel acte destiné à suppléer l'impossibilité d'avoir des expéditions des actes de l'état civil dont les originaux ont été détruits ou ont disparu; recueil du consentement en matière d'aide médicale à la procréation.

<sup>4</sup> *V. art. 6* du projet de loi.

<sup>5</sup> *V. art. 7* du projet de loi.

<sup>6</sup> *V. art. 8* du projet de loi.

<sup>7</sup> *V. art. 9* du projet de loi.

<sup>8</sup> *V. supra* n° 222.

<sup>9</sup> *V.*, par exemple, le communiqué syndical (USM, SM, SAF, FNUJA...) du 15 mars 2018 intitulé « Justice : mort sur ordonnance ? » ciblant entre autres « les dispositions visant à privatiser le traitement du contentieux civil » ; le communiqué du Conseil national des barreaux (CNB) du 20 mars 2018 dénonçant « la privatisation de la justice découlant de la déjudiciarisation ».

<sup>10</sup> J. Mucchielli, « Les avocats s'opposent au projet de loi de programmation pour la justice », *D. actu* 21 mars 2018.

<sup>11</sup> *V. supra* n° 212.

<sup>12</sup> *V. supra* n° 217.

que le juge n'intervient pas du moins dans la mise en œuvre de principe de cette dernière<sup>1</sup>. La déjudiciarisation en matière pénale, qu'elle intervienne « avec » ou « sans » juge accorde surtout au procureur de la République une place essentielle soit directement, soit par l'intermédiaire des officiers de police judiciaire dans la transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale dont la disparition comme « redondante » est toutefois programmée par sa fusion avec la composition pénale<sup>2</sup>.

A l'avenir, le parquet pourrait même se trouver encore surchargé sous l'effet conjugué de la déjudiciarisation en matière civile et en matière pénale. Le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 envisage en effet de confier au procureur de la République l'exécution forcée, par la réquisition directe du concours de la force publique, non seulement des décisions du juge aux affaires familiales, mais aussi des conventions de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ainsi que des conventions homologuées fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale qu'il prévoit par ailleurs, toutes conventions qui s'inscrivent quant à elles dans le cadre de la déjudiciarisation en matière civile<sup>3</sup>.

De manière commune en matière civile et en matière pénale, la déjudiciarisation « avec » juge ramène le rôle de ce dernier à une simple homologation<sup>4</sup> ou validation<sup>5</sup>.

**232. Caractères de la déjudiciarisation.** Matière civile et matière pénale différent, enfin, quant aux caractères de la déjudiciarisation susceptible d'y être mise en œuvre.

Une première distinction porte sur le caractère obligatoire ou pas, choisi ou imposé, de la déjudiciarisation. En matière civile, une catégorisation essentielle oppose ainsi les simples incitations à la déjudiciarisation<sup>6</sup>, qu'elles soient légales<sup>7</sup> ou judiciaires<sup>8</sup>, directes ou

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 211.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 226.

<sup>3</sup> *V. art. 17* du projet de loi.

<sup>4</sup> En matière civile, homologation dans le cadre des convention de procédure participative de mise en état (*cf. supra* n° 152) et convention fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (*cf. supra* n° 160); en matière pénale homologation de différentes transactions pénales (*cf. supra*, n° 200).

<sup>5</sup> En matière pénale, validation de la composition pénale et de la convention judiciaire sur intérêt public (*cf. supra* n° 209).

<sup>6</sup> *V. supra* n° 146.

<sup>7</sup> *V. supra* n° 148 et s.

<sup>8</sup> *V. supra* n° 153 et s.

indirectes<sup>1</sup> aux véritables contraintes en vue d'une déjudiciarisation<sup>2</sup> sous la forme de préalables obligatoires de conciliation ou de médiation<sup>3</sup> comme d'intervention de divers professionnels du droit en lieu et place du juge dans la résolution d'un différend<sup>4</sup>. Or, la déjudiciarisation obligatoire dans un domaine donné, dès lors que certaines conditions sont remplies, répond à un choix du législateur national. Si tel a été le parti pris en France depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 pour le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, tel n'est pas le cas pour son homologue espagnol, le divorce dit « notarial », les époux ayant le choix entre ce dernier et un divorce continuant à relever de l'institution judiciaire<sup>5</sup>.

En matière pénale, en revanche, la déjudiciarisation n'est généralement qu'une simple possibilité, qu'elle prenne la forme de mesures alternatives, composition pénale, transactions diverses, convention judiciaire d'intérêt public. L'incitation à l'acceptation de cette voie par le mis en cause résulte alors, souvent mais pas toujours, d'un allègement de la mesure déjudiciarisée par rapport à la peine qui pourrait résulter de la mise en œuvre de poursuites selon la voie traditionnelle<sup>6</sup>. Il n'y a guère que le recours à l'amende forfaitaire, qu'elle soit contraventionnelle ou délictuelle, qui s'avère en pratique imposé, les textes n'ouvrant pas une faculté mais édictant que « lorsque la loi le prévoit, l'action publique est éteinte par le paiement de l'amende forfaitaire ». Mais la forfaitisation particulièrement délictuelle et le mouvement d'extension progressive qu'elle connaît, par exemple au délit d'usage de stupéfiants<sup>7</sup>, pourrait conduire à s'interroger sur la privation corrélative du parquet d'avoir recours à une alternative aux poursuites à visée sanitaire ou sociale<sup>8</sup>.

Une seconde distinction porte sur le caractère total ou partiel de la déjudiciarisation opérée et recoupe la précédente. Dans l'exemple précédent, la déjudiciarisation peut être considérée comme totale dans la mesure où le juge est exclu de la mise en œuvre de principe de l'amende forfaitaire hors contestation<sup>9</sup>. Si la non intervention du juge se vérifie encore pour les mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale et différentes transactions de droit pénal spécial qui ne sont pas soumises à son homologation mais pour ces dernières à celle du

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 148.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 164.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 165 et s.

<sup>4</sup> *V. supra* n° 175 et s.

<sup>5</sup> *V. infra*, en annexe 4, M. Perena Vicente, « Le divorce sans juge en droit comparé. Institutions équivalentes ? ».

<sup>6</sup> Sur ce point, *V. infra* n° 378.

<sup>7</sup> *V. supra* n° 205.

<sup>8</sup> Art. 41-1 2° CPP.

<sup>9</sup> *V. supra* n° 211.

procureur de la République<sup>1</sup>, la déjudiciarisation est néanmoins le plus souvent partielle en matière pénale toutes les fois où une homologation ou une validation par le juge est exigée. En ce domaine, l'un des enjeux actuels de la déjudiciarisation porte d'ailleurs sur la question de savoir dans quels cas précis seulement une telle exigence d'intervention du juge se justifie, ce qui pourrait favoriser parfois le passage d'une déjudiciarisation totale ou une déjudiciarisation partielle comme cela est actuellement envisagé dans le cadre de la composition pénale<sup>2</sup>. Si une telle réflexion devait aboutir, certains procédés de déjudiciarisation pourraient devenir, de manière plus souple qu'actuellement, à géométrie variable – totale ou partielle – en fonction de la mesure retenue. Pour autant, lorsque les infractions prises en compte ne sont ni simples ni peu graves comme dans le champ de la convention judiciaire d'intérêt public, une déjudiciarisation totale semble exclue. En matière civile, cette dernière occupe une place beaucoup plus importante dans la mesure où elle se vérifie chaque fois que le règlement du litige est assuré par les parties elles-mêmes, qu'elles y soient simplement incitées ou contraintes, ou désormais confié à un professionnel du droit, toutes hypothèses qui devraient encore être multipliées à l'avenir<sup>3</sup>. Elle peut aboutir ainsi, pour une même institution telle le divorce, à la juxtaposition de formes judiciaires comme entièrement déjudiciarisées.

## II. Critères de choix et développement des domaines déjudiciarisés

**233. Cibles et exclusions.** Que ce soit en matière civile ou pénale, la déjudiciarisation répond, en premier lieu, le plus souvent à des choix ciblés. Il peut s'agir de domaines (gracieux ou contentieux) au caractère technique (changement de régime matrimonial en l'absence d'enfant mineur<sup>4</sup>, administration légale<sup>5</sup>, divorce par consentement mutuel en matière civile<sup>6</sup>; environnement, transports, contentieux routier ... en matière pénale). Un autre pan relève de la modicité de l'enjeu (pour la justice) : « petits litiges » ou « petites créances »<sup>7</sup> en

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 200.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 227.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 231.

<sup>4</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités : art. 1397 code civil.

<sup>5</sup> Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, art. 387 et s. code civil.

<sup>6</sup> *V. supra* n° 176 et s.

<sup>7</sup> 4000 euros : article 208 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : art. 1244-4 code civil; ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : art. L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution ; décret n° 2016-285 du 9 mars 2016 relatif à la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances.

matière civile, « petites infractions » contraventions ou délits de faible gravité en matière pénale<sup>1</sup>, qui feraient en outre l'objet d'un « contentieux de masse ».

La question est alors celle des critères gouvernant ce choix, ce qui renvoie aux différents intérêts de la déjudiciarisation : essor d'une logique consensuelle, décongestion du système judiciaire, célérité, parallélisme des formes ainsi en droit des personnes et de la famille etc<sup>2</sup>. Il faudrait vérifier, pour chaque mode déjudiciarisé, l'adéquation à tel ou tel critère. Or celle-ci peut parfois être discutée ou critiquée. Ainsi, par exemple, le critère tenant à la volonté législative de désengorger (en temps et en coût) les tribunaux de contentieux ou d'affaires de masse mais simples n'est peut-être pas pleinement satisfait dans la déjudiciarisation récente du divorce. Il a pu être observé que la Commission Guinchard qui s'était déjà penchée en 2008 sur la question avait conclu sur ce point que « *l'économie budgétaire que représenterait, pour l'Etat, serait hypothétique, sinon nulle* »<sup>3</sup>. Par ailleurs, le choix fait en France d'une possibilité de divorce sans juge même en présence d'enfants mineurs (à la différence actuellement du changement de régime matrimonial<sup>4</sup>) peut prêter le flanc à la critique. Pour certains, si la rupture du mariage pouvait très bien intervenir sans juge, en revanche les effets de la séparation auraient dû, dans un second temps, rester l'affaire du juge afin notamment de protéger les intérêts de l'enfant, comme cela peut être le cas à l'étranger notamment en Espagne<sup>5</sup>. La commission Guinchard s'était également montrée hostile, en matière pénale, à la déjudiciarisation du contentieux routier<sup>6</sup>.

En tout état de cause, de tels domaines et critères de déjudiciarisation n'épuisent pas la possibilité de recours à la déjudiciarisation comme l'illustre particulièrement en matière pénale pour les personnes morales la convention judiciaire d'intérêt public qui concerne des infractions à la fois graves et complexes dans des perspectives internationales bien spécifiques<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 201.

<sup>2</sup> *V. supra* chapitre 2.

<sup>3</sup> *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, La Doc. fr. 2008, p. 87 et s., spéc. p. 100.

<sup>4</sup> Mais c'est plus vraisemblablement le changement de régime matrimonial même en présence d'enfants mineurs qui sera, à l'avenir, aligné sur la solution retenue en matière de divorce : *cf. supra* n° 231.

<sup>5</sup> *V.*, en annexe 4, M. Perena Vicente, préc.

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> *V. supra* n° 209.



Dans les domaines ainsi retenus, la déjudiciarisation procède, en second lieu, souvent par exclusion sur le fondement du motif légitime par exemple en matière civile<sup>1</sup>, de telle ou telle infraction ou catégorie d'infractions en matière pénale<sup>2</sup>. Certaines exclusions sont même logiquement communes aux deux matières, telle l'hypothèse des violences intrafamiliales qui fait exception tant à l'injonction du juge aux affaires familiales de rencontrer un médiateur familial<sup>3</sup> et à la tentative en cours d'expérimentation de médiation familiale obligatoire préalable à sa saisine<sup>4</sup> qu'à la médiation pénale<sup>5</sup>.

**234. Extension et limites.** Le constat a été fait, tant en matière pénale que civile, d'un mouvement continu d'extension des domaines de la déjudiciarisation. Les différents procédés de généralisation à l'œuvre dans la première<sup>6</sup> se retrouvent *mutatis mutandis* dans la seconde. Les nouvelles mesures prévues par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 l'illustrent parfaitement : la procédure participative marquerait une nouvelle avancée avec l'acceptation par les époux du principe de la rupture du mariage par acte sous signature privé contresigné par avocats<sup>7</sup> ; au divorce « sans juge » même en présence d'enfants mineurs pourrait demain s'ajouter le changement de régime matrimonial sans homologation du juge même en présence d'enfants mineurs ; le pouvoir d'injonction du juge de rencontrer un médiateur serait généralisé en tout état de la procédure, y compris en référé<sup>8</sup> ; tout comme le préalable obligatoire de conciliation instauré par la loi J21, à peine d'irrecevabilité, pour la saisine du tribunal d'instance<sup>9</sup> serait étendu à celle du tribunal de grande instance<sup>10</sup>. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de la méthode consistant à étendre la déjudiciarisation à un nouveau domaine sans avoir nécessairement tiré le bilan de la précédente...

La déjudiciarisation procédant souvent par voie d'expérimentation en matière civile, à celle en cours prévue par l'article 7 de la loi J21<sup>11</sup> s'ajouterait une nouvelle expérimentation pour une durée de trois ans de la déjudiciarisation de la révision des pensions alimentaires confiant la délivrance des titres exécutoires portant sur la modification du montant de la contribution à

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 149, 162, 169.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 202.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 162.

<sup>4</sup> *V. supra* n° 172.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 202.

<sup>6</sup> *V. supra* n° 203 et s.

<sup>7</sup> Art. 11 I du projet de loi.

<sup>8</sup> Art. 1 I du projet de loi.

<sup>9</sup> *V. supra* n° 167 et s.

<sup>10</sup> Art. 1 II du projet de loi.

<sup>11</sup> *V. supra* n° 171 et s.

l'entretien et à l'éducation des enfants mineurs à une autorité ou organisme soumis au contrôle de l'Etat qui appliquera un barème indicatif<sup>1</sup>.

A ces procédés d'extension directe du champ de la déjudiciarisation peut s'ajouter une extension indirecte consistant à enrichir le contenu ou les effets de tel ou tel mode déjudiciarisé, ce qui peut avoir pour effet de renforcer l'attrait qu'il peut présenter du moins du côté de l'institution judiciaire. La tendance est très nette dans le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 s'agissant de la déjudiciarisation en matière pénale. Une nouvelle mesure susceptible d'être proposée par le parquet serait ainsi ajoutée dans l'énumération de l'article 41-1 du code de procédure pénale<sup>2</sup>. Les effets de la forfaitisation seraient, quant à eux, renforcés par l'inscription au casier judiciaire de l'amende forfaitaire délictuelle et portant sur des contraventions de cinquième classe<sup>3</sup>.

Face à une telle potentialité d'extension, directe ou indirecte, se pose nécessairement la question des limites de la déjudiciarisation. Elle est, sans doute, encore plus sensible en matière pénale au regard de ses enjeux. Une déjudiciarisation criminelle, atteignant non plus seulement comme aujourd'hui des contraventions et des délits, mais des crimes serait-elle concevable ? La proposition a ainsi récemment été formulée par un magistrat de la création d'une procédure de transaction en matière criminelle, avec homologation par une cour de trois magistrats<sup>4</sup>. Même si elle n'est pas détaillée plus avant dans ses conditions (y compris les crimes faisant encourir la perpétuité ?) ni ses effets (quelle réduction de la peine encourue au terme des concessions réciproques de la transaction ?), la déjudiciarisation serait alors déconnectée de la gravité des infractions pour reposer toute entière sur l'accord intervenu entre les parties prenantes et particulièrement celui du mis en cause. Cela semble déjà irréaliste pour les mineurs dont la fragilité du consentement les exclue déjà à l'heure actuelle de la comparution sur reconnaissance de culpabilité mais plus de la composition pénale<sup>5</sup>. Même pour les majeurs, des obstacles de tous ordres, tant juridiques que d'opportunité, ont jusqu'ici conduit à repousser ce type de proposition précédemment formulé par le rapport

---

<sup>1</sup> Art. 6 du projet de loi.

<sup>2</sup> Art. 37 I du projet de loi : « demander à l'auteur des faits de respecter une injonction de ne pas paraître, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, dans un ou plusieurs lieux déterminés dans lesquels l'infraction a été commise ou dans lesquels réside la victime ». Dans le même sens, la comparution sur reconnaissance de culpabilité permettrait de proposer des peines d'emprisonnement de plus d'un an dès lors qu'elles ne dépassent pas la moitié de la peine encourue comme la révocation des sursis antérieurs, art. 37 V du projet de loi.

<sup>3</sup> Art. 36 du projet de loi.

<sup>4</sup> S. Gallois, « Vers une justice pénale transactionnelle ? », *Lexbase Pénal*, éd. n° 3, 22 mars 2018.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 207.

Léger en 2009 sous la forme de l'instauration d'une procédure simplifiée originale en cas de reconnaissance de culpabilité en matière criminelle<sup>1</sup>. La CRPC, qui présente pourtant un degré de déjudiciarisation bien moindre que la transaction pénale, n'a finalement jamais été étendue en matière criminelle et telle n'est pas non plus la voie retenue par le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022<sup>2</sup>.

**235. Conclusion : répercussions connexes.** Le mouvement continu de développement de la déjudiciarisation auquel l'on assiste à l'heure actuelle tant en matière civile qu'en matière pénale appelle, encore, à prendre conscience de conséquences plus indirectes dont l'importance ne saurait être méconnue que ce soit en termes de coûts comme de risques et varie en fonction des méthodes de déjudiciarisation retenues.

Si la déjudiciarisation poursuit un objectif d'économie budgétaire pour l'institution judiciaire, elle n'est pas forcément neutre, financièrement, du côté du justiciable. Lorsqu'un certain rôle est maintenu au juge sous la forme d'une homologation ou d'une validation, se pose la question du maintien à la charge des avocats du droit de plaidoirie<sup>3</sup> dont la suppression a, ainsi, été récemment proposée pour les procédures pénales négociées<sup>4</sup>. Même lorsqu'il y a déjudiciarisation sans juge, le transfert opéré vers un ou plusieurs professionnels du droit, qui peuvent ou non être soumis à un tarif réglementé, peut nécessiter au profit des justiciables une adaptation successive au gré des avancées des textes sur l'aide juridique comme cela a été le cas avec le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016<sup>5</sup> au regard, non seulement de la médiation (judiciaire ou conventionnelle donnant lieu à la saisine du juge aux fins d'homologation d'un accord), mais aussi du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats. De même, l'externalisation d'une mission antérieurement dévolue au juge n'a pas les mêmes conséquences, en termes de coût, suivant qu'elle confiée par exemple au greffe ou au notaire.

---

<sup>1</sup> Ph. Léger, *Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, La documentation française, septembre 2009, 59 p., v. 11<sup>ème</sup> proposition, pp. 42-43.

<sup>2</sup> Projet de loi (art. 40) qui a opté pour l'expérimentation pendant trois ans d'un tribunal criminel départemental composé de cinq magistrats professionnels pour le jugement en premier ressort des majeurs accusés de crimes punis de quinze ou de vingt ans de réclusion criminelle hors récidive.

<sup>3</sup> Décret n° 2014-1704 du 30 décembre 2014 relatif aux droits de plaidoirie et à la contribution équivalente, *JORF* 31 décembre 2014 p. 23409.

<sup>4</sup> S. Gallois, préc.

<sup>5</sup> Décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique, *JORF* 28 décembre 2016, texte n° 50. *Adde*, circulaire 20 janvier 2017 (NOR : JUST1702035C), *BOMJ* n° 2017-02, 28 février 2017.

Le développement de la déjudiciarisation, particulièrement sans juge, présente par ailleurs le risque de voir fleurir des officines se prétendant, souvent par internet, spécialisées dans tel ou tel domaine (le divorce, la médiation familiale...)<sup>1</sup> mais ne présentant aucune garantie. Le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 s'est récemment emparé de cette possibilité d'effet pervers de la déjudiciarisation et envisage de sécuriser le cadre juridique de l'offre en ligne de résolution amiable des différends, d'une part, par la soumission à différentes obligations (protection des données à caractère personnel, impartialité, compétence, diligence, secret professionnel), et, d'autre part, par l'exigence d'obtention d'une certification par un organisme agréé<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> J.-B. Perrier, « Justice en boîte », *D.* 2018, p. 505.

<sup>2</sup> Art. 2 du projet de loi.

# Chapitre 4 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé

## Section 1 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière civile

Vincent EGEE et Cédric HELAINE<sup>1</sup>

**236. La pertinence de la réglementation.** N'est-il pas contradictoire de parler de « droits des parties et des tiers » dans le cadre de la déjudiciarisation ? Il est pertinent de s'interroger sur l'intérêt d'une réglementation pour des mécanismes qui tirent peut-être leur efficacité de cette absence de contours légaux. Il a déjà été noté dans ce rapport que sous la dénomination de déjudiciarisation se cache une réalité complexe<sup>2</sup>, insusceptible d'être réduite aux seuls modes alternatifs de règlement des différends. La question pouvait être occultée tant que le mouvement restait dans l'ombre du procès<sup>3</sup>. Quand il n'était que marginal, il était de toute manière difficile d'y accorder une quelconque attention faute d'une expérimentation suffisante<sup>4</sup>. En ceci, la rareté ou plutôt la discrétion de la déjudiciarisation a pu concourir à une certaine forme de flou juridique autour de son régime. Encore une fois : faut-il réglementer ce qui puise peut-être sa force dans le non-dit légal ? La question est cruciale pour l'étude puisqu'elle détermine les frontières possibles des droits des parties et des tiers. Cette malléabilité s'observe d'ailleurs également à l'étranger avec les *Alternative Dispute Resolution*<sup>5</sup> dont les règles précises sont parfois difficiles à délimiter<sup>6</sup>. À ce titre, Antoine Garapon note « *les marchandages à l'ombre de la loi* » que ceci produit en matière familiale<sup>7</sup> aux États-Unis. À dire vrai, il faut noter avec le Professeur Thomas Clay<sup>8</sup> que la

---

<sup>1</sup> Cédric Hélaine a rédigé la première partie de cette étude et Vincent Égée la seconde.

<sup>2</sup> V. *supra* N. Fricero, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile », n° 6 et s. ; sur ce point de définition : L. Cadiet, « La déjudiciarisation – Rapport introductif », *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, Droit privé & science criminelle, Paris, 2012, p. 22, n° 7 sur l'ambiguïté du vocable.

<sup>3</sup> Par exemple, encore récemment, le Professeur Anne Leborgne notait que 1% des affaires soumises au juge aux affaires familiales passaient par une médiation : A. Leborgne, « La pratique de la médiation familiale judiciaire : étude menée dans le ressort de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence », *Gaz.Pal.*, 2015, p. 14 et s., spéc. l'introduction.

<sup>4</sup> Sur ce point : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 9<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 581, n° 512.

<sup>5</sup> C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits – présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 326 et s. n° 10.

<sup>6</sup> S. Guinchard et alii, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 1374, n° 586.

<sup>7</sup> A. Garapon, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Bibliothèque, p. 46 citant R-H. Mnookin, L. Cornhauser, « *Bargaining in the Shadow of the Law* », *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, p. 950 et s.

<sup>8</sup> Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXIème siècle" », *JCP G* 2016, p. 2219, not. n° 4 où l'auteur parle du XVIIIème siècle et de la tendance à recourir pour l'époque à des modes amiables. Citons également que cette idée s'observe dès l'Ancien Régime :

déjudiciarisation est un exemple topique de ce que Bruno Oppetit appelait des « *tendances régressives* »<sup>1</sup>, à l’instar de la fiducie ou encore de la clause de réserve de propriété. Ce mouvement s’observerait également en procédure civile<sup>2</sup> à travers plusieurs notions dont la tendance au règlement amiable qui existait déjà au XVIII<sup>ème</sup> siècle. Les dix dernières années ont été les témoins du retour de cette déjudiciarisation suscitant de nouvelles questions au sujet des droits des parties et des tiers. Que doit-on entendre par parties ? Le *Vocabulaire juridique*<sup>3</sup> distingue formellement les deux définitions possibles du terme en commençant par le sens contractuel et en continuant avec le sens processuel. En matière de déjudiciarisation, il faut convenir que les deux définitions nous intéressent. D’une part, on trouve bien des « *parties* » si ce n’est à un contrat, du moins un accord si la procédure amiable produit tous ses effets. D’autre part, il peut y avoir « *partie* » au sens processuel lorsque la déjudiciarisation s’inscrit dans un cadre litigieux, devant le juge ou en amont de sa saisine. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle impose en effet désormais sous peine d’irrecevabilité une conciliation préalable avant la saisine du juge d’instance. Le phénomène de déjudiciarisation invite donc à apprécier la pertinence actuelle de la double signification (procédurale et contractuelle) du terme « *partie* ». Si la notion de partie ne tend pas à s’unifier, reste à déterminer si son régime s’avère unique ou disparate, notamment eu égard à la garantie des droits desdites parties.

La garantie des droits fondamentaux ne se pose pas seulement pour les parties, mais également pour les tiers qui, dans un cadre judiciaire, disposent de la voie de la tierce opposition pour contester une décision qui viendrait à porter atteinte à leurs droits. Si l’on oppose habituellement voies de nullité et voies de recours, en rappelant selon l’adage que « *voies de nullité n’ont lieu contre les jugements* », l’essor de la déjudiciarisation invite à apprécier les mécanismes qui permettent d’assurer la garantie des droits des parties (I) et des tiers (II).

---

J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse et B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, Droit fondamental, 4<sup>ème</sup> éd. revue et mise à jour, 2010, p. 41, n° 10 sur le recours à la transaction au XVII<sup>ème</sup> siècle (1670).

<sup>1</sup> B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l’évolution du droit contemporain », *Mélanges Dominique Holleaux*, Dalloz-Litec, 1990, p. 317 et s.

<sup>2</sup> D. Cholet, « Les tendances régressives dans l’évolution de la procédure civile contemporaine », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier, Paris, Panthéon-Assas, 2016, p. 71 et s.

<sup>3</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2014, 10<sup>ème</sup> éd.

## I. Les droits des parties au mode déjudiciarisé

**237. Le choix de l'inspiration.** Deux grandes architectures des droits des parties semblent possibles à ce titre. D'une part, même si l'on tend à écarter le juge de la résolution du conflit, le procès civil reste un modèle pertinent pour puiser de l'inspiration. L'assise désormais solide des règles du procès équitable<sup>1</sup> nécessite de s'interroger sur la possibilité de transposer ces garanties à des procédés amiables (A). L'éloignement du contexte judiciaire conduit à rappeler la nature mixte de ces mécanismes à travers leur caractère contractuel<sup>2</sup>. La déjudiciarisation peut conduire à laisser les parties régler le différend par elles-mêmes à travers un acte juridique rédigé éventuellement avec le concours d'un tiers. L'éviction complète du juge dans certaines matières implique de se poser une question fondamentale : quels mécanismes peuvent remplacer une voie de recours ? Le droit des contrats vient ici donner un éventail des possibilités parfois limité (B). C'est la responsabilité des professionnels rédacteurs d'acte qui peut nous intéresser notamment à travers des exemples récents comme le nouveau divorce par consentement mutuel. Cette ambivalence entre la matière processuelle et la matière contractuelle vient poser deux questions majeures : les règles de l'une ou l'autre matière s'épuisent-elles dans le cadre de la déjudiciarisation ? Existe-t-il des spécificités inhérentes à cette dernière ? La réponse à ces deux questions conduit à se demander si la déjudiciarisation ne produirait pas un effet paradoxal à travers un retour plus fréquent vers le juge.

### A. L'application réservée des règles processuelles

**238. Un environnement différent.** Malgré l'attrait de la nouveauté, les règles du procès civil restent souvent un référentiel lorsqu'il s'agit de traiter un différend même à l'amiable. Ceci s'explique peut-être par la tradition du combat judiciaire qui reste normalement le principe et le règlement amiable, l'exception<sup>3</sup>. Cette acception peut être nuancée : lors de la naissance d'un différend, il est peut-être plus pertinent de recourir à l'amiable avant de saisir le juge.

---

<sup>1</sup> Sur l'attraction des droits fondamentaux : S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, Paris II, 2000, p. 1135 et s. not. p. 1138, n° 1242 et p. 1159, n° 1257.

<sup>2</sup> L. Cadiet « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, p. 89 et s. spéc. p. 102, n° 20.

<sup>3</sup> Sur l'idée d'un principe juridictionnel et d'une exception amiable : B. Mallet-Bricout, « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges », *RTD. Civ.* 2015, p. 952 et s.

Ceci est une économie tant pour les parties (pécuniaire et temporelle) que pour le temps des magistrats (pour s'intéresser aux affaires cristallisant une véritable difficulté). Comme le rappelle le Professeur Natalie Fricero, « *la résolution des différends fût-elle contractualisée, doit garantir la protection des libertés des personnes* »<sup>1</sup>. S'observe ainsi une sorte d'attraction des règles du procès équitable sur les modes alternatifs de règlement des différends (2). Si ce constat s'avère, s'agit-il toujours de mécanismes « *alternatifs* »<sup>2</sup> ? Quelles formes peuvent prendre ces garanties ? Si l'inspiration est réelle, il faut noter également une certaine répulsion d'autres droits fondamentaux : le règlement amiable ne peut pas être traité comme un procès puisque c'est une discussion et non un combat (1). C'est d'ailleurs là toute l'utilité et la souplesse du premier par rapport au second.

### 1. Les droits exclus : la différence entre procès et discussion

**239. Question préliminaire : l'assujettissement discuté.** Comme nous venons de le noter, la pertinence du respect des règles du procès équitable interroge<sup>3</sup> en mode déjudiciarisé. Certains auteurs ont pu noter<sup>4</sup> : « *parce que le règlement amiable a pour objet un litige, il ne peut entièrement s'abstraire des règles normalement applicables à son objet* »<sup>5</sup>. Ne faut-il pas voir dans la déjudiciarisation pourtant la volonté de régler un conflit et non un litige<sup>6</sup> ? D'autres auteurs rejettent ainsi farouchement la possibilité de calquer les droits du règlement amiable sur les droits du procès<sup>7</sup>. Le pragmatisme impose de se ranger du côté des premiers : l'observation fine des règles applicables démontre une utilisation – certes tempérée – des règles du procès équitable. Il s'agit d'une utilisation distributive, tributaire des besoins. Le législateur et parfois le juge piochent dans l'inspiration processuelle pour pallier l'absence de réglementation précise de ces modes amiables. En réalité, ce n'est pas l'existence d'un procès

---

<sup>1</sup> N. Fricero, « Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ? », *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, Thèmes & commentaires – Actes, 2016, p. 10 et s. spéc. p. 12 2.

<sup>2</sup> L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, op. cit. p. 96, n° 12.

<sup>3</sup> L. Cadiet, « La déjudiciarisation – Rapport introductif », *La déjudiciarisation*, Paris, Mare & Martin, Droit privé & science criminelle, 2012, p. 33, n° 12 ; du même auteur : « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Société de législation comparée, Paris, 2001, p. 89 et s., not. sur l'exclusion de ces garanties n° 7 et s.

<sup>4</sup> S. Guinchard et alii, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1408, § 594.

<sup>5</sup> *Ibid* ; Y. Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 122, 2013, n° 335, p. 189 et s.

<sup>6</sup> Sur la distinction entre conflit et litige : V. Égée, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Lextenso, Defrénois, 2010, tome 43, p. 20, n° 14 sur la multiplication des fonctions du juge ; sur la distinction dans la transaction : F. Boulan, *La transaction droit privé français*, thèse Aix-Marseille, n° 57.

<sup>7</sup> J. Timsit, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz.Pal.*, 15 novembre 2001, n° 319, p. 53 spéc. note 41.



qui est le facteur de déclenchement de ces droits. Le référentiel demeure l'existence d'un conflit – d'un différend juridique – dont se préoccupe le droit dans sa dimension judiciaire ou extrajudiciaire<sup>1</sup>. La remarque appelle deux observations. D'une part, les prérogatives de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'étendent alors à d'autres horizons que le « *procès* » équitable puisque nous sommes précisément en dehors du champ juridictionnel. Avec la déjudiciarisation, on remarque que le terme « *procès* »<sup>2</sup> gagne des contours plus importants. Il faut ainsi régler une autre question préliminaire. Le règlement amiable implique-t-il une diminution du droit d'accès au juge ? Une réponse négative doit normalement s'imposer puisque les parties ont généralement décidé volontairement d'y recourir<sup>3</sup>. On pourrait rétorquer que la loi nouvelle impose une conciliation préalable à peine d'irrecevabilité de l'action en justice ; il n'y a donc pas de volonté autonome dans toutes les manifestations de la déjudiciarisation. L'accès au juge n'est pas pour autant entravé, il n'est que repoussé en cas d'échec de la conciliation. D'autre part, cet élargissement tend à protéger les droits des parties qui peuvent parfois être flous en matière de déjudiciarisation<sup>4</sup>. Ce nouveau champ que gagne le droit au procès équitable doit pourtant être relativisé car seules certaines composantes de ce dernier peuvent être appliquées à des mécanismes déjudiciarisés<sup>5</sup>.

**240. La question du principe de la contradiction.** La notion de contradictoire évoquée à l'article 14 du Code de procédure civile est « *un élément central du droit au procès équitable* »<sup>6</sup>. Les modes alternatifs doivent-ils la respecter ? En matière d'arbitrage, le principe demeure<sup>7</sup> car ce mécanisme conserve un caractère juridictionnel que n'ont ni la médiation ni la conciliation. Ainsi, la question demeure lorsque les parties ne font pas le choix d'une clause compromissoire. Lors d'une médiation judiciaire, le médiateur doit-il observer ce principe comme le juge doit le faire sur le fondement de l'article 16 du Code de procédure civile ? Le conciliateur de justice doit-il également le respecter lorsqu'il propose une solution

---

<sup>1</sup> Sur cette idée : M. Olivier, « La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gaz. Pal.* 1996, doctrine p. 1264, pour qui les règles du procès équitable sont un socle fondamental de toute situation conflictuelle ; *contra* : J. Timsit, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, *op. cit.* et *loc. cit.*

<sup>2</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis, 2014, p. 14, n° 5.

<sup>3</sup> L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2001, sous la direction de M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz Fabri, p. 89 et s. spéc. p. 107, n° 28.

<sup>4</sup> S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 2014, p. 263, n° 138.

<sup>5</sup> C'est l'avis d'un magistrat : M. Olivier, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects actuels et anciens », *Gaz. Pal.*, 1996, doct. 1264.

<sup>6</sup> L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Lexis Nexis, Manuels, 2016, p. 428, n° 512.

<sup>7</sup> J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, Thémis, 2016, p. 393, n° 589 et s.

aux parties ? La doctrine hésite<sup>1</sup> mais il semblerait que le contradictoire n'ait pas à s'appliquer car les modes alternatifs suivent une logique différente de l'affrontement judiciaire<sup>2</sup>. Le médiateur ne peut pas prendre une décision : il serait « *curieux* »<sup>3</sup> de lui appliquer le contradictoire. Un auteur a montré qu'il s'agit-là « *d'une limite rationnelle* » que de cantonner le contradictoire à l'intervention du juge<sup>4</sup>. Le site de formation des médiateurs indique ainsi : « *le contradictoire n'est pas une notion pertinente en médiation* »<sup>5</sup>. Cette exclusion tend donc à faire resurgir la différence fondamentale qui peut exister entre le procès et l'espace de discussion qu'aménagent les parties. Cette démonstration peut être nuancée car les modes alternatifs ne diffèrent que « *par quelque trait du modèle de la justice d'État* »<sup>6</sup>. Cette proximité entre la justice étatique et les modes alternatifs ne devrait-elle pas conduire à retenir la contradiction ? Le Professeur Loïc Cadiet<sup>7</sup> évoque une idée de compromis. Comme il le souligne, le débat n'a pas beaucoup d'intérêt car le principe de contradiction sous-tend la loyauté de la procédure qui transcende le seul cadre du droit processuel. La nature mixte de la déjudiciarisation – entre contrat et droit processuel – implique non tant le respect de la contradiction que le respect d'une certaine loyauté<sup>8</sup>. Si le contradictoire n'a que peu d'intérêt dans une conciliation ou dans une médiation, la loyauté est le moteur pour trouver une issue favorable au conflit. Cependant, un tel cheminement peut conduire à évoquer le délai raisonnable que peuvent prendre ces mécanismes.

**241. La question de la célérité de la déjudiciarisation.** La rapidité du mode de règlement amiable est-elle, dans la même optique, une notion pertinente ? La question est tout aussi délicate à régler car la discussion entre les parties prend du temps. Ce n'est pas le juge qui tranche ici le conflit : on pourrait donc refuser qu'un délai raisonnable soit requis. Dans le cadre de la déjudiciarisation, la célérité n'est peut-être pas aussi importante que dans la justice étatique. Les parties cristallisent tout de même un différend, ils véhiculent un

---

<sup>1</sup> S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 1414, n° 598.

<sup>2</sup> Pour la médiation : N. Fricero *et alii*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, *op. cit.*, p. 193, n° 220.22.

<sup>3</sup> H. Croze, *JurisClasseur Procédures*, Fascicule 10 « Médiation », octobre 2017, n°44 ; même constat pour la contradiction : H. Croze, *JurisClasseur Procédures* Fascicule 10 « Conciliation », octobre 2017, n° 47.

<sup>4</sup> C. Jarrosson, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *Revue générale des procédures*, 1999, p. 764 et s. spéc. p. 766.

<sup>5</sup> École nationale de la médiation et de la conciliation : <http://www.mediateur-professionnel.fr/idees-recues-et-illusions-en-mediation/mediation-et-droit/le-contradictoire-en-mediation/>

<sup>6</sup> J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, Thémis, 2004, n° 88, p. 155.

<sup>7</sup> L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, *op. cit.* p. 102, n° 20.

<sup>8</sup> S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *Clés pour le siècle*, *op. cit.*, p. 1184, n° 1287.

mécontentement. Trouver un point de concorde là où la discorde règne prend nécessairement un délai plus ou moins important. La simple volonté de recourir à une médiation ne devrait-elle pas imposer de laisser le temps œuvrer ? Comme le rappelle une partie de la doctrine<sup>1</sup>, lorsque la procédure de médiation est un préalable à l'action en justice, il faudrait pouvoir l'inclure dans le temps total du traitement judiciaire de l'affaire. La difficulté réside ici dans l'adéquation entre le temps juridictionnel et le temps passé hors de cette sphère. En tout état de cause, la célérité peut susciter trois types de réflexion. D'abord, l'enfermement de la mesure dans un délai pourrait forcer les parties à discuter. Il s'agit peut-être d'une des idées qui a conduit à l'adoption de l'article 131-3 du Code de procédure civile enfermant la médiation judiciaire dans un délai de trois mois, renouvelable une fois à la demande du médiateur. Ce délai est, cependant, court : la discussion peut échouer faute de temps, du moins si l'affaire soumise à médiation est complexe. Il est encore plus court en droit de la consommation où le règlement amiable ne peut durer que deux mois, renouvelable une fois<sup>2</sup>. Ensuite, la célérité peut manquer de pertinence selon les procédures déjudiciarisées. Dans le cas de la conciliation où le tiers est un bénévole, faut-il le contraindre temporellement ? La question se discute. Le conciliateur de justice, pressé par le temps, peut être dans l'impossibilité de proposer une solution pertinente aux parties. Enfin, la déjudiciarisation pourrait avoir pour effet de réduire le temps de jugement en réglant partiellement - par le biais d'un accord partiel - le litige<sup>3</sup>. En ceci, la célérité n'est peut-être pas pertinente puisque le temps passé à la discussion se répercutera positivement sur le temps de jugement, réduit proportionnellement. En somme, c'est la souplesse de la déjudiciarisation qui est en jeu ici<sup>4</sup>. Malgré ces exclusions nuancées, il faut noter que certains droits issus du procès équitable demeurent et parfois se transforment en mode déjudiciarisé.

## **2. Les droits repris soumis à un aménagement : la garantie d'une discussion sereine**

**242.** Plusieurs droits issus du procès équitable sont repris en matière de déjudiciarisation. Ceux-ci sont les vecteurs d'une justice préservée<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 1347, n° 596.

<sup>2</sup> J. Julien, *Droit de la consommation*, Paris, LGDJ, Domat, 2015, p. 565, n° 431.

<sup>3</sup> *Contra* : S. Amrani-Mekki, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n° 157, p. 2 et s. not. n° 18 et s.

<sup>4</sup> Par exemple pour la conciliation : J. Vallansan, « La conciliation : rapidité, souplesse et confidentialité ? », *Petites affiches*, 14 juin 2007, p. 9 et s.

<sup>5</sup> S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2012, spéc. II, A, 2.

**243. L'aménagement de l'aide juridictionnelle.** L'aide juridictionnelle doit-elle s'appliquer aux modes alternatifs de règlement des différends ? La question influence directement les droits des parties car celles-ci pourraient ne pas pouvoir y recourir faute de moyens. La réponse est positive puisque le décret du 27 décembre 2016 vient préciser la possibilité de la rétribution au titre de l'aide juridique de l'avocat ou du médiateur<sup>1</sup>. Ainsi, lorsque l'avocat participe à une médiation judiciaire, l'article 118-9 du Code de procédure civile permet de majorer sa rétribution au titre de l'aide juridictionnelle<sup>2</sup>. Cette mesure évite que la procédure déjudiciarisée soit rendue impossible par le manque de moyens de l'une des parties<sup>3</sup>. L'idéologie qui gouverne cette extension de l'aide juridictionnelle est la facilitation de la mise en œuvre des règlements amiables. Ce renforcement doit néanmoins s'accompagner d'une meilleure formation des avocats susceptibles d'être médiateurs pour justifier l'octroi d'un supplément d'aide juridictionnelle. Le législateur a ainsi voulu renforcer la possibilité de recourir à une médiation ou à une conciliation par un argument pécuniaire et un argument d'opportunité : l'avocat médiateur connaît déjà la partie dont il représentait les intérêts. L'égalité des armes se trouve ainsi préservée. Une autre composante fondamentale est la confiance des parties en la déjudiciarisation.

**244. L'indépendance et l'impartialité du tiers comme garanties indispensables.** Dans tous les modes alternatifs de règlement des différends, l'indépendance et l'impartialité du tiers sont des garanties essentielles pour les parties. On reconnaît ici l'influence du procès équitable tel que dégagé par l'interprétation de l'article 6§1 de la Convention européenne. D'une part, l'indépendance du médiateur s'illustre à l'article 131-5 5° du Code de procédure civile. Le but d'une telle exigence est de permettre aux parties de recourir à la résolution extrajudiciaire de leur litige en toute quiétude, sans craindre que le tiers désigné ou choisi ne succombe à des pressions extérieures<sup>4</sup>. D'autre part, l'impartialité permet d'éviter que le tiers prenne fait et cause pour l'une des parties. Si seul le juge devait respecter l'impartialité, le recours à un tiers extrajudiciaire n'aurait plus de pertinence. Certains auteurs arguent que l'impartialité de la justice permet d'éviter de recourir à la justice privée<sup>5</sup>. Or, la déjudiciarisation est typiquement une justice privée. Ainsi, dans cette sphère amiable, le principe demeure : il transcende la

---

<sup>1</sup> Au titre de l'aide judiciaire, 8 UV soit 256 euros. Sur l'évolution historique de l'aide juridictionnelle : L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 29 et s., spéc. p. 37, n° 15.

<sup>2</sup> N. Fricero *et alii*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, *op. cit.*, p. 16, n° 0.25.

<sup>3</sup> J.-M. Despaquis, *JurisClasseur Procédure civile*, Fascicule 122 « Aide juridique – Aide juridictionnelle. Aide à l'accès au droit », juillet 2013 mis à jour en octobre 2017, n° 3.

<sup>4</sup> N. Fricero *et alii*, *Le guide des modes alternatifs de règlement des différends*, *op. cit.*, p. 161, n° 212.41.

<sup>5</sup> S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 1410, n° 1411.

matière juridictionnelle. Ces deux garanties permettent aux parties de sauvegarder la confiance dans la justice. Il faut formuler deux remarques. D'une part, indépendance et impartialité ne peuvent s'entendre qu'avec la confidentialité à laquelle sont astreints les tiers. La confidentialité est susceptible de deux acceptions. La première concerne les tiers : le médiateur n'a pas à divulguer à quiconque les éléments dont il a eu connaissance. La seconde concerne le juge : l'article 131-11 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile permet au tiers de ne pas divulguer le contenu de la médiation. Il ne doit qu'énoncer si les parties sont arrivées à un règlement extrajudiciaire. Si ce n'est pas le cas, le contentieux sera ainsi préservé de tout risque de favoritisme de l'une ou l'autre des parties qui aurait été plus encline à la discussion. D'autre part, indépendance, impartialité et confidentialité sont un triptyque tellement important qu'il est nécessaire de s'interroger sur la formation des tiers. En effet, la grande diversité des modes alternatifs rejaillit ici : tous les tiers ne sont pas des professionnels du droit. Les conciliateurs de justice – qui exercent une mission bénévole – sont ainsi parfois démunis face à la difficulté des règles qui doivent être appliquées pour préserver le droit des parties. Leur formation est donc indispensable pour proposer une solution au conflit<sup>1</sup>. Une meilleure harmonisation des modes alternatifs de règlement des différends notamment entre conciliation et médiation pourrait permettre d'accentuer l'enseignement des éléments fondamentaux notamment dispensé à l'École nationale de la magistrature<sup>2</sup>. C'est précisément pour cette raison que la compétence du tiers est l'un des critères appréciés pour la désignation d'un conciliateur de justice<sup>3</sup>. Un colloque qui s'est tenu à Aix-en-Provence les 28 et 29 avril 2017 sous la direction du Professeur Anne Leborgne a montré que les avocats ou les magistrats qui exercent une activité de médiation sont souvent démunis dans ce nouvel aspect que peut prendre leur métier. L'accentuation de la formation de ces professionnels est donc cruciale.

**245. Conclusion.** En 2002, un auteur a pu écrire : « *l'article 6 de la CEDH prend une place croissante dans la procédure civile et pénale ; il définit de nouveaux standards de la qualité du procès* »<sup>4</sup>. Ne voit-on pas quinze ans plus tard que ces standards tendent à s'appliquer au conflit ? La démonstration précédente est sans équivoque : la distance entre conflit et litige

---

<sup>1</sup> N. Fricero et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, op. cit., p. 81, n° 121.77.

<sup>2</sup> C'est d'ailleurs l'une des missions de cette institution : N. Fricero et alii, *Le guide des modes alternatifs de règlement des différends*, op. cit., p. 158, n° 212.32. L'auteur note que le médiateur en matière administrative doit être particulièrement compétent : il doit connaître les règles applicables au litige et avoir une formation ou une expérience dans la médiation (article R.213-3 du Code de la justice administrative).

<sup>3</sup> N. Fricero et alii, *Le guide des modes alternatifs de règlement des différends*, op. cit., p. 72.

<sup>4</sup> H. Dalle, « Introduction », *La qualité de la justice*, La documentation Française, Perspectives sur la justice, Paris, 2002, p. 3.

s'amenuise. Le cadre nouveau de la déjudiciarisation passe notamment par l'assujettissement des mécanismes déjudiciarisés à des règles normalement réservées au litige. La doctrine majoritaire ne s'y trompe pas : le droit au procès équitable influence tous les modèles de justice, toutes les façons de « *dire le droit* » ; la *jurisdictio*<sup>1</sup>. N'est-ce pas pourtant paradoxal ? Il semble régner une sorte de brouillard juridique sur les droits dont les parties peuvent se prévaloir. L'élaboration de chartes, notamment en matière de médiation ou de conciliation, peut être un moyen de dissiper les doutes qui règnent en la matière<sup>2</sup>. En recourant à la déjudiciarisation, les parties bénéficient de garanties dont elles ont connaissance et qu'elles peuvent donc utiliser plus facilement<sup>3</sup>. Cette réponse nuancée selon le droit concerné ne doit pas occulter une autre réalité. En l'absence de décision juridictionnelle, les parties perdent la possibilité de contester la décision par une voie de recours.

## **B. L'emprise discutée du droit des contrats**

**246. La possibilité de contester l'accord.** Si la déjudiciarisation tend à s'inspirer partiellement des règles du droit processuel, il faut que les droits des parties soient également gouvernés par la logique contractuelle inhérente à l'acte qu'elles vont conclure. En droit positif, cet accord prend le plus souvent la forme d'une transaction mais il ne s'agit que d'une seule variété d'un ensemble des possibles. Avec la déjudiciarisation, les parties perdent cependant la possibilité de contester à travers une voie de recours la décision de justice qu'elles auraient obtenue si leur litige avait été jugé. Qu'est-ce qui peut donc remplacer une voie de recours ? Deux réflexions peuvent être menées à ce sujet. D'une part, l'acte peut être explicitement remis en cause par la nullité (2). L'anéantissement rétroactif de l'accord conduira paradoxalement au retour devant le juge là où le but avait été de l'éloigner du conflit. D'autre part, l'acte peut échapper à la remise en cause par les parties suite à une homologation qui renforce sa force juridique (1). Ce « *déplacement de l'office du juge* »<sup>4</sup> influence directement les droits des parties en mode déjudiciarisé. Il conduit à des questions récurrentes en procédure civile sur l'influence de l'homologation.

---

<sup>1</sup> Sur cette question en général : A. Sériaux, *Leçons sur la justice*, PUAM, Aix-en-Provence, 2017, p. 10.

<sup>2</sup> L. Cadet, « La déjudiciarisation – Rapport introductif », *La déjudiciarisation*, *op. cit.*, p. 33, n° 12.

<sup>3</sup> X. Delpech, *D. actua.*, 2011, n° 30 : charte en matière de consommation.

<sup>4</sup> V. Égéa, « Arbitrage et famille », *Droit et patrimoine*, décembre 2017, n° 275, p. 36 not. II. A.

## 1. L'incidence de l'homologation sur les droits des parties

**247. L'incursion de la procédure civile dans le cheminement contractuel.** L'homologation de la transaction a suscité de vives discussions depuis sa création au début des années 2000. Pour le Professeur Philippe Théry, il s'agit « *d'une des notions les plus incertaines de la procédure* »<sup>1</sup>. Selon le *Vocabulaire juridique*, l'homologation est « [l'] *approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice* »<sup>2</sup>. La loi n° 99-957 du 22 novembre 1999 a introduit la possibilité de soumettre au président du tribunal de grande instance une transaction afin de la rendre exécutoire. En effet, même si l'ancien article 2052 du Code civil conférait peut-être maladroitement l'autorité de la chose jugée à ce contrat, la transaction n'était pas en elle-même un titre exécutoire. L'article 1441-4 du Code de procédure civile<sup>3</sup> a ainsi suscité la curiosité d'un certain nombre de commentateurs. Pour Roger Perrot, cette « *jeune pousse séduisante* »<sup>4</sup> n'en était pas moins dangereuse car l'auteur émettait déjà des réserves sur les contours de l'office gracieux du juge. Tout le débat repose, encore aujourd'hui, sur la nature juridique de la décision d'homologation<sup>5</sup> car on ne sait pas si ce titre exécutoire constate un contrat ou un jugement. Cette question est épineuse car ses incidences pratiques<sup>6</sup> sont fondamentales, notamment sur les voies de recours et la possibilité d'invoquer la nullité du contrat homologué. L'interrogation a toujours perduré même après l'abrogation de l'article 1441-4 du Code de procédure civile. L'article 1565 du même Code introduit par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 reprend le même instrument en ne visant plus spécifiquement la transaction mais en ouvrant l'homologation à « *l'accord* » obtenu suite à une médiation, à une conciliation ou à une procédure participative. Il soumet l'homologation au juge compétent pour trancher le contentieux de la matière concernée. Le problème crucial est donc de savoir quelle nature peut avoir la transaction homologuée. Doit-elle encore être regardée comme un contrat ? Doit-elle être désormais considérée comme un jugement<sup>7</sup> ? Pour un auteur<sup>1</sup>, l'adage

<sup>1</sup> Ph. Théry, « L'homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD. Civ.* 2015, p. 695 et s. spéc. deuxième paragraphe.

<sup>2</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2016.

<sup>3</sup> Il énonçait : « Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ».

<sup>4</sup> R. Perrot, « L'homologation des transactions », *Procédures*, 1999, chronique 10, spéc. l'introduction.

<sup>5</sup> Y. Desdevises, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? » *D.* 2000, p. 284.

<sup>6</sup> S. Guinchard, C. Chanais et F. Ferrand, *Procédure civile – Droit internet et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Précis, 2014, 32<sup>ème</sup> éd., p. 1334, n° 2056.

<sup>7</sup> Sur cette discussion : J-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, préf. S. Cimamonti, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, tome 61, 2013, p. 246, n° 296.

« voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » s'appliquerait à la transaction homologuée. La décision d'homologation étant une ordonnance sur requête au sens de l'article 812 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile<sup>2</sup>, il s'agit d'un acte juridictionnel<sup>3</sup>. Cette qualification implique du juge un contrôle de légalité<sup>4</sup>. Peut-on remettre ainsi ensuite en cause une transaction homologuée<sup>5</sup> ? La question suscite d'âpres difficultés. En tout état de cause, deux courants s'opposent. D'une part, on pourrait penser que la transaction – même homologuée – conserve sa nature contractuelle<sup>6</sup>. La nullité pourrait être invoquée librement. On pourrait justifier cette idée en dissociant formellement le contrat d'un côté et l'acte juridictionnel d'homologation de l'autre. Le Professeur Loïc Cadiet juge ceci « artificiel »<sup>7</sup> car il n'y a aucun intérêt juridique à distinguer deux éléments indissociables. D'autre part, il serait donc possible d'arguer que la transaction homologuée devient un véritable acte juridictionnel<sup>8</sup> qui acquiert ainsi autorité de la chose jugée, voire force de chose jugée<sup>9</sup>. Un arrêt a brouillé les pistes<sup>10</sup> au sujet de la violence : la transaction ne serait pas purgée de ce vice par l'homologation. La solution interroge sur la portée du contrôle du juge. S'agit-il d'une véritable perfection de l'acte juridique ? Certains auteurs sont ainsi arrivés à nier le caractère d'homologation de la procédure, préférant parler d'un simple *exequatur* car l'acte n'est

---

<sup>1</sup> G. Taormina, « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'*exequatur* des transactions de l'article 1441-4 NCPC », *D.* 2002, p. 2353, spéc. II A ; H. Croze et Ch. Laporte, « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 2012, p. 703 et s.; *contra* : H. Croze et O. Fradin, « Transaction et force exécutoire », *La transaction dans toutes ses dimensions, op. cit.*, p. 103, n° 32.

<sup>2</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 24 mai 2007, n° 06-11.259 ; P. Julien et J-B. Racine, « Difficultés soulevées par les articles 1441-4 et 1015 du NCPC », *D.* 2008, p. 129 (l'homologation du juge est une ordonnance sur requête).

<sup>3</sup> Sur le débat : S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 2014, p. 286, n° 152.

<sup>4</sup> Sur l'homologation de la convention en matière de divorce : V. Égée, *Droit de la famille*, Paris, Lexis Nexis, Manuels, 2016, p. 140, n° 245.

<sup>5</sup> Sur ce point : H. Croze, « Transaction et force exécutoire », *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2006, n° 37 : « en outre, il semble que, même revêtue de la force exécutoire, la transaction puisse rester l'objet d'une action en nullité dans les conditions des articles 2052 et suivants du Code civil ».

<sup>6</sup> En la matière, la transaction homologuée pourrait alors ressembler à un instrument allemand nommé *Prozessvergleich* prévu au § 794 ZPO : F. Ferrand, « La transaction, regard comparatif », *La transaction dans toutes ses dimensions, op. cit.*, p. 187 et s., spéc. p. 192, B.

<sup>7</sup> L. Cadiet « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé*, Paris, *op. cit.*, p. 97, n° 14.

<sup>8</sup> Sur le régime de l'acte juridictionnel en matière gracieuse : G. Cornu et J. Goyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 1996, p. 135, n° 22 ; Sur les ordonnances sur requête : H. Motulsky, *Écrits – Études et notes de procédure civile*, préface de G. Bolard, Dalloz, Bibliothèque, 2010, p. 189 : « j'en conclus donc que, parce qu'il s'agit de trancher toujours une prétention juridique par une décision, on est en présence d'actes juridictionnels » ; H. Vizioz, *Études de procédure*, Paris, Dalloz, Bibliothèque, préface de S. Guinchard, 2011, p. 244, n° 52.

<sup>9</sup> Sur ce point : V. Égée, *Droit de la famille, op. cit. et loc. cit.* ; pour une autre opinion : D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 143, 1975, n° 144, p. 114 antérieurement à la possibilité d'homologation.

<sup>10</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 26 mai 2011, n° 06-19.527 ; note P-Y. Gautier, *RTD. Civ.* 2011, p. 559.



contrôlé que sous l'angle de l'ordre public<sup>1</sup> et des bonnes mœurs. En tout état de cause, on remarque que la nullité n'est peut-être pas en mesure de pallier complètement l'absence de voies de recours. La difficulté de prouver l'origine du vice affectant l'acte se combine avec la complexité de remise en cause d'une transaction homologuée<sup>2</sup>.

**248. Le refus de l'homologation comme indice du défaut de l'acte.** Le juge est libre de refuser l'homologation de l'acte qui lui est soumis. Comme l'a souligné Roger Perrot<sup>3</sup>, le juge est dans son office gracieux : il opère un contrôle de légalité. Dans un arrêt récent<sup>4</sup>, on remarque que la Cour de cassation n'a pas remis en cause une décision des juges du fond qui consistait à refuser l'homologation d'une transaction dont la condition suspensive ne s'était pas réalisée. Ceci signe le défaut de l'acte juridique, son imperfection est judiciairement constatée. Ce problème que révèle le juge montre aux parties que l'accord auquel ils sont arrivés doit être repris. En ce sens, la nullité pourrait être invoquée dans le futur par l'une des parties.

## **2. La remise en cause de l'acte par les parties : l'intérêt de l'action en nullité**

**249. Pertinence de la nullité.** En matière de déjudiciarisation comme ailleurs, tout acte juridique peut normalement être anéanti si un vice affecte sa formation. La réforme issue de l'ordonnance en date du 10 février 2016 n'a pas modifié ce constat. On pourrait penser que les vices du consentement sont appréciés restrictivement lorsqu'ils portent sur une transaction ou tout accord formalisant un règlement amiable. Il faut d'emblée rejeter cette idée<sup>5</sup> car aucun texte ne vient formellement restreindre leur application dans ce cadre. C'est précisément parce que la transaction est un contrat qui porte sur un litige que l'appréciation des vices du consentement doit être particulièrement vive. Il n'y a ici qu'application du droit commun<sup>6</sup>. On ne saurait fermer les yeux sur une violence, un dol ou une erreur qui aurait permis de retirer

---

<sup>1</sup> H. Croze et O. Fradin « Transaction et force exécutoire », *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 95 et s. spéc. p. 100, n° 19.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 septembre 2017, n° 16-19.184.

<sup>3</sup> R. Perrot, « L'homologation des transactions », *Procédures*, 1999, chr. 10 *op. cit.*

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 10 septembre 2014, n° 13-11.843 ; note Ph. Théry, *RTD. Civ.* 2015, p. 695 ; R. Libchaber, *JCP G* 2014 p. 1232.

<sup>5</sup> P. Chauvel, *Répertoire de droit civil*, entrée « Transaction », 2011, mis à jour en 2014, n° 301.

<sup>6</sup> B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, spéc. p. 41 et s.

au juge la possibilité de se pencher sur l'affaire<sup>1</sup>. Plus qu'ailleurs, le défaut dans la formation est donc fondamental et il suscite un abondant contentieux. En dépoussiérant les textes anciens<sup>2</sup> relatifs à la transaction, le législateur a surtout corrigé des répétitions<sup>3</sup> mais il a également supprimé la référence à l'autorité de la chose jugée qui était jugée inutile voire fautive<sup>4</sup>. Cependant, un doute persiste : il convient de savoir si la nullité est une sanction pertinente pour les vices du consentement à une transaction<sup>5</sup>. La question se pose car il existe un paradoxe : ce contrat spécial permettant de mettre fin à un litige né ou à naître, invoquer une nullité devant le juge n'est-il pas contreproductif ? Assurément, non : l'anéantissement rétroactif permet d'éviter que le recours au juge soit rendu impossible pour la matière réglée si un vice affecte l'acte juridique. Dans ce cas, si le consentement a été surpris, par dol par exemple, il n'y a pas de rencontre de volontés et ce faisant de naissance du contrat.

**250. Une piste à envisager : la responsabilité du professionnel.** La déjudiciarisation implique de pouvoir également se retourner vers le professionnel ou le tiers. Pour garantir leurs droits, les parties pourraient ainsi mettre en jeu leur responsabilité en cas de faute<sup>6</sup>. La déjudiciarisation pourrait connaître un effet pernicieux : elle transposerait le mécontentement du justiciable (habituellement extériorisé par une voie de recours) sur le professionnel qui l'a guidé dans la procédure pour divorcer, vendre les biens d'un mineur ou réaliser un recouvrement d'une petite créance sur le fondement de l'article 1244-4 du Code civil. La convention, en plus de pouvoir être annulée pour un dol ou une fraude voire rescindée pour lésion, pourrait emporter avec elle le professionnel rédacteur d'acte. Afin d'illustrer le propos, nous prendrons deux exemples : le divorce par consentement mutuel nouvellement réformé par la loi du 18 novembre 2016 et l'administration légale des biens du mineur modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015.

Depuis la loi nouvelle, il est possible pour les époux de recourir à un « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang*

---

<sup>1</sup> F. Julienne, « Synthèse – Transaction », *JurisClasseur Civil Code*, 8 mars 2013, n° 23.

<sup>2</sup> B. Mallet-Bricout, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXIème siècle" » : un nouveau souffle », *RTD. Civ.* 2017, p. 221 et s.

<sup>3</sup> Sur la discussion dès le XIXème siècle : L. Mayer, « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD. Civ.* 2014, p. 523 et s., spéc. n° 1.

<sup>4</sup> Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXIème siècle" », *JCP G* 28 novembre 2016, doctrine 1295, spéc. n° 43.

<sup>5</sup> B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », *La transaction dans toutes ses dimensions, op. cit.*, p. 35 et s. spéc. p. 48, n° 21.

<sup>6</sup> V. Égéa, *Droit de la famille*, Paris, Lexis Nexis, Manuels, 2016, p. 140, n° 245.

*des minutes d'un notaire* » comme le prévoit l'article 229-1 nouveau du Code civil. Cette déjudiciarisation implique une vision nouvelle du divorce par consentement mutuel où le juge ne joue plus désormais qu'un rôle secondaire. La première garantie à laquelle on peut songer est la contresignature de l'acte par l'avocat puis l'implication du notaire pour archiver l'acte au rang de ses minutes. De prime abord, il est possible de penser que l'immixtion de ces deux professionnels du droit dans le divorce par consentement mutuel pourrait signer la préservation des droits des époux divorçant, notamment par l'inclusion de clauses de sincérité<sup>1</sup>. Un auteur a farouchement nié cette idée<sup>2</sup>. Pour ce dernier, la présence du notaire dans la procédure est purement illusoire et ne sert qu'aux intérêts de sa fonction<sup>3</sup>. L'auteur conteste également le rôle que pourrait tenir l'avocat – et ce faisant sa responsabilité – : « *mais parler de "sécurisation", c'est soit enfoncer des portes ouvertes en rappelant le rôle (bien connu) des rédacteurs d'actes, soit se méprendre lourdement sur la nature de l'intervention des conseils* »<sup>4</sup>. L'idée peut être nuancée. Il est tout à fait pertinent que le rôle de l'avocat s'arrête au conseil et à la sécurisation du consentement. Son rôle permet tout de même de préserver l'information des parties sur leurs droits dans la dissolution. En d'autres termes, les droits des parties sont toujours assurés par un professionnel du droit en dépit de la déjudiciarisation. Sa responsabilité de rédacteur d'actes est centrale. Il faut également confirmer que le notaire peut voir sa responsabilité engagée même s'il ne fait qu'enregistrer l'acte au rang de ses minutes suite à une réponse ministérielle de 2003<sup>5</sup>. La responsabilité du notaire semble toutefois assez confuse en raison de son rôle en la matière, simplement limité à authentifier l'acte pour lui conférer force exécutoire<sup>6</sup>. Il reste à savoir si la déjudiciarisation ne produit pas des effets pervers sur les personnes vulnérables comme les auteurs l'ont craint pour le partage amiable réformé par la loi du 23 juin 2006<sup>7</sup>. En la matière, l'administration légale des biens du mineur a été le témoin d'une déjudiciarisation aux effets encore inconnus sur les droits des parties.

---

<sup>1</sup> Sur le rôle de l'avocat : V. Égéa, « Déjudiciarisation du divorce : brèves observations relatives à l'acte d'avocat », *Droit de la famille*, n° 7-8 juillet 2016, dossier 29, not. n° 13.

<sup>2</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille*, 2017, p. 14, spéc. n° 39.

<sup>3</sup> C. Lienhard, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *D.* 2017, p. 307.

<sup>4</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille*, 2017, p. 14 et s., spéc. n° 39.

<sup>5</sup> *JCP N* 19 mars 2004, n° 12, act. 65 : Réponse ministérielle 13640, *JOAN* 3 novembre 2003, p. 8490 : « *L'identité de la rémunération tient au fait que les diligences du notaire sont les mêmes et qu'il encourt la même responsabilité, qu'il rédige l'acte ou qu'il le reçoive au rang de ses minutes* » (nous soulignons).

<sup>6</sup> S. Torricelii-Chrifi, « Divorce contractuel : quel(s) acte(s) pour quelle(s) responsabilité(s) », *JCP N* 11 novembre 2016, act. 1193, n° 45.

<sup>7</sup> C. Golhen, « La déjudiciarisation du partage et la protection des héritiers incapables, présumés absents ou défaillants », *Deffrénois*, octobre 2017, n° 20, p. 1413 et s. qui conclut au n° 15 que cette déjudiciarisation n'a pas exposé les parties à une diminution de leurs droits.

L'ordonnance du 15 octobre 2015 a fait disparaître l'ancienne dualité entre l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire. On pourrait ici, plus encore que dans l'exemple précédent, penser que les droits des parties sont fortement diminués. Mais le terme « *partie* » doit être entendu plus largement que dans le cas du divorce par consentement mutuel car la gestion des biens du mineur impose le truchement du système de représentation de l'enfant encore incapable<sup>1</sup>. L'administration légale, dépourvue désormais de contrôle judiciaire systématique pour les actes de disposition, est-elle le synonyme d'une diminution de sa protection<sup>2</sup> ? La question est discutable. Sans être diminuée, la protection est brouillée car des lacunes existent, par exemple pour la renonciation anticipée à l'action en réduction normalement impossible pour le mineur même émancipé<sup>3</sup>. Pour deux auteurs, la réponse est nuancée car elle implique de sacrifier une partie de l'intérêt de l'enfant sur l'autel de la déjudiciarisation<sup>4</sup>. En effet, on se demande désormais si la réduction de l'immixtion du juge dans l'administration légale n'est pas un facteur d'insécurité juridique. Dans ce cas, la matière gracieuse de l'autorisation est diminuée pour préserver les opérations concernant le patrimoine du représenté. Cette diminution est assurément dangereuse car les huit catégories d'opérations, visées par l'article 387-1 du code civil, d'opérations que l'administrateur légal ne peut accomplir sans l'autorisation préalable du juge des tutelles sont exhaustives, rendant impossible tout dépassement qui serait contraire à la *ratio legis* du texte<sup>5</sup>.

**251. Conclusion : l'incertitude des contours.** L'architecture de la déjudiciarisation est complexe : cette difficulté se répercute nécessairement sur les règles qui lui sont applicables. Tantôt, le juge est complètement évacué et seules les règles du droit des contrats peuvent venir au secours du droit des parties. Mais même à ce moment-là, le constat n'est pas susceptible d'une théorie générale solide. Trop de facteurs de complication peuvent rentrer en jeu : existe-t-il une fraude ? Le professionnel a-t-il été négligent ? Dans tous les cas, la malveillance d'une des parties qui aurait voulu frauduleusement conclure un acte juridique pourra se voir reconnaître en justice. Si l'acte vient à être homologué, comme l'article 1565

---

<sup>1</sup> Ph. Malaurie, *Droit des personnes et des incapacités*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2017, p. 302, n° 624.

<sup>2</sup> *Pro* : N. Peterka, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G*, n°44, 26 octobre 2015, 1160.

<sup>3</sup> V. Égéa, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 602, n° 1316 ; sur ce point : A. SÉRIAUX, *Les successions – Les libéralités*, Paris, Ellipses, 2018, p. 142, n° 102.

<sup>4</sup> A. Bateur et Th. Douville, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330, spéc. n° 16 et s.

<sup>5</sup> Sur cette idée : G. Raoul-Cormeil, « Incapacité et SCI : le dernier rôle avant trépas de la protection du mineur associé », *AJ Famille* 2017, p. 406, notamment avant le conseil pratique en fin d'article.

du Code de procédure civile le permet, alors sa remise en cause deviendra plus difficile ; l'accord devenant un acte juridictionnel. Le juge opère en la matière un véritable contrôle de légalité : il détermine avec acuité si l'acte peut être renforcé juridiquement. Les droits des parties se retrouvent alors, paradoxalement, fragilisés : elles ne peuvent ni recourir à l'ensemble des droits que leur confère l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (car c'est une procédure gracieuse), ni utiliser l'ensemble de l'arsenal contractuel (car l'acte quitte la sphère contractuelle). En la matière, le législateur devra donc veiller à préciser les contours des instruments qu'il souhaite favoriser<sup>1</sup>. La malléabilité de la déjudiciarisation a fait sa force : sa faiblesse pourrait se trouver dans ce même constat et entraîner sa perte.

Il reste à savoir si ceci s'observe en ce qui concerne les droits des tiers.

## II. Les droits des tiers face à la déjudiciarisation

**252.** Le phénomène de déjudiciarisation entretient un rapport ambigu avec les tiers et, plus exactement, avec la protection des droits des tiers. L'on pourrait *a priori* considérer que la déjudiciarisation intéresse assez peu les droits des tiers puisque ne sont en premier lieu concernés que les parties au procès généralement devenues, par l'effet de la disparition de l'intervention d'un magistrat, des parties au contrat<sup>2</sup>. Ainsi, à l'effet relatif de la décision de justice répond l'effet relatif du contrat. Alors qu'une décision de justice n'a pour conséquence que de créer une situation juridique nouvelle pour les parties à l'instance, le contrat ne crée par définition que des obligations à l'égard des parties qui l'ont conclu<sup>3</sup>. Cela étant, avec le retrait d'un contrôle juridictionnel, s'efface également la tierce opposition, voie de recours spécifiquement ouverte aux tiers qui viendraient à subir les conséquences d'un jugement. Est-ce à dire que, dans un contexte de déjudiciarisation, le retrait de l'intervention du juge comporte par essence une atteinte potentielle aux droits des tiers ? Si une réponse affirmative devait être apportée à cette interrogation, il en découlerait une regrettable atteinte à la sécurité juridique, ici restreinte au profit des objectifs poursuivis par la déjudiciarisation, tels que le désengorgement des tribunaux, la volonté de recentrer l'office du juge sur son activité principale et la faveur pour une logique de l'autodétermination.

---

<sup>1</sup> En matière d'arbitrage familial : V. Égéa, « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », *Droit et patrimoine*, 2017, n° 275, décembre 2017, p. 36 et s., spéc. la conclusion.

<sup>2</sup> V. *supra*, I.

<sup>3</sup> C. civ., art. 1199 nouveau.

A bien y regarder pourtant, il n'est pas certain que la déjudiciarisation emporte nécessairement une telle atteinte aux droits des tiers. Plus exactement, on peut émettre l'hypothèse selon laquelle la garantie des droits des tiers perdure, mais qu'elle s'exprime désormais par d'autres mécanismes et par de nouveaux vecteurs. Si l'hypothèse devait se vérifier, alors cela signifierait que l'on assiste en définitive à une modification de la situation des tiers.

Encore faut-il, pour mener à bien la réflexion proposée et pour répondre à l'interrogation formulée, définir plus exactement ce que recouvre le terme de « tiers ». Au sens de la présente contribution, la notion de « tiers » désigne les personnes, physiques ou morales, qui ne sont pas parties à l'accord issu d'un processus déjudiciarisé. Autrement dit, l'on qualifiera ici de tiers la personne qui, si une intervention judiciaire était maintenue, aurait été qualifiée de tiers à l'instance, c'est-à-dire à la personne qui n'est ni partie ni représentée dans le cadre de la procédure judiciaire. Une telle définition s'impose pour mesurer l'impact de la disparition de la tierce opposition que les processus de déjudiciarisation emportent nécessairement.

Comme souvent quand il est question de déjudiciarisation, il convient de se tourner vers les mécanismes de droit commun pour cerner la manière dont les tiers, intéressés par la matière conflictuelle<sup>1</sup>, peuvent intervenir pour défendre et garantir l'exercice ainsi que la réalisation de leurs droits<sup>2</sup>. Cela étant, énumérer les différents mécanismes se révèle insuffisant pour évaluer précisément la situation des tiers. Encore faut-il mesurer l'efficacité de ces mécanismes.

La présente contribution entend donc proposer une évaluation de l'efficacité des mécanismes mis à la disposition des tiers quand une matière conflictuelle, jusque-là soumise par la loi à la nécessité d'un contrôle judiciaire<sup>3</sup>, s'avère déjudiciarisée, c'est-à-dire soustraite audit contrôle.

---

<sup>1</sup> On utilise volontairement ici le qualificatif de « conflictuel » en lieu et place de la « matière litigieuse » objet de l'instance et qui, par conséquence, se trouve au cœur du lien juridique d'instance, lorsqu'il est question de procédure judiciaire.

<sup>2</sup> L'expression « réalisation des droits » s'entend ici au sens de l'analyse structurale de la règle de droit, dans la perspective des travaux d'Henri Motulsky (*cf.* not. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, éd. Dalloz 1948).

<sup>3</sup> Tant contentieux que gracieux.

Connaissant d'ores et déjà des processus de déjudiciarisation, parfois depuis une durée conséquente<sup>1</sup>, le droit positif offre un champ d'analyse particulièrement significatif des mécanismes permettant aux tiers d'intervenir là où naguère leurs droits paraissaient protégés par une intervention judiciaire. En raison de l'existence, dans des domaines matériellement parcellaires, de premières expériences de déjudiciarisation, une systématisation peut être faite, en l'organisant selon une gradation. La première modalité, radicale, de protection des droits des tiers réside dans le droit qui leur est parfois accordé d'évincer purement et simplement la déjudiciarisation (A). La deuxième modalité<sup>2</sup> est le droit à l'information (B) des tiers portant sur le processus de déjudiciarisation en cours. En poursuivant de manière graduelle, les tiers peuvent enfin disposer d'un droit au recours (C) pour tenter de remettre en cause les incidences de la déjudiciarisation.

### **A. Le droit à une éviction de la déjudiciarisation**

**253.** Une première manière de protéger les droits des tiers consiste parfois à évincer la déjudiciarisation. Constituant une solution radicale, l'éviction de la déjudiciarisation ne s'avère pas monolithique et permet d'assurer la garantie des droits des tiers de plusieurs manières différentes, qu'il s'agisse de l'impossibilité d'un acte (1), ou du « retour » du juge (2).

#### **1. L'éviction par l'impossibilité d'un acte**

**254.** Une première manière d'évincer la déjudiciarisation consiste à empêcher les titulaires d'un droit de procéder à sa réalisation, que ce soit dans un cadre déjudiciarisé ou judiciaire. En droit de l'administration légale des biens du mineur, certains actes juridiques que le parent souhaiterait conclure au nom et pour le compte de l'enfant restent tout simplement interdits, afin de protéger les droits de l'enfant mineur. Si l'on considère que ce dernier est un tiers – entendu de manière large compte tenu du jeu de la représentation – l'interdiction de conclure l'acte aboutit à conserver la consistance du patrimoine du mineur.

---

<sup>1</sup> L'on songe ici à la déjudiciarisation de certains changements de régime matrimoniaux effectués par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

<sup>2</sup> Qui conditionne d'ailleurs souvent la première, à savoir le droit à l'éviction de la déjudiciarisation.

Solution radicale, l'interdiction d'un acte n'a pas remplacé l'ancienne autorisation préalable du juge des tutelles. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a entendu en effet faciliter une conclusion souple et rapide par le parent titulaire de l'administration légale d'actes juridiques relatifs au patrimoine de son enfant. Désormais, la plupart des actes juridiques qui devaient naguère être préalablement autorisés par le juge des tutelles peuvent être passés par un seul parent. Il est d'ailleurs symptomatique de constater que l'expression même d'« administration légale sous contrôle judiciaire » ne figure plus dans le Code civil. Une partie de la doctrine n'a pas manqué de dénoncer les risques qu'une telle déjudiciarisation ne manquerait pas de faire peser sur les droits de l'enfant. Un arrêt récemment rendu par la Cour de cassation<sup>1</sup> illustre en effet ces enjeux. L'affaire était soumise au droit en vigueur avant la déjudiciarisation de l'administration légale sous contrôle judiciaire et la Cour de cassation rappelle ici la nécessité d'obtenir une autorisation préalable du juge des tutelles quand il s'agit de vendre des parts de SCI appartenant au mineur qui loge dans le bien appartenant à la société. Dorénavant, en application du droit issu de l'ordonnance du 15 octobre 2015 et dans un cadre de déjudiciarisation de l'administration légale sous contrôle judiciaire, étant donné qu'il ne s'agit pas de céder un droit réel immobilier mais des parts de société, le parent peut librement procéder à l'acte. La garantie des droits de l'enfant nécessitera alors que son parent agisse conformément à ses intérêts, supposant ainsi qu'il en reste le meilleur juge, ce qui n'est pas systématiquement acquis.

L'interdiction pure et simple de passer un acte juridique, qui constitue un moyen d'évincer la déjudiciarisation et, partant, d'écarter les risques de menaces que les tiers pourraient subir, ne peut donc logiquement concerner que les conventions les plus dangereuses, généralement celles faites à titre gratuit. Au demeurant, même lorsqu'il existait une administration légale sous contrôle judiciaire, certains actes ne pouvaient pas être conclus même en obtenant une autorisation préalable du juge des tutelles.

## **2. L'éviction par le retour du juge**

**255.** L'éviction de la déjudiciarisation provient parfois d'une modalité moins radicale que l'interdiction pure et simple d'un acte juridique, mais réside alors dans un retour au juge.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 2017, n° 15-24.480.



D'une certaine manière, il s'agit du maintien d'une modalité classique de régulation des rapports sociaux par le droit. Pour autant, l'éviction de la déjudiciarisation qui s'opère par un retour du juge présente une intensité variable. Obligatoire en certains domaines (a), elle n'est que facultative ailleurs (b), sans pour autant que les intérêts à protéger ne divergent sensiblement, laissant ainsi douter de la cohérence du dispositif.

a. L'obligation de revenir vers le juge

**256.** Soucieux de protéger les droits des tiers, le législateur empêche tout simplement les parties de recourir à un processus déjudiciarisé et maintient la nécessité de recourir au juge. Il en va ainsi par exemple en matière de changement de régime matrimonial en présence d'un enfant mineur. Alors que la loi du 23 juin 2006 a déjudiciarisé la plupart des changements de régime matrimonial, une homologation du juge aux affaires familiales demeure nécessaire en présence d'un enfant mineur du couple ou de l'un au moins des époux en cas de reconstitution familiale, afin de s'assurer de la protection de ses droits. Concrètement, il s'agit, ce faisant, d'imposer un contrôle judiciaire afin d'apprécier non seulement la légalité mais aussi l'opportunité du changement envisagé. Dans cette perspective, le juge aux affaires familiales n'homologuera le changement de régime matrimonial que s'il ne porte pas atteinte à l'intérêt de la famille. Par le biais d'une telle notion à contenu variable, il s'agit de vérifier le respect d'un intérêt supérieur, que l'on ne saurait restreindre à la somme des intérêts individuels. Pour autant, on peut raisonnablement penser qu'un projet de changement de régime matrimonial foncièrement attentatoire aux intérêts d'un enfant mineur ne recevra pas d'homologation judiciaire. En ce sens, l'obligation légale de revenir vers le juge constitue un moyen efficace d'assurer une opportunité de contrôle du respect des intérêts de l'enfant mineur, tiers singulier eu égard au changement de régime matrimonial de ses parents.

L'exemple du changement de régime matrimonial démontre que lorsque certains intérêts jugés fondamentaux par le législateur nécessitent d'être protégés, le maintien d'un recours à une fonction juridictionnelle, fût-elle gracieuse en l'espèce, constitue un efficace moyen de garantir les droits des tiers.

## b. La faculté de revenir vers le juge

**257.** La faculté de revenir vers le juge constitue une modalité plus légère d'éviction de la déjudiciarisation. Se vérifie ici encore l'exactitude de l'idée selon laquelle les intérêts que le législateur juge dignes d'une protection spécifique peuvent encore faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Le récent divorce par consentement mutuel le démontre pour l'enfant mineur. A la différence d'autres droits européens, tels que le droit espagnol par exemple, la loi dite *Justice 21* a rendu possible un divorce par consentement mutuel même en présence d'un enfant mineur. Pour autant, ce dernier dispose de la faculté de rétablir un contrôle juridictionnel. En demandant à être entendu par le juge aux affaires familiales, l'enfant rétablit la nécessité pour ses parents de soumettre leur convention de divorce par consentement mutuel à l'homologation du juge aux affaires familiales. On peine ici à imaginer que l'enfant mineur entende ainsi faire respecter ses droits patrimoniaux que viendrait à méconnaître la liquidation adoptée par ses parents. De toute évidence, il s'agit surtout pour lui de s'exprimer sur le choix de sa résidence. Même limitée à cette question extra-patrimoniale, une telle volonté de rétablir l'intervention du juge constitue un moyen pour ce tiers singulier d'essayer d'obtenir une protection de ses droits. L'on a certes beaucoup raillé cette faculté pratique offerte à l'enfant de rétablir le retour du juge dans le divorce de ses parents. Pour autant, d'un point de vue théorique, le tiers dispose ici d'une possibilité d'évincer la déjudiciarisation, ce qui, en soi, s'avère déjà notable.

L'exemple récent du divorce par consentement mutuel sans juge démontre surtout que, pour évincer la déjudiciarisation, encore faut-il disposer d'une information à son sujet. Ainsi, la principale garantie des droits des tiers réside peut-être dans la consécration de leur droit à l'information.

### **B. Le droit à l'information**

**258.** La garantie des droits des tiers que la présence d'une intervention judiciaire a précisément pour objet d'assurer, tout comme la tierce opposition, s'avèrent par principe sans objet dans un contexte de déjudiciarisation. Le droit à l'information des tiers devient alors fondamental, afin de leur permettre, par exemple, de contester éventuellement un accord issu d'un mode amiable des différends. Si le droit à l'information repose, de manière classique, sur

les mesures de publicité (1), il prend une consistance particulière en droit civil lorsque le destinataire de ladite information est l'enfant (2).

## 1. Les mesures de publicité

**259. Changement de régime matrimonial.** Les mesures de publicité constituent un premier mécanisme consacré par les textes ayant procédé à une déjudiciarisation. A ce titre, la déjudiciarisation de certains changements de régime matrimonial offre une illustration particulièrement significative. Pour mémoire, la loi du 23 juin 2006 a marqué une étape majeure en direction de la libéralisation des changements de régimes matrimoniaux. Si une première étape fut franchie avec la loi dite « Carbonnier » du 13 juillet 1965 qui abandonna le principe d'immutabilité du régime matrimonial, le recours à l'office gracieux du juge demeurait nécessaire dès lors qu'une homologation judiciaire était imposée par la loi. Il faut attendre la réforme du 23 juin 2006 pour que la loi procède à la soustraction pure et simple de certains changements de régime matrimonial d'un quelconque contrôle judiciaire. Ce faisant, la réforme du droit des successions et des libéralités a répondu à l'attente de certains notaires et d'une partie de la doctrine. Ainsi, l'article 1397 du Code civil, dans sa rédaction qui résulte de la loi du 23 juin 2006, ne maintient l'homologation du changement de régime matrimonial qu'en présence d'enfants mineurs du couple<sup>1</sup> ou bien lorsqu'un tiers s'oppose au changement proposé<sup>2</sup>. L'hypothèse qui sous-tend ce retour éventuel du juge de l'homologation concerne précisément la protection des droits des tiers, dès lors que l'on considère que certains époux débiteurs, mariés sous un régime communautaire, pourraient décider d'adopter un régime séparatiste pour soustraire des biens au droit de gage de leurs créanciers, par le biais de la liquidation du régime qu'un tel changement ne manquera pas d'entraîner. On imagine alors que le juge de l'homologation, appelé à connaître d'un tel changement de régime matrimonial, manifestement frauduleux, refusera l'opération proposée, afin de préserver les droits des créanciers. L'opposition des créanciers, en provoquant une intervention judiciaire a pour objet d'empêcher un changement frauduleux ou, à tout le moins, de permettre au juge de contrôler l'absence d'une atteinte aux droits des tiers. En ce sens, l'opposition des créanciers a pour conséquence de mettre fin à la nature déjudiciarisée du changement de régime matrimonial.

---

<sup>1</sup> *V. supra* sur ce point au sujet de l'éviction de la déjudiciarisation.

<sup>2</sup> C. civ., art. 1397 al. 4<sup>e</sup> (réd. L. 23 juin 2006) : En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au code de procédure civile.

Encore faut-il pour ce faire que les créanciers aient connaissance du changement de régime matrimonial envisagé par l'époux débiteur et son conjoint. Ainsi, des mesures de publicité ont été prévues dans le cadre de la loi du 23 juin 2006. Le projet de changement de régime matrimonial doit en effet être publié dans un journal d'annonces légales<sup>1</sup>.

En ce qui concerne les mesures de publicité que l'on rencontre en matière de changement de régime matrimonial, on peut se demander si leur efficacité ne paraît pas plus grande que lorsqu'un recours au juge s'avérait systématiquement nécessaire. Avant la loi du 23 juin 2006 en effet, les créanciers demeuraient en général dans l'ignorance du changement de régime matrimonial effectué. Bien souvent, c'est lorsque le tiers entendait poursuivre en paiement l'époux débiteur que le changement de régime matrimonial homologué et donc la réduction du droit de gage, lui étaient révélés<sup>2</sup>. En général, le juge de l'homologation se trouvait quant à lui dans l'ignorance des intérêts des créanciers, sauf à ce que ces derniers n'interviennent volontairement à l'instance gracieuse. Ainsi, en consacrant des mesures de publicité du changement de régime matrimonial projeté, la loi du 23 juin 2006 a permis d'assurer une meilleure information des créanciers que dans le cadre de la procédure d'homologation.

Il convient toutefois de relativiser l'efficacité de ces mesures d'information, lesquelles ne sont véritablement utiles que si le créancier bénéficie d'un accès à ces fameux journaux d'annonces légales. Se pose dès lors la question de savoir si le créancier qui n'a pas eu connaissance de ces mesures de publicité perd le droit d'agir sur le fondement de l'action paulienne contre le changement de régime matrimonial qui porte une atteinte frauduleuse à ses droits.

**260. Divorce sans juge.** Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel « sans juge », le créancier ne bénéficie pas de mesures d'information qui seraient faites par le biais d'un journal d'annonces légales. Le changement d'état civil des époux se trouve porté à la connaissance des créanciers par les mentions marginales portées sur l'acte de naissance de

---

<sup>1</sup> C. civ., art. 1397 al. 3<sup>e</sup> (réd. L. 23 juin 2006) : Les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication.

<sup>2</sup> Sous réserve évidemment que le créancier, informé par un moyen quelconque du changement envisagé, intervienne volontairement devant le juge de l'homologation. Dans cette perspective, si les droits du créancier s'avéraient effectivement menacés, on peut raisonnablement penser que le tribunal n'homologuait pas le changement envisagé. En ce sens, la situation s'avérait assez proche de la situation actuelle dans laquelle le créancier, informé grâce à un journal d'annonces légales, du projet de changement de régime matrimonial s'oppose à ce dernier et provoque ainsi un retour du juge de l'homologation qui, de toute évidence, ne procédera pas davantage aujourd'hui à l'homologation d'un changement de régime matrimonial frauduleux.

chacun des époux. Pour cette raison, le code civil dispose que le divorce par consentement mutuel n'est opposable au tiers qu'à compter de la modification des actes de l'état civil des époux. La situation s'avère au demeurant identique dans le cadre d'un divorce contentieux. Partant, si une convention de divorce par consentement mutuel réglant les effets de la rupture comportait une liquidation du régime matrimonial manifestement préjudiciable aux intérêts du créancier d'un époux, voire frauduleuse, la perspective qui semble s'ouvrir, faute d'un quelconque retour du juge de l'homologation en cas d'opposition du tiers, semble être fournie par l'action paulienne.

## 2. L'information de l'enfant

**261. Changement de régime matrimonial.** Le cas de l'enfant nécessite quelques observations particulières. Tout d'abord, peut-on considérer l'enfant mineur comme un tiers au changement de régime matrimonial de ses parents ou, du moins, de l'un d'eux ? En tant que tel, l'enfant mineur ne semble pas véritablement agir pour faire valoir un droit quelconque, ce qui semble évincer la qualification de tiers. Pour autant, le maintien d'une homologation judiciaire en présence d'un enfant mineur vise précisément à protéger ses intérêts menacés par le changement de régime matrimonial envisagé<sup>1</sup>. Dans le cadre de la procédure gracieuse que rétablit la présence de l'enfant mineur, ce dernier se trouve cependant simplement consulté par le juge afin de parfaire son information. En tant que tel, l'enfant ne va pas faire valoir une quelconque prétention.

**262. Divorce sans juge.** En ce qui concerne le nouveau divorce par consentement mutuel sans juge, si l'on considère que l'enfant est un tiers, non pas au sens procédural du terme, mais dans une acception plus ordinaire du terme, il semble bien que l'on puisse considérer que le fameux formulaire qu'il doit remplir dans le cadre du divorce par consentement mutuel de ses parents, l'informant de son droit d'être entendu, remplit bien une fonction informative<sup>2</sup>. L'article 229 du Code civil, comme l'arrêté publié par le ministère de la justice mentionnent bien une information délivrée à l'enfant. Au demeurant, l'une des mentions les plus commentées du formulaire précise :

---

<sup>1</sup> L'hypothèse concerne surtout ici l'enfant né d'un premier mariage qui, par l'effet de l'adoption d'un régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au dernier défunt, pourrait voir ses droits successoraux significativement menacés si le changement venait à se réaliser.

<sup>2</sup> Arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. JUSC1633188A.

*« Je suis informé(e) que j'ai le droit d'être entendu(e), par le juge ou par une personne désignée par lui, pour que mes sentiments soient pris en compte pour l'organisation de mes relations avec mes parents qui souhaitent divorcer ».*

Ce faisant, comme il a été dit précédemment, le droit à l'information apparaît, tant pour l'enfant que pour les créanciers, comme un moyen d'évincer la déjudiciarisation au profit d'un retour du juge.

### **C. Le droit à un recours**

**263.** Les tiers pourraient enfin exploiter un véritable droit à un recours, afin de contester la situation juridique nouvellement créée par le processus de déjudiciarisation. Deux actions pourraient ici être sollicitées, la première visant à rendre l'acte inopposable au tiers (1), la seconde poursuivant plus radicalement l'anéantissement de l'acte (2).

#### **1. L'action paulienne**

**264.** L'action paulienne connaîtra peut-être un regain d'intérêt en raison de l'essor de la déjudiciarisation. Il paraît désormais admis que les processus actuels de déjudiciarisation s'accompagnent d'un développement corrélatif du contrat<sup>1</sup>. Même en admettant ce postulat, il convient de procéder à une distinction entre les contrats issus d'un processus de négociation qui font l'objet d'une homologation du juge (a) et ceux qui ne conservent qu'une valeur conventionnelle (b).

a. L'accord ne faisant pas l'objet d'une homologation ou d'une constatation judiciaire

**265.** Dans les matières où une déjudiciarisation a eu lieu et où les personnes en conflit concluent un contrat qui n'est pas homologué, parce que la loi ne l'a pas prévu<sup>2</sup> ou en raison d'un choix laissé aux contractants<sup>3</sup>, les créanciers paraissent disposer de la faculté d'utiliser l'action paulienne lorsque l'acte porte atteinte à leurs intérêts. On peut songer ici à tout accord

---

<sup>1</sup> *V. supra* I.

<sup>2</sup> Ex. en matière de divorce par consentement mutuel.

<sup>3</sup> En matière de modes alternatifs de règlement des différends.

issu d'un processus amiable de résolution des différends, tels que la médiation, la conciliation ou la procédure participative, mais aussi à la convention de divorce par consentement mutuel. Il suffit pour s'en convaincre de songer à l'hypothèse déjà évoquée d'un époux marié sous un régime séparatiste qui ferait le choix de divorcer et de se mettre d'accord avec son épouse pour une liquidation faisant basculer la plupart des biens communs dans le patrimoine de Madame, afin de restreindre le droit de gage de ses créanciers. On saisit d'emblée qu'une telle opération ne manque pas de danger pour l'époux qui perd, par définition, ses droits sur les biens attribués à son ex-femme. Pour autant, à supposer qu'une telle liquidation frauduleuse vienne à se réaliser, l'on peut imaginer ici que le créancier pourrait solliciter l'inopposabilité de la convention de divorce dans le cadre d'une action paulienne, à condition d'agir dans les délais fixés par le droit commun.

Il est classiquement admis en doctrine que l'accord amiable ne faisant pas l'objet d'une homologation ou d'une simple constatation judiciaire ne bénéficie évidemment pas de l'autorité de la chose jugée. Un tel accord n'a qu'un effet relatif et ne saurait engager les tiers, quoique créant une situation juridique qui leur est opposable<sup>1</sup>. Le constat s'avère au demeurant semblable si l'accord constitue une transaction, laquelle se singularise par la présence de concessions réciproques, dès lors que ce contrat demeure soumis aux dispositions du droit commun. Ainsi, l'exception dite de transaction ne peut être soulevée que par les parties elles-mêmes. La soumission de l'accord au droit commun des obligations semble dès lors permettre l'utilisation d'une éventuelle action paulienne.

#### b. L'acte soumis au juge

**266.** La principale difficulté concerne manifestement l'accord soumis au juge, car plusieurs modalités aux contours finalement assez incertains semblent exister. L'accord peut être soumis au juge en vue d'une simple constatation ou dans le but d'être homologué, sans que l'office exact de juge de l'homologation ne soit parfaitement défini.

**267.** *Quand l'accord est soumis au juge aux fins de constatation*, la situation juridique s'avère relativement bien balisée. Le juge n'intervient alors pas véritablement en exerçant une pleine fonction juridictionnelle mais davantage comme un officier public, dans le but d'accroître

---

<sup>1</sup> V. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Rép. Dalloz Proc. civile, V° Médiation et conciliation*, n° 158.

l'autorité de la décision et de lui conférer force exécutoire. Son intervention permet de conférer l'authenticité à l'accord des parties et concerne donc la force probante de l'acte<sup>1</sup>. Le contrôle exercé demeure très restreint et purement formel ce qui a pour conséquence de maintenir la nature contractuelle de l'accord. La remarque vaut aussi bien pour les accords intervenus en cours d'instance que pour les accords conclus dans un cadre extra-judiciaire qui se trouvent soumis à la constatation du juge. Dans cette hypothèse, l'utilisation par les tiers d'une action paulienne ne devrait pas poser de difficulté, à condition bien sûr que la situation juridique issue de l'accord qui leur est opposée résulte d'une fraude et leur cause un préjudice.

**268.** *Quand l'accord est soumis à l'homologation du juge*, la situation devient bien plus compliquée, en raison de l'incertitude qui pèse sur la portée exacte de l'intervention du juge<sup>2</sup>. En matière de conciliation, alors que l'article 129-1 du Code de procédure civile dispose que les parties peuvent demander au juge de constater leur conciliation, une appréciation judiciaire plus large concerne désormais l'homologation des accords issus d'une conciliation faite par un conciliateur de justice. Le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 a inséré à l'article 131 du Code de procédure civile une formulation devenue classique en matière de mode amiable de résolution des différends, en disposant que :

*« A tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation relève de la matière gracieuse ».*

La formule ici employée, selon laquelle l'homologation de l'accord relève de la matière gracieuse, se retrouve également au sujet de la médiation judiciaire<sup>3</sup>. La doctrine a pu considérer que la décision du juge « n'est en l'espèce ni une décision contentieuse, ni une simple décision d'administration judiciaire, mais un acte intermédiaire »<sup>4</sup>. Une telle incertitude quant à la qualification juridique ne facilite évidemment pas la sécurité juridique des tiers.

---

<sup>1</sup> M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 165 s.

<sup>2</sup> Pour un refus de l'action paulienne dirigée contre une convention de divorce par consentement mutuel homologuée, *cf.* Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 nov. 2011, n° 10-28.802, *RTD civ.* 2012, p. 98, obs. J. Hauser.

<sup>3</sup> CPC, art. 131-12, *réd.* D. n° 2016-514 du 26 avril 2016.

<sup>4</sup> M. Douchy-Oudot et C. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 152.



La faculté de soumettre l'accord issu d'un mode amiable de résolution des différends, est consacrée dans le fameux Livre cinquième du Code de procédure civile<sup>1</sup> au sujet de la médiation conventionnelle<sup>2</sup>, de la conciliation conventionnelle<sup>3</sup> et de la procédure participative<sup>4</sup>. Il faut se tourner vers les dispositions communes aux différents modes de résolution amiable pour que l'étendue de l'appréciation judiciaire fasse l'objet d'une précision, l'article 1565 du Code de procédure civile disposant que :

*« L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ».*

Est-ce à dire dès lors que cette homologation ne constituerait en définitive qu'une simple constatation de l'accord visant à lui conférer une force exécutoire et supposant un contrôle purement formel du magistrat ? On mesure ici l'importance de la qualification pour déterminer la nature juridictionnelle ou contractuelle de l'accord homologué et, partant, pour préciser la position juridique des tiers face audit accord.

En faveur de la qualification contractuelle, la lettre de l'article 1565 du Code de procédure civile semble bien limiter l'intervention du juge à la simple délivrance de la force exécutoire.

Inversement, l'article 1566 du Code de procédure civile semble plutôt inviter à retenir une qualification juridictionnelle en disposant, en son troisième alinéa, que :

*« La décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse ».*

La doctrine considère que le juge, dans le cadre de l'article 1565 du Code de procédure civile, ne fait que contrôler la régularité formelle du constat d'accord et que l'instance en homologation traduit son *imperium*<sup>5</sup>. Ainsi, l'appel prévu à l'article 1566 du Code de procédure civile ne porte que sur la décision d'homologation et non sur le contenu de

---

<sup>1</sup> Livre cinquième du Code de procédure civile : la résolution amiable des différends, issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012.

<sup>2</sup> CPC, art. 1534.

<sup>3</sup> CPC, art. 1541.

<sup>4</sup> CPC, art. 1557.

<sup>5</sup> N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, éd. Dalloz, spéc. n° 132.35.

l'accord, dont la contestation relèverait donc bien du droit commun des obligations<sup>1</sup>, rendant possible l'action paulienne, laquelle nécessite évidemment que ses conditions propres de mise en œuvre se trouvent réunies.

L'action paulienne constitue un mécanisme singulièrement intéressant car, grâce à la sanction de l'inopposabilité, elle permet de protéger les droits des tiers souffrant d'une fraude sans pour autant anéantir l'acte.

## 2. L'action en nullité

**269.** L'action en nullité constitue bien évidemment une perspective aux effets plus radicaux que l'action paulienne, puisqu'il s'agit ici de faire prononcer la nullité de l'acte.

Des jurisprudences, rendues il est vrai avant la réforme opérée par la loi du 23 juin 2006, ont admis que l'enfant qui avait été dissimulé puisse agir en nullité de la convention modificative<sup>2</sup>, même à la suite d'une homologation de cet acte<sup>3</sup>. Encore faut-il que la dissimulation constitue véritablement une fraude<sup>4</sup>. De manière générale, la tendance jurisprudentielle a plutôt consisté à faire perdurer la validité des actes, tout en corrigeant les excès dans l'exercice de la liberté conventionnelle en dehors d'un cadre judiciaire, grâce à des actions en partage complémentaire par exemple<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> N. Fricero et *alii.*, *op. cit.*, n° 132.36 et 132.37.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2000, n° 98-19.147; *D.* 2001.1496, note T. Garé; *JCP G.* 2002, I, 103, n° 9, obs. G. Wiederkher; *Rép. Def.* 2001.604, obs. J. Massip; *Dr. fam.* 2001, comm. n° 32, obs. B. Beignier; *RTD civ.* 2001, 120, obs. J. Hauser; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 1997, n° 94-20.276; *RTD civ.* 1997, 985, obs. B. Vareille; *JCP éd.* 1997, II, 22912, note E. Paillet; *D.* 1997, 273, rapp. X. Savatier; *Rép. Def.* 1997, 420, obs. G. Champenois.

<sup>3</sup> La jurisprudence considère en effet que l'homologation judiciaire laissant subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux, la convention des parties peut être annulée pour des causes qui lui sont propres (Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 1997, n° 94-20.276; *RTD civ.* 1997.985, obs. B. Vareille; *JCP* 1997, II, 22912, note E. Paillet; *D.* 1997, 273, rapp. X. Savatier).

<sup>4</sup> Refus d'une telle action en nullité dès lors que le changement envisagé n'induit aucun avantage pour l'un ou l'autre des époux et n'a pas eu pour but de faire échec aux droits successoraux de l'enfant: Civ. 1<sup>re</sup>, 17 fév. 2010, n° 08-14.441, *D.* 2010, 582, obs. V. Egéa; *Rép. Def.* 2010, 1159, note J. Massip; *RDC* 2010, 941, obs. C. Goldie-Genicon.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 2012, n° 11-19.098, *Bull. civ.* 2012, I, n° 258; *Dr. fam.* 2013, com. n° 27, note V. Larribau-Terneyre; *RTD civ.* 2013, 95, obs. J. Hauser; *RTD civ.* 2013, 657, obs. B. Vareille; *Rép. Déf.* 2013, 413, obs. J. Massip; *JCP N* 2013, 1101, note M. Nicod; *adde* déjà, jugeant qu'une nouvelle convention n'était pas nécessaire: Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 janv. 2000, *Bull. civ.* 2000, II, n° 18; *Dr. fam.* 2000, com. n° 86, note H. Lécuyer; *RTD civ.* 2000, 553, obs. J. Hauser.

Là encore, comme ce qui a précédemment été décrit au sujet de l'action paulienne, la tendance jurisprudentielle évoquée tend à protéger les droits des tiers, tout en maintenant dans la mesure du possible la validité de l'acte.

## Section 2 : Droit des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière pénale

Florian ENGEL et Jean-Baptiste PERRIER

**270. La rupture de la déjudiciarisation.** Il ne fait aucun doute que la déjudiciarisation constitue une véritable rupture conceptuelle vis-à-vis du modèle traditionnel de justice pénale, dans lequel l'infraction donne lieu à une condamnation prononcée contre l'auteur des faits, par une juridiction pénale statuant sur la culpabilité. Cette rupture s'explique aisément, au regard de l'objectif et de l'intérêt du mode déjudiciarisé, qualifié d'alternative aux poursuites, à savoir l'existence d'un accord, à tout le moins d'un engagement de la part de l'intéressé à exécuter certaines mesures proposées par le procureur de la République, le plus souvent par un délégué. L'exécution de ces mesures, soit par une démarche passive<sup>1</sup>, soit le plus souvent par une démarche active, conduit alors à une décision de classement sans suite dans le cadre des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale, ou à l'extinction de l'action publique dans le cadre d'une transaction pénale, d'une composition pénale ou encore d'une convention judiciaire d'intérêt public. La déjudiciarisation en matière pénale renvoie à l'évidence au caractère amiable des modes de règlement des conflits, des faits de faible gravité trouvant ainsi une réponse dans un cadre apaisé, moins coûteux et s'écartant de la voie judiciaire traditionnelle.

**271. Une rupture inaboutie.** Sans doute, le législateur n'a pas réussi, pour le moment, à assumer totalement cette rupture, puisqu'il n'a pas supprimé purement et simplement l'intervention du juge. En effet, les modes déjudiciarisés n'évincent pas toute intervention du juge qui vient, dans la plupart des cas, homologuer l'accord, fruit de la mesure déjudiciarisée<sup>2</sup>. Ce rôle conservé du juge est souvent présenté comme une nécessité, au regard des mesures susceptibles d'être mises en œuvre, mais aussi au regard de l'impératif contrôle du respect des droits des personnes à qui de telles mesures sont proposées<sup>3</sup> ; en témoigneraient les décisions

---

<sup>1</sup> Notamment lorsqu'il est procédé à un rappel à la loi, prévu par l'article 41-1, 1<sup>o</sup>, du code de procédure pénale ; si le délégué du procureur fait un rapport à la suite du rappel effectué, pour attester du comportement ou de l'attitude de l'intéressé, ce dernier n'a pas à accomplir une mesure particulière.

<sup>2</sup> La présence du juge dans les mesures déjudiciarisées fait d'ailleurs débat, tel qu'en témoigne le rapport « Amélioration et simplification de la procédure pénale », *Chantiers de la justice*, Rapport du Ministère de la justice, janv. 2018.

<sup>3</sup> Pour certains, « cette immixtion d'un magistrat du siège n'a pas d'autre objet que de garantir les droits de la personne impliquée », J.-P. Céré, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *AJ Pénal* 2003, p. 48.

rendues par le Conseil constitutionnel, à propos de l'injonction pénale<sup>1</sup> ou de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité<sup>2</sup>, quoique cette dernière ne soit pas un procédé déjudiciarisé, mais aussi les débats parlementaires tenus à l'occasion de l'introduction de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale<sup>3</sup>. Toutefois, l'importation de l'amende forfaitaire parmi les modes susceptibles d'être mis en œuvre à la suite de la commission d'un délit témoigne peut-être d'une nouvelle approche et d'un recul possible du rôle du juge<sup>4</sup>, ce qui pose, s'il le fallait, la question du respect des droits des personnes concernées.

**272. Déjudiciarisation et respect des droits.** Aussi vertueux puisse-t-il être, dès lors qu'il n'est pas recherché pour des motifs uniquement budgétaires, l'évitement de la voie judiciaire traditionnelle implique *de facto* l'inapplication des droits prévus dans le cadre du procès. Or, qu'il s'agisse d'une transaction pénale, d'une composition pénale, ou d'une convention judiciaire d'intérêt public, où le juge n'intervient que pour valider ou homologuer l'accord, sans statuer sur sa culpabilité et sans que sa décision revête les qualités d'un jugement de condamnation, ou qu'il s'agisse des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale ou de l'amende forfaitaire, les procédés déjudiciarisés en matière pénale supposent tous une renonciation à certains droits, ne serait-ce que le droit d'accès au juge. Ils posent surtout la question du respect des autres droits, le plus souvent attachés à la qualité de partie.

Ces différentes mesures étant mises en œuvre à la place des poursuites<sup>5</sup>, le procureur de la République, l'auteur et, le cas échéant, la victime, ne sont en effet pas parties à la procédure

---

<sup>1</sup> Cons. constit., 2 février 1995, 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, spéc. consid. n° 6, où le Conseil indique 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 ; *D.* 1995, p. 171, note J. Pradel ; *ibid.*, p. 201, note J. Volff ; *RFDC*, 1995, p. 405, obs. Th. S. Renoux ; *Justices*, 1995, p. 302, note Y. Mayaud ; *LPA*, 20 octobre 1995, p. 4, comm. B. Mathieu et M. Verpeaux.

<sup>2</sup> Cons. constit., 2 mars 2004, 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, spéc. consid. n° 107, où le Conseil observe que le juge « pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire » pour considérer que la procédure ne méconnaît pas le droit à un procès équitable ; *D.* 2004, p. 2756, obs. B. de Lamy ; *JCP G*, 2004, II 10049, note J.-Cl. Zarka ; *RSC*, 2005, p. 122, obs. V. Bück ; *RTD civ.* 2005, p. 553, obs. R. Encinas de Munagorri.

<sup>3</sup> V. notamment les débats du 5 juin 2014, à propos de l'article 15 ter de la loi et alors que l'intervention du juge n'était pas encore prévue, en particulier la critique du député Serge Coronado qui observait que « cette composition pénale simplifiée n'est en l'état pas encadrée par un juge indépendant ».

<sup>4</sup> V. les articles 495-17 et s. du c. pr. pén., introduits par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle ; v. également les propositions d'extension de cette procédure à de nouveaux délits, dans le cadre des *Chantiers de la justice*.

<sup>5</sup> Si les mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale n'éteignent pas l'action publique, il apparaît toutefois qu'en pratique, elles donnent lieu quasi systématiquement à un classement sans suite, de telle sorte

pénale à proprement parler, puisque l'action publique n'est pas mise en mouvement ; ils peuvent pourtant être parties à l'accord conclu, lorsque le procédé donne lieu à la conclusion d'un accord, et il convient alors de vérifier que le procédé déjudiciarisé permet d'assurer le respect des droits de ces parties (I). Aux côtés des parties concernées par le procédé, d'autres personnes, tiers au procédé déjudiciarisé, peuvent également être affectées par lui ou avoir un intérêt à ne pas en être totalement exclues ; il convient ici encore de vérifier quelle est la protection offerte aux droits des tiers (II).

## **I. Les droits des parties aux modes déjudiciarisés en matière pénale<sup>1</sup>**

**273. Délimitation des parties concernées par un mode déjudiciarisé.** Les différents procédés déjudiciarisés reposent sur un accord conclu entre le procureur de la République, par l'intermédiaire d'un délégué ou d'un officier de police judiciaire, d'une part, et l'auteur des faits, d'autre part, voire sur une simple proposition du premier ou une mesure décidée par lui<sup>2</sup>. Sont donc parties à un mode déjudiciarisé le ministère public et l'auteur des faits et la question posée se précise ici quant aux droits de ces parties. Le ministère public est toutefois dans une situation particulière, ne renonçant à aucun droit et ne disposant dans le procès pénal d'aucun droit substantiel<sup>3</sup> ; s'il dispose de prérogatives, au premier rang desquelles celle de décider de l'orientation des poursuites, le procureur ne voit pas ses droits atteints par le procédé déjudiciarisé, non seulement car il décide lui-même de la mise en œuvre d'un tel procédé, mais aussi car il n'a pas de « droit » susceptible d'être ainsi atteint. Il apparaît alors que la protection des droits des parties à un procédé déjudiciarisé s'entend de la protection des droits de l'auteur des faits, de la personne à qui une transaction pénale ou une composition pénale est proposée, ou encore celle qui fait l'objet d'une mesure de l'article 41-1 ou d'une amende forfaitaire (A). Il ne faut pas pour autant exclure totalement la victime : si la victime n'est pas partie à la transaction pénale, pas plus qu'à la composition pénale<sup>4</sup> ou à la

---

qu'elles constituent bien des alternatives factuelles : il faut par ailleurs réserver l'hypothèse prévue par l'article 180-2 du code de procédure pénale, permettant de recourir à une convention judiciaire d'intérêt public en cours d'instruction.

<sup>1</sup> La première partie de cette étude a été rédigée par M. Jean-Baptiste Perrier.

<sup>2</sup> L'on pense ici au rappel à la loi, procédé décidé par le procureur de la République sans qu'un accord soit nécessairement conclu ; le comportement de l'auteur est néanmoins apprécié, notamment sur le point de savoir s'il a compris les obligations résultant de la loi, ce qui suppose une certaine adhésion de sa part.

<sup>3</sup> Il n'est en effet pas possible de considérer que le procureur aurait un « droit à la sanction » de l'auteur des faits.

<sup>4</sup> La chambre criminelle a indiqué sur ce point que, même lorsque la composition pénale prévoyait l'indemnisation de la victime, aucune transaction n'est conclue par elle de telle sorte que sa demande d'indemnisation est recevable, *Crim.*, 24 juin 2008, *Bull. crim.* n° 162 ; *Gaz. Pal.* 28 septembre 2008, p. 7, note

convention judiciaire d'intérêt public, où elle n'est que tiers à l'accord conclu<sup>1</sup>, elle est en revanche partie à la médiation pénale, conclue en application de l'article 41-1, 5°, avec l'auteur des faits. Il convient donc d'étudier dans quelle mesure cette médiation préserve, ou non, les droits de la victime (B).

### A. La protection des droits de l'auteur des faits

**274. Une protection disparate des droits du suspect.** Les procédés déjudiciarisés ne peuvent être sans conséquence quant aux droits de l'auteur, en ce qu'ils impliquent nécessairement une renonciation au droit d'accès au juge et, dans une certaine mesure, une renonciation à la présomption d'innocence<sup>2</sup>. Sur ce second point, il apparaît en effet que la culpabilité de l'auteur n'est pas établie par une juridiction de jugement, mais qu'une mesure est mise en œuvre après la reconnaissance, explicite ou implicite, des faits par l'auteur de l'infraction. **Les entretiens réalisés dans le cadre de cette mission de recherche ont toutefois confirmé le fait que les différents procédés déjudiciarisés sont mis en œuvre lorsque l'infraction est établie et que la participation de l'auteur ne fait aucun doute, souvent en raison de ses déclarations faites au cours d'une garde à vue ou d'une audition libre<sup>3</sup>.** Ainsi, plus qu'une renonciation à sa présomption d'innocence, entendue dans son acception processuelle, la renonciation de l'auteur porte sur le droit d'accès au juge, entendu de la possibilité de comparaître devant lui pour qu'il statue sur sa culpabilité. Si l'on comprend les raisons qui peuvent pousser l'auteur des faits à renoncer à un tel droit pour lui préférer une solution alternative<sup>4</sup>, il convient toutefois de s'assurer que cette renonciation est faite dans le respect des droits de la défense (1), et qu'elle n'est pas définitive (2), ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés.

---

S. Detraz ; *AJ Pénal*, 2008, p. 422, note C. Saas ; *Droit pénal*, 2008, comm. 147, obs. A. Maron et M. Haas ; *D.* 2009, p. 44, obs. P. Chaumont et E. Degorce.

<sup>1</sup> Sur cette question de la protection des droits de la victime, tiers à l'accord conclu, v. *infra* n° 21 et les développements réalisés par F. Engel.

<sup>2</sup> Certains ont pu considérer que la contractualisation de la matière pénale se traduisait par des procédés de gestion des conflits ayant pour effet de transformer la présomption d'innocence en un droit disponible auquel chacun peut renoncer ; v. en ce sens B. de Lamy, « Procédure et procédés », in *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 163.

<sup>3</sup> Les magistrats du parquet sont unanimes sur ce point.

<sup>4</sup> Il s'agit alors d'un consentement substitutif, défini par le Professeur Pin comme « la manifestation de volonté par laquelle le justiciable accepte la proposition des autorités répressives de remplacer les règles normalement applicables, condition de la mise en œuvre par les autorités répressives d'une option légale », X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, n° 701.

## 1. Droits de la défense

**275. L'insuffisante garantie du droit à l'information.** S'agissant des droits du suspect, une première différence peut être observée concernant l'information qui lui est délivrée, quant à l'infraction à la suite de laquelle le procédé déjudiciarisé est proposé. La nécessité d'une information relative à la nature des faits reprochés constitue pourtant une garantie d'intégrité du consentement donné<sup>1</sup> ; cette exigence dépasse d'ailleurs le seul champ de la déjudiciarisation pour s'appliquer à l'ensemble de la matière pénale, s'entendant d'un droit à être informé de la nature des accusations<sup>2</sup>. L'existence d'une accusation, certes particulière lors de la proposition d'une mesure déjudiciarisée, conduit dès lors à envisager le respect de cette exigence.

En matière de composition pénale, l'on observe que l'article R. 15-33-40 du code de procédure pénale indique que, lors de la proposition des mesures, le procès-verbal établi en application de l'article 41-2 du même code doit préciser « la nature des faits reprochés ainsi que leur qualification juridique », de telle sorte que l'exigence paraît remplie. L'article R. 15-33-60-2 du même code est encore plus exigeant, puisqu'il indique que la proposition de convention judiciaire d'intérêt public doit comporter « un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée ». La procédure applicable à l'amende forfaitaire ne pose pas plus de difficultés, puisque l'avis mentionne l'infraction en cause<sup>3</sup>.

En revanche, en matière de transaction pénale, la quasi-totalité des dispositions relatives aux différentes transactions spéciales restent silencieuses sur une telle information, tout comme l'article 41-1-1 du code de procédure pénale ; la plupart d'entre elles se contentent de prévoir que la proposition de transaction précise « la somme que l'auteur de l'infraction sera invité à payer au Trésor public, le délai imparti pour son paiement et, s'il y a lieu, les autres obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction »<sup>4</sup>. Seuls les articles D. 1-1 du code de procédure pénale, applicable à la transaction du Défenseur des droits, et R. 173-2 du

---

<sup>1</sup> « Pour que sa volonté soit éclairée, l'individu doit avoir la garantie de disposer de toutes les informations nécessaires à une renonciation réfléchie », R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, n° 476.

<sup>2</sup> Exigence prévue notamment par l'article 6 § 3, a), de la Convention EDH, ou par l'article préliminaire, III, alinéa 2, du code de procédure pénale.

<sup>3</sup> Art. R. 49-1 du c. pr. pén. (contraventions) ; D. 45-4 et D. 45-5 (délits).

<sup>4</sup> Art. R. 141-3 c. conso.; art. R. 470-6 c. com.; dans une terminologie similaire, art. L. 1721-4 c. transp..



code de l'environnement<sup>1</sup> se distinguent, en ce qu'ils prévoient une information plus substantielle : dans ces hypothèses, la proposition de transaction précise, notamment, la nature des faits reprochés et leur qualification juridique, ainsi que la nature et le *quantum* des mesures proposées. De telles informations sont opportunes, en ce qu'elles sont une garantie d'intégrité du consentement de l'intéressé<sup>2</sup>, lequel serait donné en connaissance de cause. Pour les autres hypothèses transactionnelles ou pour les mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale, s'il apparaît qu'en pratique l'auteur des faits est informé de l'infraction sur laquelle porte la transaction, notamment lorsque celle-ci a lieu en cours d'audition, les dispositions applicables sont insuffisamment précises au regard du droit d'être informé de la nature des faits reprochés.

Cette difficulté est loin d'être seulement théorique : elle a conduit le Conseil d'Etat à annuler le décret du 13 octobre 2015 portant application de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale<sup>3</sup>. Selon le juge administratif, « ni l'article 41-1-1 du code de procédure pénale ni les dispositions de ce code introduites par le 1<sup>o</sup> de l'article 1<sup>er</sup> du décret attaqué ne prévoient que la personne à qui est proposée la transaction soit dûment informée de la nature des faits reprochés ainsi que de leur qualification juridique », de telle sorte que « le 1<sup>o</sup> de l'article 1<sup>er</sup> du décret méconnaît le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>4</sup>. Cette décision ne peut être qu'approuvée, au regard du nécessaire respect des droits de la défense, lequel ne saurait être moins assuré en raison du recours à un procédé déjudiciarisé.

**Le constat de cette protection disparate et le rappel de cette exigence appellent dès lors à une évolution des dispositions applicables, en vue d'une consécration du droit à l'information portant sur « la nature des faits reprochés ainsi que leur qualification juridique ».**

**276. L'absence de garantie du droit à l'interprète et à la traduction.** Pour que l'information délivrée à l'intéressé soit utile, encore faut-il qu'elle lui soit donnée dans une

---

<sup>1</sup> Introduit par le décret n° 2014-368 du 24 mars 2014 relatif à la transaction pénale prévue par l'art. L. 173-12 du code de l'environnement ; sur ce texte, v. nos obs. « Progrès et regrets concernant le droit à l'information en matière de transaction pénale », *D.* 2014. 998.

<sup>2</sup> Sur ce point, E. Raschel, « Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJ Pénal* 2016, p. 463.

<sup>3</sup> Décret n° 2015-1272 du 13 octobre 2015 pris pour l'application des articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure ; sur ce texte, v. nos obs., « Décret relatif à la transaction pénale : entre déception(s) et consolation », *D.* 2016, p. 135.

<sup>4</sup> CE, 24 mai 2017, n° 395321 ; sur cette décision, S. Cimamonti, « Le Conseil d'Etat et la transaction pénale par officier de police judiciaire : acte 2 », *Lexbase éd. priv.* 2017, n° LXB : A8527WD ; F. Engel, « Un pas de plus vers la mise en conformité aux droits de la défense », *AJ Pénal* 2017, p. 409.

langue qu'il comprend. Si la volonté d'assurer la compréhension par l'intéressé du déroulement et des documents essentiels à la procédure a conduit à la modification de l'article préliminaire du code de procédure pénale pour prévoir largement ce droit<sup>1</sup>, le décret du 25 octobre 2013 a semblé en exclure les procédés déjudiciarisés. Le texte a en effet réservé le droit à un interprète aux auditions et interrogatoires<sup>2</sup> ; il a par ailleurs limité le droit à la traduction des documents essentiels aux procédures susceptibles de donner lieu à un jugement de condamnation ou valant condamnation, ce qui exclut les alternatives aux poursuites<sup>3</sup>. Si les personnes à qui l'on proposerait une mesure de l'article 41-1, une composition pénale ou une transaction pénale<sup>4</sup> lors ou à l'issue d'une garde à vue peuvent donc bénéficier d'une telle assistance, l'on ne peut que regretter cette délimitation.

Afin de garantir l'intégrité du consentement donné, il convient de veiller, lors de la mise en œuvre du procédé déjudiciarisé et non pas seulement lors de l'audition ou de la garde à vue, à ce que la proposition soit faite dans une langue que l'intéressé comprend, pour que ce dernier ait bien connaissance de l'infraction reprochée ainsi que la nature des mesures proposées et leur durée. Si les entretiens réalisés avec les professionnels concernés ont révélé que ceux-ci n'hésitent pas à avoir recours à un interprète chaque fois que nécessaire, **il serait souhaitable que les dispositions applicables évoluent pour prévoir notamment la traduction de la proposition, mais aussi la traduction des informations portant sur les droits dont bénéficie l'intéressé à qui un procédé déjudiciarisé est proposé.**

**277. L'insuffisante information du droit à l'assistance d'un avocat.** Une différence tout aussi remarquable peut encore être observée s'agissant du droit à l'assistance d'un avocat, l'intervention de ce dernier étant également une garantie de l'intégrité du consentement de l'intéressé. Il ne fait aucun doute que l'intéressé à qui une mesure déjudiciarisée est proposée bénéficie d'un tel droit, puisque celui-ci est reconnu à toute personne suspectée d'avoir commis une infraction ; toutefois, l'effectivité de ce droit suppose une correcte information de

---

<sup>1</sup> Article 4 de la 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, *JORF* du 6 août 2013, p. 13338 ; la loi transpose ainsi la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* du 26 octobre 2010, L 280/1.

<sup>2</sup> Articles D. 594-1 à D. 594-5 du code de procédure pénale issus du décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale, *JORF* du 27 octobre 2013, p. 17550.

<sup>3</sup> Le décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 vise les décisions statuant sur l'action publique et portant condamnation, prononcées ou homologuées par une juridiction, embrassant ainsi les décisions rendues suite à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

<sup>4</sup> Rappelons toutefois que la transaction pénale ne peut, à ce jour, être proposée, depuis l'annulation du décret d'application par le Conseil d'Etat le 24 mai 2017 ; *cf. supra* n° 275.

l'intéressé et l'on observe sur ce point que les dispositions applicables prévoient de façon très inégale l'information quant à ce droit.

De manière opportune, l'article 41-2 du code de procédure pénale prévoit que « la personne à qui est proposée une composition pénale est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du procureur de la République ». De même, s'agissant de la convention judiciaire d'intérêt public, l'article R. 15-33-60-2 du code de procédure pénale prévoit que « le procureur de la République indique à la personne morale la possibilité de se faire assister par un avocat ». L'article 41-1-2, I, du même code prévoit également que les représentants de la personne morale à qui une telle convention est proposée « sont informés, dès la proposition du procureur de la République, qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat avant de donner leur accord à la proposition de convention » ; la distinction tient ici au fait que l'article 41-1-2 prévoit l'assistance des représentants de la personne morale après avoir rappelé que ceux-ci restaient responsables pénalement, de telle sorte que le droit à l'avocat visé par ce texte est celui des représentants.

En revanche, l'on constate, avec regret, l'absence de prévision en ce sens en matière de transaction pénale ou encore s'agissant des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale, mais aussi s'agissant de l'amende forfaitaire<sup>1</sup> : les différentes hypothèses, dans leur quasi-totalité, ne prévoient aucune information quant au droit à l'assistance d'un avocat. Seul l'article 28, II, alinéa 4, de la loi organique du 29 mars 2011 prévoit que « la personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du Défenseur des droits »<sup>2</sup>. Les autres dispositions restent silencieuses. Or, compte tenu du caractère répressif des mesures acceptées par l'intéressé, le droit à l'assistance d'un avocat doit être effectif, peu important le caractère consensuel ou non de la sanction. Certes, dans le délai imparti, l'intéressé qui se voit proposer un règlement transactionnel peut, de sa propre initiative, demander conseil auprès d'un avocat<sup>3</sup>. Mais l'effectivité de ce droit suppose que cette possibilité soit portée à la connaissance de la personne concernée. De nouveau, une telle exigence n'est pas seulement un vœu pieu, il s'agit bel et bien d'une condition de la conformité du procédé déjudiciarisé aux droits fondamentaux de l'auteur des faits. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion d'indiquer, dans une

---

<sup>1</sup> Les articles 495-17 et s. ne font aucune référence à l'avocat, pas plus que le décret n° 2017-429 du 28 mars 2017.

<sup>2</sup> L. org. n° 2011-333 relative au Défenseur des droits, *JORF* 30 mars 2011, p. 5497.

<sup>3</sup> Une telle assistance peut d'ailleurs être prise en charge au titre de l'aide juridictionnelle, puisque, suite à la modification opérée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, l'article 10 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 prévoit que cette aide « peut être accordée pour tout ou partie de l'instance ainsi qu'en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ».

décision du 23 septembre 2016 et à propos de la transaction prévue par l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, que « les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître les droits de la défense, autoriser qu'une transaction soit conclue sans que la personne suspectée d'avoir commis une infraction ait été informée de son droit à être assistée de son avocat avant d'accepter la proposition qui lui est faite »<sup>1</sup>. Cette décision rappelle que, quel que soit le procédé déjudiciarisé, l'auteur doit être informé de son droit à l'assistance d'un avocat.

De nouveau, lorsque l'information quant au droit à l'assistance d'un avocat n'est pas prévue, **il serait souhaitable que les dispositions applicables évoluent pour prévoir notamment l'information de l'intéressé à qui un procédé déjudiciarisé est proposé de son droit à l'assistance d'un avocat.**

**278. L'inégale prévision du droit à bénéficier d'un délai.** Une dernière différence peut être relevée s'agissant du droit à bénéficier d'un délai pour préparer sa défense<sup>2</sup>, lequel prend un sens particulier s'agissant des procédés déjudiciarisés puisque l'auteur des faits n'est pas, à proprement parler, dans une situation de défense au sens traditionnel. Pour autant, ce droit à disposer d'un délai n'est pas écarté par la mise en œuvre d'un tel procédé ; il se doit d'être adapté à la dynamique de la déjudiciarisation et il s'entend alors du droit à un délai de réflexion, indispensable pour que l'intéressé puisse sereinement réfléchir à la proposition qui lui est faite. Face à une telle exigence, l'on remarque avec satisfaction que les dispositions applicables à la composition pénale ou aux transactions spéciales prévoient un tel délai au bénéfice de l'intéressé<sup>3</sup> ; de même, les délais de paiement prévus en matière d'amende forfaitaire peuvent permettre cette réflexion, quoique l'intéressé ne puisse pas, à proprement parler, refuser ce procédé qui ne lui est pas proposé mais qui est appliqué.

---

<sup>1</sup> Cons. const., 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC, *D.* 2016, p. 2545, nos obs. ; *AJDA* 2016, p. 1779 ; *Constitutions* 2016, p. 642, chron. A. Ponseille ; *RSC* 2017, p. 389, obs. B. de Lamy ; *AJ Pénal* 2016, p. 546, obs. F. Engel.

<sup>2</sup> Exigence prévue notamment par l'article 6 § 3, b) de la Convention EDH, ou par l'article 14, § 3, b, du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques.

<sup>3</sup> Ainsi, en matière de composition pénale, l'article R. 15-33-49 du code de procédure pénale prévoit que « la personne à qui est proposée une composition pénale peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître sa décision ». S'agissant des transactions spéciales, un délai d'un mois est offert à l'intéressé pour renvoyer la proposition de transaction signée ; un tel délai est prévu par le code de l'environnement (art. R. 216-17, al. 2), par le code forestier (art. R. 161-9, alinéa 3), par le code de commerce (art. R. 470-7, al. 2), par le code de la consommation (art. R. 141-3, III, al. 2), par le code rural et de la pêche maritime (art. R. 205-5, al. 2) et par le code des transports (art. R. 4462-6 et R. 4472-2). S'agissant de la transaction proposée par le Défenseur des droits, l'article D. 1-1, I, du code de procédure pénale prévoit un délai de quinze jours ; et pour la transaction proposée par l'administration fiscale ou par l'administration douanière, l'article R. 247-3 du livre des procédures fiscales prévoit un délai de trente jours.

En revanche, les prévisions de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale n'en font pas état<sup>1</sup>, pas plus que celles de l'article 41-1 à propos des mesures alternatives, sous réserve de la médiation pénale ou le processus de médiation implique la réflexion, encadrée par le médiateur. **Dans la perspective envisagée d'une simplification de la procédure pénale, notamment par la fusion des transaction et composition pénales<sup>2</sup>, il convient de veiller à conserver ce délai de réflexion offert à l'intéressé.** Enfin, les dispositions applicables à la convention judiciaire d'intérêt public ne font pas plus état d'un délai de réflexion ; il apparaît toutefois que les négociations précédant la conclusion de tels accords durent un temps pouvant être assez important et, surtout, il ne faut pas ignorer que la personne morale concernée dispose d'un délai de rétractation qui peut être regardé comme un délai de réflexion *a posteriori*<sup>3</sup>.

## 2. Droit d'accès au juge

**279. Droit au juge et refus de l'accord.** La déjudiciarisation, en matière civile comme en matière pénale, suppose nécessairement de renoncer au traitement judiciaire du litige ; cependant, dans la matière pénale particulièrement, le droit à un juge est une véritable garantie pour l'intéressé, une composante du droit à un procès équitable<sup>4</sup>. Un justiciable ne peut donc être privé de ce droit, mais il peut y renoncer<sup>5</sup>, comme le confirme d'ailleurs la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Si certaines composantes du procès équitable revêtent une « importance capitale »<sup>6</sup>, d'autres sont en revanche plus disponibles. S'agissant du droit à un tribunal, la Cour européenne a, dès l'origine, refusé de considérer que ce droit avait un caractère absolu<sup>7</sup>, acceptant ainsi certaines limitations

---

<sup>1</sup> Le décret du 13 octobre 2015 était également silencieux sur ce point.

<sup>2</sup> « Amélioration et simplification de la procédure pénale », *Chantiers de la justice*, Rapport du Ministère de la justice, janv. 2018.

<sup>3</sup> V. *infra* n° 280.

<sup>4</sup> « Le recours au juge est un droit fondamental. L'accès à la justice appartient à la catégorie des droits et libertés fondamentaux » : R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 290. Sur cette consécration, v. not. CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume Uni*, req. n° 4451/70, série A, n° 18, spéc. § 36, où la Cour rappelle que « le droit d'accès [à un juge] constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 ».

<sup>5</sup> Certains ont pourtant pu considérer que ce droit ne serait pas écarté par la transaction, au contraire, le droit à la justice s'appliquerait correctement à la transaction, « la fonction de transiger répondant en effet à la fonction juridictionnelle », A. Cissé, « Justice transactionnelle et justice pénale », *RSC* 2001, p. 509.

<sup>6</sup> Notamment le droit à un tribunal impartial, v. CEDH, ch., 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, req. n° 10802/84, série A n° 227, spéc. § 38, où la Cour considère, s'agissant du droit à un tribunal impartial, que son « exercice ne peut dépendre des seuls intéressés ».

<sup>7</sup> CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, préc., § 38, avec une formulation sans équivoque, « la Cour estime, en accord avec la Commission et avec la thèse subsidiaire du gouvernement, que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu ». En matière pénale, l'idée a été affirmée avec la même simplicité, « le "droit à un

apportées par les Etats au droit d'accès à un juge. L'absence de caractère absolu implique dès lors qu'il est possible de renoncer à ce droit et confirme, s'il le fallait, toute la place de la déjudiciarisation en matière pénale.

Cela étant, la Cour observe également que le droit à un tribunal revêt une « grande importance », dès lors une renonciation à ce droit justifie un « contrôle particulièrement attentif »<sup>1</sup> ; à ce titre, la Cour exige que la renonciation soit sans équivoque et sans contrainte<sup>2</sup>. L'absence de contrainte n'est pas sans renvoyer à la menace de poursuites en cas de refus de la mesure proposée. Cependant, cette menace de poursuites n'exclut pas pour autant toute possibilité de consentement ; au contraire, cette possibilité de refus et donc de retrouver le juge pénal qui statuera sur le bien-fondé de l'accusation témoignerait de la validité de la renonciation au droit au juge. En effet, la renonciation n'est pas absolue, l'intéressé peut non seulement refuser la proposition faite, mais il peut également refuser d'exécuter les mesures prévues ; il peut encore contester l'amende forfaitaire et en cas d'échec de la réclamation, contester la décision du procureur devant le président de la juridiction<sup>3</sup>. Certes, un tel refus l'expose à des poursuites pénales, mais l'on retrouve ce risque de poursuites, lesquelles auraient sans doute été mises en œuvre si le procureur n'avait pas choisi de recourir à un procédé déjudiciarisé, de telle sorte que l'on peut considérer que, pour chacun des procédés déjudiciarisés, il est valablement renoncé au droit au juge, puisque la mesure ne peut être imposée à l'intéressé et suppose son accord, au moins tacite.

**280. Droit au juge et rétractation.** A travers cette possibilité de « refus » postérieur à la conclusion de l'accord, en ce que l'intéressé peut encore choisir de ne pas exécuter les mesures proposées et pourtant acceptées, il semblerait que celui-ci bénéficie d'un droit de rétractation. Une telle conclusion serait hâtive, en ce qu'un tel droit impliquerait également la possibilité de remettre en cause l'accord conclu, même lorsque les mesures ont été exécutées ; or, tel n'est pas le cas.

---

tribunal" n'est pas plus absolu en matière pénale qu'en matière civile », CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*, série A, n° 35, § 49.

<sup>1</sup> *Idem*, où la Cour observe que « le "droit à un tribunal" revêt cependant une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire ».

<sup>2</sup> Cette même exigence se retrouve pour chaque renonciation à un droit fondamental, « un contrat ne peut emporter restriction aux droits fondamentaux d'un contractant que si ce dernier y a librement consenti », S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 241.

<sup>3</sup> Art. 495-21 et 530-1 du c. pr. pén.

L'introduction de la convention judiciaire d'intérêt public a toutefois relancé le débat autour de cette possibilité pour l'intéressé de se rétracter une fois l'accord conclu. L'article 41-1-2, II, du code de procédure pénale prévoit en effet que « si le président du tribunal rend une ordonnance de validation, la personne morale mise en cause dispose, à compter du jour de la validation, d'un délai de dix jours pour exercer son droit de rétractation »<sup>1</sup>. Peut-on pour autant considérer qu'il s'agit d'une véritable rétractation, pouvant remettre en cause l'accord conclu ? De nouveau, une réponse positive serait peut-être excessive, puisque l'exercice de ce droit ne peut conduire à remettre en cause des mesures déjà exécutées. L'article 41-1-2 précise, sur ce point, que « si la personne morale mise en cause n'exerce pas ce droit de rétractation, les obligations que la convention comporte sont mises à exécution ». Il ne s'agit pas ici de nier l'existence de ce droit, mais il convient d'en souligner la particularité<sup>2</sup>, en ce qu'il ne peut être exercé qu'avant l'exécution de mesures, et surtout de remarquer que cette rétractation n'est pas très différente de la possibilité reconnue à l'auteur ayant accepté une composition pénale ou une transaction pénale, ou à qui une mesure de l'article 41-1 est proposée, de ne pas exécuter cette mesure, même après la validation de la composition pénale ou, le cas échéant, l'homologation de la transaction, pour faire échec à l'accord conclu.

**281. Droit au juge et contestation de l'accord.** Face à un procédé déjudiciarisé qu'il ne souhaite plus exécuter, l'intéressé peut donc choisir de ne pas exécuter les mesures proposées et même déjà acceptées. Une telle possibilité lui permet donc de remettre en cause le procédé alternatif s'il le considère déséquilibré, si celui-ci a été proposé de mauvaise foi ou encore s'il a été accepté par erreur. Cela étant, cette possibilité de refus d'exécution, voire de rétractation, n'est sans doute pas satisfaisante en ce qu'elle ne peut être exercée qu'avant l'exécution des mesures prévues et surtout car elle expose l'auteur à des poursuites. Face à ces insuffisances, il serait possible d'envisager une possibilité de contester l'accord conclu, que les mesures aient été ou non exécutées, afin d'en obtenir l'annulation<sup>3</sup>.

Une telle possibilité n'est pas incongrue, puisque la transaction conclue avec l'administration peut déjà être contestée. Comme tout contrat, la transaction civile peut être remise en cause par le biais d'une action en nullité<sup>4</sup> ; par assimilation, la transaction pénale de droit spécial

---

<sup>1</sup> Cette rétractation doit être notifiée au procureur de la République par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

<sup>2</sup> L'article 41-1-2 du c. pr. pén. prévoit par ailleurs que « la proposition devient caduque », la caducité s'articulant mal avec la rétractation.

<sup>3</sup> Sur cette proposition, v. notre thèse, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, 2014, spéc. n° 745 et s.

<sup>4</sup> Il s'agit d'ailleurs d'une différence remarquable entre le contrat de transaction et le jugement, malgré l'assimilation posée par l'article 2052 du Code civil. L'impossibilité d'une voie de recours contre la transaction

peut être contestée pour les mêmes motifs et sous les mêmes réserves. En revanche, la composition pénale, la transaction pénale de droit commun ou encore l'une des mesures de l'article 41-1, une fois validée ou homologuée - lorsque cela est exigé - et une fois exécutée, ne peut être remise en cause par le biais d'une telle action. Pour la composition et la transaction pénales, cette impossibilité pourrait s'expliquer au regard de l'intervention du juge du siège, chargé de valider l'accord. Toutefois, l'on sait que le contrôle exercé par le magistrat peut être insuffisant pour déceler les éventuels défauts que renfermerait le procédé répressif déjudiciarisé. Sur ce point, **les prévisions du code de procédure pénale pourraient évoluer, pour prévoir cette possibilité de contestation, d'autant que la comparaison vis-à-vis des règles prévues par les articles 1565 et suivants du code de procédure civile témoigne de cette possible contestation d'une transaction, nonobstant l'homologation du juge<sup>1</sup>.**

Certes, l'hypothèse d'une mesure déjudiciarisée affectée d'un tel défaut paraît plus qu'exceptionnelle, en raison de l'intervention du procureur de la République ou de son représentant, mais dans l'hypothèse où l'intéressé aurait exécuté une mesure comportant une telle irrégularité, ou même avant son exécution, le respect de ses droits commande qu'il puisse remettre en cause le procédé répressif déjudiciarisé. L'on pourrait envisager que l'intéressé puisse contester l'accord conclu ou la mesure exécutée, aux motifs que les modalités de sa conclusion ou de mise en œuvre ne respectent pas les règles applicables. Loin d'être un droit à changer d'avis, l'introduction d'une telle faculté permettrait d'éviter qu'une mesure acceptée par erreur ou prévoyant une sanction excédant les *maxima* légaux ne puisse être contestée.

Il est vrai également qu'une telle possibilité pourrait conduire à alourdir le procédé, à surcharger le travail des magistrats du siège, venant contrôler un procédé déjà validé ou homologué. Toutefois, la simplification envisagée, à savoir la suppression de l'intervention

---

est constatée même lorsque le contrat de transaction est conclu en cours d'instance car, dans une telle hypothèse, la transaction a pour objet et pour effet de mettre fin à l'instance ; dès lors, elle emporte renonciation à l'exercice des voies de recours. Ainsi, l'appel est irrecevable, Cass. req., 19 octobre 1915, *S.*, 1918-1919, 1, p. 117 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 1969, *Bull. civ.* II, n° 212. De même, le pourvoi est alors sans objet, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1960, *Bull. civ.* I, n° 549.

<sup>1</sup> S'agissant de l'homologation prévue par l'article 1565 du code de procédure civile, dont le principe était autrefois prévu par l'article 1441-4, la Cour de cassation a considéré que le contrôle du juge « ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public », Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 2011, *Bull. civ.* II, n° 120, préc.. Ainsi l'intervention du juge ne purge pas les autres vices éventuels de l'accord conclu, notamment les vices du consentement, v. P.-Y. Gautier, « L'homologation de la transaction la purge-t-elle du vice de violence ? », obs. sur Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 2011, préc.. Le contractant doit alors saisir le juge civil pour contester la transaction, v. H. Kenfack, « Première application jurisprudentielle de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile relatif à la force exécutoire des transactions extrajudiciaires », préc., n° 10 et s..



systematique du juge lorsque la nature des mesures proposées ne l'exige pas, compenserait sans aucun doute les éventuels inconvénients de cette possibilité de contestation<sup>1</sup>.

**L'introduction d'une faculté de rétractation impliquerait toutefois de prévoir les causes de contestation<sup>2</sup>, le délai pour exercer ce droit, mais aussi le sort des mesures exécutées avant la contestation de l'accord<sup>3</sup>, ainsi que l'existence d'une voie de recours contre la décision rendue par le juge saisi d'une telle contestation<sup>4</sup>.**

## **282. De la nécessaire amélioration et harmonisation des droits de l'auteur des faits.**

L'étude des procédés répressifs déjudiciarisés fait apparaître de nombreuses différences quant aux droits de l'auteur des faits à qui un tel procédé est proposé et, surtout, une insuffisante protection de ses droits. Il semble dès lors nécessaire de renforcer les droits de la défense, en prévoyant, lorsque les dispositions font sur ce point défaut, que l'intéressé est informé non seulement de la nature des faits reprochés et de leur qualification juridique, de la nature et du *quantum* des mesures proposées, mais aussi de son droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat, avant de donner son accord, et de son droit à bénéficier d'un délai de réflexion. Il semble au surplus opportun de prévoir une faculté de contestation de l'accord conclu,

---

<sup>1</sup> La simplification consisterait à n'exiger l'intervention du magistrat du siège que pour certaines sanctions transactionnelles ; sur ce point, v. les observations faites dans le cadre du rapport « Amélioration et simplification de la procédure pénale », *Chantiers de la justice*, Rapport du Ministère de la justice, janv. 2018.

<sup>2</sup> La mesure déjudiciarisée nous semble devoir pouvoir être contestée toutes les fois où le consentement de l'intéressé aura été vicié.

<sup>3</sup> Sur ce point, v. notre thèse, *La transaction en matière pénale*, op. cit., n° 751.

<sup>4</sup> Si la simplification de la procédure pénale devait aboutir à la fusion de la transaction pénale et de la composition pénale, comme cela est envisagé dans le cadre du rapport remis en janvier 2018 au Ministère de la justice, voire à la reconnaissance des sanctions transactionnelles, le texte introduit dans le code de procédure pénale pourrait être ainsi rédigé :

« Dans un délai d'un mois suivant l'acceptation de la ou des sanctions transactionnelles proposées ou, le cas échéant, suivant l'ordonnance de validation du magistrat, l'intéressé peut saisir le président du tribunal compétent pour la ou les infractions en cause, ou le magistrat délégué par lui, d'une demande tendant à constater la nullité de l'accord conclu, aux motifs que son consentement aurait été vicié ou que les sanctions transactionnelles excèderaient les limites prévues par la loi. Une telle demande peut également être introduite dans un délai d'un mois suivant l'exécution de la ou des sanctions transactionnelles acceptées.

Si ce magistrat prononce la nullité de l'accord conclu, le procureur de la République ou l'administration ou l'autorité compétente doit de nouveau proposer à l'intéressé une sanction transactionnelle, sauf à classer sans suite la procédure. En cas d'accord, il y a lieu de tenir compte des sommes déjà versées et des mesures déjà exécutées. En cas d'échec de cette nouvelle proposition, l'accord précédemment conclu ne peut être évoqué, que ce soit par écrit ou verbalement, devant la juridiction de jugement. En cas de condamnation, il y a lieu, le cas échéant, de tenir compte des sommes déjà versées et des mesures déjà exécutées.

S'il apparaît que, suite à la nullité, aucune poursuite n'est envisageable ou que les sanctions proposées excèdent les limites prévues par la loi, le juge ordonne la restitution des sommes déjà versées et, le cas échéant, le montant de l'indemnisation du préjudice résultant des mesures exécutées.

Lorsque la cause de nullité est sans incidence sur la réalité du préjudice causé, le juge peut décider que les mesures de réparation accordées à la victime ne sont pas affectées par la nullité de l'accord.

La décision rendue sur le fondement de l'alinéa 1<sup>er</sup> peut faire l'objet d'un recours selon les modalités prévues par les articles 496 et suivants du présent code lorsqu'au moins une des infractions commises est un délit. Lorsque l'infraction commise est une contravention, la décision rendue sur le fondement de l'alinéa 1<sup>er</sup> peut faire l'objet d'un recours selon les modalités prévues par les articles 546 et suivants du présent code ».

notamment lorsque le consentement de l'auteur a été vicié, venant se substituer à la prévision d'une homologation ou d'une validation formelle des accords conclus.

## **B. La préservation des droits de la victime partie à un accord**

**283. Victime et médiation pénale.** Si la victime est le plus souvent un tiers au procédé déjudiciarisé, en ce qu'elle n'est pas partie à l'accord conclu quoique celui-ci puisse prévoir la réparation de son préjudice<sup>1</sup>, elle est en revanche une partie à part entière de la médiation pénale, proposée par le procureur de la République ou sollicitée par elle selon les prévisions de l'article 41-1, 5° du code de procédure pénale. La lecture de ce texte fait immédiatement apparaître que le premier droit de la victime est donc de refuser la mise en œuvre d'une médiation. La décision de mettre en œuvre une telle mesure appartient bien au procureur de la République, mais celui-ci doit recueillir l'accord de la victime<sup>2</sup>, et uniquement le sien. Une telle exigence est opportune, en ce qu'elle permet de connaître la position de la victime et d'éviter la mise en œuvre d'un procédé voué à l'échec ; elle permet également d'éviter une victimation secondaire souvent dénoncée, toutes les fois où la victime serait confrontée à son agresseur sans avoir été avertie. L'on observe, en pratique, que cet accord est souvent recueilli par le médiateur au cours de l'entretien préalable précédant les négociations.

Outre ce droit de refuser une mesure de médiation, la victime se voit surtout reconnaître certains droits lors du processus déjudiciarisé (1) et elle peut, en cas de difficulté d'exécution de l'accord conclu, saisir le juge civil pour en obtenir l'exécution, ou préférer agir devant le juge pénal (2).

---

<sup>1</sup> Tel est le cas en matière de composition pénale, l'article 41-2 du code de procédure pénale prévoyant une telle réparation, ou de transaction pénale, l'article 41-1-1 prévoyant cette possibilité, ou encore en matière de convention judiciaire d'intérêt public. Cela étant, les entretiens avec les magistrats ont révélé que ceux-ci n'avaient que peu recours à un procédé déjudiciarisé en présence d'une victime et lorsque les faits ont causé un préjudice à une victime, la réparation du préjudice n'est qu'exceptionnellement proposée.

<sup>2</sup> Rien n'est précisé sur la forme suivie pour recueillir ou constater le consentement ; la rédaction d'un procès-verbal signé par la victime permet de satisfaire cette exigence et la circulaire du 12 mai 2017 (NOR : JUSD1714357C) fournit un modèle de procès-verbal, lequel prévoit au surplus les droits reconnus à la victime lors du processus de médiation. La loi n° 2014-813 du 4 août 2014 a par ailleurs modifié l'article 41-1 du code de procédure pénale pour supprimer la présomption de non-consentement et prévoir que « lorsque des violences ont été commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il n'est procédé à la mission de médiation que si la victime en a fait expressément la demande » ; en cas de violences réitérées, après une première mesure de médiation, le recours à cette procédure est exclu.

## 1. Les droits lors du processus de médiation

**284. Le droit à l'assistance d'un avocat de la victime.** Afin de garantir l'effectivité de leurs droits et de bénéficier de conseils, les parties à la médiation peuvent, lors des entretiens, être assistées par leur avocat. La loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 a largement contribué à renforcer l'effectivité du droit l'assistance d'un avocat, en étendant le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux procédures déjudiciarisées et tout particulièrement en matière de médiation pénale<sup>1</sup>. L'avocat ainsi sollicité peut être présent lors de l'entretien individuel, mais aussi lors de la négociation de l'accord.

Outre le soutien psychologique qu'il peut apporter, l'avocat peut conseiller utilement la victime<sup>2</sup>, tant sur les conséquences de la médiation pénale, mais aussi sur le contenu de l'accord, lors de la négociation de celui-ci<sup>3</sup>. Cela étant l'on observe que « beaucoup de médiations se déroulent sans la présence d'un avocat pour les deux parties »<sup>4</sup>, ce qui pourrait s'expliquer par l'insuffisante information quant à une telle possibilité.

**285. L'absence d'information quant au droit à l'assistance d'un avocat.** Pas plus que l'auteur, qui n'est pas informé de sa possibilité d'être assisté par un avocat lorsqu'il est fait application de l'article 41-1 du code de procédure pénale<sup>5</sup>, la victime n'est pas informée de son droit à une telle assistance lors de la mise en œuvre d'une mesure de médiation. L'article 10-2 du code de procédure pénale prévoit, certes, l'information de la victime par l'officier ou l'agent de police judiciaire, et par tout moyen, de sa possibilité d'être, si elle souhaite se constituer partie civile, assistée d'un avocat<sup>6</sup>, mais une même information ne se retrouve pas lors de la mise en œuvre d'une médiation pénale ; pire encore, en visant uniquement la constitution de partie civile, l'information délivrée en application de l'article 10-2 pourrait laisser penser à la victime que son droit à l'avocat serait lié à une constitution de partie civile et serait donc écarté lors de la médiation. Afin d'éviter un tel risque et pour garantir

---

<sup>1</sup> Sur ce texte, Th. Revet, « Aide juridique : loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits », *RTD civ.* 1999, p. 220 ; S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée », *D.* 1999, p. 65.

<sup>2</sup> Sur cette assistance de l'auteur de l'infraction par un avocat, v. *supra* n° 8.

<sup>3</sup> Sur son rôle, v. notamment P. Mbanzoulou, *La médiation pénale*, 2<sup>e</sup> éd., 2004, coll. La Justice au quotidien, L'Harmattan, p. 46 et s.

<sup>4</sup> S. Pokora, « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 60.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 277.

<sup>6</sup> Disposition introduite par l'article 7 de la loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne (*JORF* du 18 août 2015, p. 14331), transposant sur ce point la directive 2012/29/UE du 22 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes.

l'effectivité du droit à l'assistance d'un avocat, **il semble opportun d'indiquer à la victime, lors de la recherche de son accord à la mise en œuvre de la médiation pénale, son droit à être assisté par un avocat.** Dans la même idée, **lorsque la victime ne parle pas français, il semble tout aussi opportun de lui indiquer son droit d'être assisté par un interprète,** dont la garantie n'est aujourd'hui prévue que par le jeu d'une circulaire<sup>1</sup>.

## 2. Droits à la suite de la conclusion de l'accord

**286. Droit à l'exécution forcée.** Outre le respect des droits processuels, la participation de la victime à une médiation pénale conduit à étudier l'incidence de cette mesure sur ses droits substantiels, lorsqu'un accord est conclu. Cette question est éminemment liée au contenu de l'accord, lequel peut consister en de simples excuses faites en présence du médiateur, de telle sorte que l'exécution ne soulève aucune difficulté. En revanche, dans la plupart des médiations conclues, les parties conviennent du versement d'une somme par l'auteur des faits à la victime, au titre de la réparation du préjudice causé. La difficulté peut alors ressurgir, en cas de mauvaise exécution de l'accord par l'auteur des faits, si celui-ci ne verse pas les sommes convenues en intégralité. Pour éviter cette difficulté, l'article 41-1, 5° du code de procédure pénale, prévoit la possibilité pour la victime, si l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages et intérêts, d'en « demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile ». Le recours à cette procédure révèle la nature contractuelle de l'accord conclu et permet de faciliter l'exécution des obligations, à condition que celle-ci ait encore un intérêt aux yeux de la victime.

La possibilité d'obtenir l'exécution des mesures prévues n'est pas limitée au seul versement des dommages et intérêts : la conclusion d'un accord de médiation pénale vaut transaction entre les parties<sup>2</sup> et cette nature transactionnelle permet de saisir le juge civil afin qu'il contraigne le cocontractant à exécuter ses obligations<sup>3</sup>. Les dispositions de l'article 1222 du code civil sont également applicables, permettant à la victime, après mise en demeure du

---

<sup>1</sup> La circulaire du 12 mai 2017 sur les mesures alternatives et référentiels préconise en effet l'assistance d'un interprète, NOR : JUSD1714357C, p. 42.

<sup>2</sup> La première chambre civile a eu l'occasion de l'indiquer clairement, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 avril 2013, n° 12-13.672, *Bull. civ. I*, n° 80 ; *JCP G*, 2013, 467 ; *D.* 2013, p. 1663, nos obs. ; *AJ Pénal*, 2013, p. 422, obs. S. Lavric ; *LPA*, 26 sept. 2013, p. 8, note F. Ludwiczak.

<sup>3</sup> Dans l'espèce donnant lieu à la décision du 10 avril 2013, il s'agissait de la reprise par l'époux de crédits contractés par le couple.

débiteur, de faire exécuter elle-même l'obligation, dans un délai et à un coût raisonnables, avant de demander au débiteur le remboursement des sommes engagées<sup>1</sup>.

**287. Inexécution et poursuites pénales.** S'agissant des droits de la victime, la question pourrait enfin se poser de savoir si cette dernière peut saisir le juge pénal en cas d'inexécution de l'accord conclu, nonobstant cet accord. L'on sait que la médiation pénale n'est pas, à l'instar des autres mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale, une cause d'extinction de l'action publique, de telle sorte que le procureur peut toujours envisager des poursuites devant le juge pénal<sup>2</sup>. En revanche, lorsque l'accord est correctement exécuté, il éteint le droit d'agir de la victime et s'oppose à son action devant le juge pénal et même à son intervention, sauf si les termes de l'accord lui ont expressément réservé la possibilité d'intervenir lors des poursuites<sup>3</sup>.

La solution est toutefois différente si l'auteur des faits n'exécute pas correctement les obligations prévues dans le cadre de l'accord de médiation. La nature transactionnelle de la médiation pénale conduit à éteindre l'action civile de la victime, mais cet effet extinctif ne peut être soulevé par l'auteur de l'infraction que si ce dernier a exécuté ses obligations. A défaut, l'auteur ne peut opposer à la victime l'*exceptio litis per transactionem finitae*, cette fin de non-recevoir ne pouvant être utilement invoquée que lorsque le cocontractant a correctement exécuté les obligations résultant, pour lui, de la transaction<sup>4</sup>, et ce que l'action soit engagée devant le juge civil ou devant le juge pénal. Dans une telle hypothèse, la victime conserve donc le droit de saisir le juge civil pour qu'il statue sur sa demande de réparation, mais aussi de faire citer l'auteur devant la juridiction pénale compétente, et même de se constituer partie civile devant le juge d'instruction<sup>5</sup>.

Ainsi, lorsque la médiation pénale aboutit à la conclusion d'un accord, mais que celui-ci n'est pas correctement exécuté, la victime dispose d'une option entre le recours à l'injonction de payer ou à l'exécution forcée, d'une part, et l'exercice de l'action civile devant le juge pénal ou devant le juge civil, d'autre part. **Une telle option doit être conservée, en ce qu'elle**

---

<sup>1</sup> L'alinéa 2 de ce texte permet de demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires.

<sup>2</sup> V. à propos du rappel à la loi, Crim. 21 juin 2011, n° 11-80.003.

<sup>3</sup> Sur ce point, v. nos obs. « Médiation pénale », *Rép. dr. pén.* Dalloz, n° 84 ; une telle précision semble toutefois très peu probable.

<sup>4</sup> V. pour un rappel, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2012, n° 09-11.582, *Bull. civ. I*, n° 173 ; CCC, 2012, comm. 250, obs. L. Leveneur ; *D.* 2012, p. 2577, note P. Pailler ; *RTD civ.* 2013, p. 138, obs. P.-Y. Gautier ; *Procédures*, 2013, comm. 46, obs. L. Weiller.

<sup>5</sup> La note d'information à la circulaire CRIM n° 92-13/SDJC du 2 octobre 1992 indiquait, déjà, avant même la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, que, « dans l'hypothèse où les obligations de cette transaction ne sont pas respectées par le mis en cause, convention, accord ou transaction n'auraient plus aucune valeur. La victime serait alors libérée de ses propres obligations, de sorte que l'action civile pourra reprendre son cours normal ».

**permet à la victime de choisir la voie la plus adaptée à sa situation** ; elle ne se retrouve cependant que lorsque la victime est partie à l'accord conclu, c'est-à-dire uniquement s'agissant de la médiation pénale, puisque la victime n'est qu'un tiers dans les autres hypothèses.

## **II. Les droits des tiers aux modes déjudiciarisés en matière pénale<sup>1</sup>**

**288. Notion de tiers.** La lecture du code de procédure pénale relève que le terme de tiers ne fait pas l'objet d'une acception unique, se caractérisant davantage par sa pluralité. Le vocable de tiers doit nécessairement s'entendre, dans l'étude menée ici, au sens réduit des tiers intéressés par le mode déjudiciarisé, c'est-à-dire ceux qui bénéficient d'une proximité suffisante avec le procédé mis en œuvre. Doivent être exclus de cette définition les tiers absolus, ceux dont le rapport au litige est le plus distendu ; ainsi, certains acteurs de la déjudiciarisation, qui prennent pourtant part à l'exécution de la mesure en tant que tiers impartial comme le médiateur ou les associations permettant l'exécution de certaines mesures, ne seront pas évoqués. De la même manière, les tiers informateurs, s'ils peuvent être d'une importance capitale dès la phase d'enquête, n'apporteront pas plus d'indications permettant d'analyser les droits des tiers dans les mesures déjudiciarisées.

**289. Tiers et droit au juge.** Si la question des tiers se pose tout particulièrement dans l'hypothèse de la déjudiciarisation, c'est qu'elle fait écho à un droit processuel plus général, reconnu à tout justiciable, celui de pouvoir accéder au juge<sup>2</sup>. En effet, le rayonnement des procédures judiciaires est tel que les tiers se voient reconnaître divers moyens afin de faire valoir leurs intérêts et prétentions devant une juridiction. Les tiers bénéficient, dans les procédures judiciaires, d'une protection pour le moins éparse ; plusieurs mécanismes, généraux et spéciaux, permettent de leur garantir le respect de leurs droits substantiels et processuels. A ce titre, il est possible de citer la tierce opposition et l'intervention, qui permettent toutes deux de donner aux tiers la voix qu'ils n'ont pu faire entendre lors d'une procédure à laquelle ils n'étaient pas parties. Ces procédés sont cependant limités dans la matière pénale *stricto sensu*, n'intéressant véritablement que l'instance sur intérêts civils

---

<sup>1</sup> La seconde partie de cette étude a été rédigée par M. Florian Engel.

<sup>2</sup> Si les procédés déjudiciarisés peuvent être perçus, à certains égards, comme une manifestation de la renonciation de la part de l'auteur à son droit d'accès au juge (v. *supra* n° 10), tel n'est pas le cas pour les tiers qui, en toutes circonstances, n'ont aucune prise sur l'existence d'un tel procédé. La question de ce droit d'accès doit se résoudre, en principe, à l'égard des tiers, par la préservation de la garantie qui doit leur être apportée de faire valoir leurs prétentions devant un juge si leurs intérêts sont lésés par la mesure.

ouverte accessoirement à l'action publique. L'intervention ne reçoit d'ailleurs nulle part cette terminologie bien que le régime y corresponde parfois<sup>1</sup>. La tierce-opposition semble quant à elle totalement exclue. La difficulté réside dans la double nature du procès pénal, ou du moins la double instance en son sein : l'une réparatrice, l'autre répressive. Aussi, l'on peut être partie à l'une et rester tiers à l'autre. Le premier impératif est donc celui d'identifier la qualité de l'individu afin de déterminer la nature de ses droits. Cet effort est d'autant plus important dans les procédures déjudiciarisées que celles-ci ne concernent pas toutes le même aspect de la procédure. Lorsque certaines n'ont pour effet que de régler les questions relatives à l'action civile<sup>2</sup>, d'autres ont pour objet d'éteindre l'action publique. La qualité des protagonistes dépend donc de la nature du mode déjudiciarisé choisi.

**290. Des droits selon les tiers.** Tous les tiers ne bénéficient pas du même degré de protection au sein des procédés déjudiciarisés. Les garanties apportées à la sauvegarde de leurs droits sont fonction de la proximité de leur situation avec celle objet du procédé mis en œuvre et de l'existence d'une atteinte aux droits dont ils sont titulaires. Au regard de ces critères, la victime paraît être le tiers dont la préservation des droits est la plus évidente (A). D'autres tiers trouvent cependant une place plus discrète mais la protection de leurs droits n'en est pas moins indispensable (B).

### A. La victime

**291. L'absence de qualité de partie.** Ces dernières décennies, les victimes ont pu voir leur place s'élargir dans le procès pénal jusqu'à en devenir un acteur incontournable. En effet, leurs droits ont fait l'objet d'un approfondissement permettant de garantir encore davantage leur effectivité<sup>3</sup> en droit interne et en droit européen<sup>4</sup>. Le droit à l'assistance d'un avocat ou encore le droit à l'information ont été généralisés afin de couvrir l'ensemble de la procédure, et plus précisément la phase d'enquête où, par nature, la victime était moins investie de droits processuels que pendant le procès. Outre le statut de victime, c'est néanmoins leur qualité de partie, obtenue par la voie de la constitution de partie civile ou de la citation directe, qui leur

---

<sup>1</sup> C'est notamment le cas pour l'intervention volontaire ou forcée de l'assureur lors de la procédure, v. not. sur ce sujet R. Schulz, *L'intervention de l'assureur au procès pénal*, LGDJ, 2013.

<sup>2</sup> Tel est le cas de la médiation prévue par l'article 41-1 du code de procédure pénale. Sur cette mesure, v. *supra* n° 14.

<sup>3</sup> Sur ce point, C. Lacroix, « Aider et défendre les victimes : pour un ancrage durable de l'effectivité du droit des victimes », *AJ Pén.*, 2015, p.12.

<sup>4</sup> Sur ce point, E. Vergès, « Un *corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations », *RSC* 2013, p. 121.

permet de se voir reconnaître la titularité de ces droits. Or, dans la grande majorité des modes déjudiciarisés, les victimes ne peuvent être valablement considérées comme parties en l'absence de toute constitution de partie civile par voie d'action ou d'intervention. C'est le cas, notamment, dans la composition pénale, les transactions pénales, ou encore dans la récente convention judiciaire d'intérêt public<sup>1</sup>.

L'absence de qualité de partie dans les procédés déjudiciarisés exclut-elle néanmoins la reconnaissance de droits à la victime, tiers aux dites mesures ? Si elle est un tiers, la victime n'en est pas moins un tiers privilégié. À ce titre, elle se voit reconnaître des droits particuliers inhérents à sa condition.

**292. Information et réparation.** Si la plupart des modes déjudiciarisés participent à une « justice apaisée »<sup>2</sup>, c'est à la condition que la victime puisse également y trouver sa place. Une circulaire récente du Ministère de la justice précise à cet effet que « les mesures alternatives représentent en moyenne la moitié des réponses pénales depuis 2011 (...). Une place essentielle doit ainsi être accordée, à la fois aux victimes, tant pour la prise en compte de leurs intérêts que pour leur information, et à la défense, dont l'exercice doit être effectif »<sup>3</sup>. Ce texte fait d'ailleurs une référence explicite à la prise en compte de la victime dans le choix de l'alternative et dégage ainsi trois principes à respecter : la considération de la victime, l'identification et l'information de la victime, et la réparation du dommage<sup>4</sup>. Ainsi, le droit à réparation, qui lui est naturellement reconnu, doit être préservé quand bien même l'action publique serait éteinte par l'une de ces mesures. Les textes ont donc prévu un standard minimum de droits reconnus à la victime, lui permettant à la fois d'être informée (1), mais également de préserver son droit d'obtenir réparation du préjudice subi (2).

### 1. Droit à l'information

**293. Un droit général d'information.** S'il est un droit commun aux victimes lors d'un procédé alternatif, c'est bien celui d'être informées de la mise en œuvre d'un tel dispositif, de

---

<sup>1</sup> Pour une vision d'ensemble des principales caractéristiques de cette récente mesure, v. not. E. Dezeuze, « Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public », *JCP G*, 2017, n° 3, doct. 64.

<sup>2</sup> S. Guinchard, *Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Doc. fr., 2008, v. not. p.121 et s.

<sup>3</sup> Circ. du 12 mai 2017 sur les mesures alternatives aux poursuites et référentiel, NOR : JUSD1714357C.

<sup>4</sup> Circ. du 12 mai 2017, préc., p.3.



sa nature et, le cas échéant, des droits dont elles bénéficient<sup>1</sup>. En effet, une telle information est tout d'abord prévue à titre général par l'article 40-2 du code de procédure pénale, qui impose d'aviser toute victime des suites données à la plainte, qu'il s'agisse d'un classement sans suite, du choix d'orienter la procédure vers une mesure alternative ou de poursuivre l'auteur. Au mécanisme général s'ajoutent les dispositions particulières relatives aux différents modes déjudiciarisés qui prévoient, pour la grande majorité d'entre eux, une telle information, qu'il s'agisse des alternatives au sens propre du terme<sup>2</sup> ou encore de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité<sup>3</sup>.

**294. Une possibilité spécifique d'audition.** Parfois, le droit à l'information va plus loin et permet à la victime d'être entendue<sup>4</sup> lors de la procédure, s'accompagnant alors du droit d'être assistée par un avocat. Il s'agit principalement des procédures dotées d'une audience d'homologation ou de validation obligatoire, telles que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou la convention judiciaire d'intérêt public, mais pas seulement, la composition pénale le prévoyant également<sup>5</sup>.

**295. La teneur de l'information.** Concernant le contenu de cette information, il ne fait pas l'objet de précisions particulières. Si celle-ci est relative à l'existence de la mesure, rien ne prévoit expressément l'information de la victime sur la nature des faits et la qualification retenue. La circulaire du 12 mai 2017 précise néanmoins que l'officier de police judiciaire indique les actes de procédure et démarches en cours ainsi que l'orientation de la procédure, une attache téléphonique pouvant même être mise en place<sup>6</sup>. Aucune information ne sera en revanche donnée relativement aux voies de recours, la victime, en qualité de tiers à la mesure, n'en bénéficiant pas. Le ministère de la Justice préconise le recours à un interprète dès lors que celui-ci est indispensable à la victime pour accomplir ses démarches, notamment dans le

---

<sup>1</sup> L'obligation d'informer la victime de ses droits n'est pas spécifique aux alternatives aux poursuites mais se positionne comme le standard de droits reconnus à la victime dans toute procédure pénale par l'article 10-2 du code de procédure pénale.

<sup>2</sup> Entendues, au sens de l'article 6 du code de procédure pénale, comme les mesures qui ont pour objet d'éviter les poursuites et pour effet d'éteindre l'action publique. Il s'agit de la composition pénale, la transaction pénale et la convention judiciaire d'intérêt public.

<sup>3</sup> Art. 495-13 al. 1 du code de procédure pénale.

<sup>4</sup> La circulaire parle d'un « droit d'être consultée ».

<sup>5</sup> Si l'audition de la victime est la règle en matière de convention judiciaire d'intérêt public, elle est facultative lors de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité et soumise à la volonté du magistrat qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière lors de la composition pénale.

<sup>6</sup> Circ. du 12 mai 2017, préc., p.41.

cadre d'une médiation<sup>1</sup>. **L'on ne peut ainsi qu'abonder vers une généralisation du droit à un interprète pour la victime dans l'ensemble des procédés déjudiciarisés, dans une perspective de préservation du droit à l'information reconnu par l'article préliminaire, II, du code de procédure pénale<sup>2</sup>.** En effet, s'il est reconnu à la victime identifiée la possibilité d'être indemnisée à l'occasion de la mesure déjudiciarisée<sup>3</sup>, la délivrance d'une information complète sur les modalités de la mesure et la sauvegarde de son droit à réparation dans une langue qu'elle comprend constitue un préalable nécessaire.

**296. L'objet de l'information.** Si la victime bénéficie du droit d'être informée de l'existence et de l'exécution de ces procédés, c'est principalement pour permettre de garantir l'exercice d'un droit qui leur appartient indépendamment de l'orientation pénale choisie : le droit d'obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction. Ainsi, la seule mise en place d'un mode déjudiciarisé ne saurait faire échec à ce droit, même si la victime n'est qu'un tiers.

## 2. Droit à réparation

**297. Droit à réparation et poursuites alternatives.** Le sort des victimes semble faire l'objet d'un régime davantage approfondi au sein des procédures alternatives au procès<sup>4</sup>, telles que l'ordonnance pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, que dans les mesures alternatives aux poursuites. En effet, s'il ne s'agit certes pas d'un procédé déjudiciarisé, il est intéressant de noter que lors de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'existence nécessaire d'une audience d'homologation<sup>5</sup> réserve à la victime une véritable place, lui permettant d'intervenir et donc de devenir partie en se

---

<sup>1</sup> Ceci s'explique notamment par l'attribution, dans la médiation pénale, de la qualité de partie. La circulaire évoque d'ailleurs également le droit de bénéficier d'un interprète lors de l'audience correctionnelle en cas d'échec de la mesure alternative, pendant laquelle la victime est aussi partie. Néanmoins, l'article 10-2 du code de procédure pénale semble prévoir une possibilité analogue à toute victime lors de la procédure, reconnaissant le droit « *Pour les victimes qui ne comprennent pas la langue française, de bénéficier d'un interprète et d'une traduction des informations indispensables à l'exercice de leurs droits* ».

<sup>2</sup> Sur la médiation pénale, v. *supra* n° 285.

<sup>3</sup> Sur cette possibilité de réparation, v. *infra* n° 298 et s.

<sup>4</sup> Parfois appelées également poursuites alternatives. V. not. sur la distinction entre poursuites alternatives et alternatives aux poursuites : J.-B. Perrier, « Victime, alternative aux poursuites et poursuites alternatives », in *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 171 et s.

<sup>5</sup> L'audience est en effet obligatoire pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et l'ordonnance pénale ainsi que pour la récente convention judiciaire d'intérêt public. S'agissant de la composition pénale et de la transaction, seule une possibilité d'audition est prévue, laissée à la discrétion du magistrat du siège, laquelle ne peut être regardée comme une audience.

constituant partie civile le jour de ladite audience<sup>1</sup>. En outre, la victime bénéficie, dans le cadre de cette comparution ou dans celui d'une ordonnance pénale, de la possibilité de voir le juge se prononcer sur sa demande préalable de réparation au sein de la même ordonnance que celle se prononçant sur la validation de la mesure<sup>2</sup>. La voie judiciaire classique reste néanmoins toujours ouverte en cas de victime non identifiée ou lorsque le juge ne peut se prononcer sur l'indemnisation, le président renvoyant alors le dossier au ministère public aux fins de saisine du tribunal correctionnel sur les seuls intérêts civils, l'action publique étant éteinte.

**298. Droit à réparation et déjudiciarisation.** Ce schéma n'est pas fondamentalement différent dans le cadre des mesures alternatives aux poursuites. Une tendance générale semble d'ailleurs poindre, celle d'un double mouvement permettant de garantir le droit à réparation des victimes. Deux mécanismes coexistent alors : un mécanisme, d'abord, que l'on pourrait qualifier de principal, permettant à l'autorité mandante de faire du mode déjudiciarisé le vecteur favorisant la réparation (a), ce premier mécanisme abonde dans le sens même de la philosophie de la déjudiciarisation, en permettant d'éviter un renvoi systématique à la phase judiciaire *stricto sensu* ; un mécanisme subsidiaire, ensuite, qui, en cas d'insuffisance du mécanisme principal, permet à la victime d'accéder au juge afin de faire valoir ses prétentions (b).

a. La réparation de la victime permise par le procédé déjudiciarisé

**299. Réparation hors action civile.** La dimension consensuelle des modes déjudiciarisés permet, si ce n'est de transiger sur l'action publique, du moins d'envisager la réparation du préjudice non plus comme une contrainte légale mais comme une obligation conventionnelle que l'auteur de l'infraction serait à même de discuter et à laquelle il aurait donc à consentir. Par nature, les alternatives aux poursuites ont pour vocation première de porter sur l'action publique, à l'exception de la médiation pénale et de l'obligation de réparer le dommage prévue par l'article 41-1 4° du code de procédure pénale. Ces exceptions mises à part, les alternatives concernent en effet l'auteur et le ministère public, qui, s'il ne dispose pas de

---

<sup>1</sup> Possibilité reconnue lors d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en application de l'article 495-3 du code de procédure pénale, à la condition que la victime ait été préalablement identifiée.

<sup>2</sup> Il s'agit principalement des demandes en restitution ou en dommages et intérêts permises par l'article 420-1 du code de procédure pénale valant constitution de partie civile, formulées lors de la phase d'enquête préalablement à l'orientation vers une procédure simplifiée d'ordonnance pénale.

l'action publique<sup>1</sup>, en détermine néanmoins le sort. La question de la réparation n'était donc, à l'origine, que secondaire. Pour autant, certains procédés ont, dès leur création, prévu la possibilité, dès lors que la victime est identifiée, d'ajouter aux mesures proposées l'obligation d'indemniser la victime.

**300. Réparation et composition pénale.** C'est le cas, tout d'abord, de la composition pénale prévue par l'article 41-2 du code de procédure pénale. Première véritable alternative aux poursuites<sup>2</sup>, elle prévoyait dès son origine en 1999<sup>3</sup>, l'obligation<sup>4</sup> pour le procureur de proposer à l'auteur la réparation du préjudice subi par la victime dès lors que cette dernière était identifiée et que l'auteur ne l'avait pas déjà réparé. La rédaction de l'article est d'ailleurs éloquente, le législateur ayant pris soin de ne pas prévoir la réparation de la victime au sein de la liste énumérative des obligations possibles, préférant créer un alinéa spécifique dédié à cette possibilité. La sanction du non-respect de l'obligation de réparation dans la composition pénale permet de garantir à elle seule son effectivité. En effet, l'auteur ne respectant pas son engagement s'expose à l'échec pur et simple de l'alternative aux poursuites, quand bien même il aurait, par ailleurs, rempli les autres obligations qui lui incombaient. Ainsi, il perdra le bénéfice de la composition et le procureur de la République pourra décider de mettre en mouvement l'action publique. En revanche, l'article est bien moins éloquent sur la sanction du non-respect, par le procureur, de son obligation de proposer la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois, dès lors que la victime est identifiée. La pratique semble d'ailleurs témoigner d'une absence de conséquences, tant il n'est pas rare que la victime, pourtant identifiée, ne soit pas sollicitée dans une perspective de célérité et d'économie procédurale. Afin de rendre cette obligation effective, la prévision d'une sanction procédurale pourrait être envisagée.

Néanmoins, une telle sanction pourrait avoir pour effet le délaissement, par les magistrats, de la composition pénale au profit d'autres procédés dont la charge procédurale est moins lourde, ne prévoyant pas à titre d'obligation la proposition de réparation à la victime identifiée. En ce sens, on peut indiquer que lors des entretiens et échanges avec les magistrats du parquet, certains ont indiqué ne pas recourir à une composition pénale en présence d'une victime personne physique ayant manifesté son souhait d'obtenir réparation. **Afin d'éviter cet effet**

---

<sup>1</sup> V. not. S. Guinchard, *op. cit.*, p. 123.

<sup>2</sup> Les mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale lui sont contemporaines mais ne peuvent valablement être qualifiées d'alternatives, n'éteignant pas l'action publique.

<sup>3</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JORF* du 24 juin 1999, p. 9247.

<sup>4</sup> Il s'agit bien, d'après la lettre même du texte, d'une obligation, l'article 41-2 du code de procédure pénale prévoyant expressément que le ministère public « doit » proposer de réparer les dommages causés.

**négalif, la solution pourrait tendre à la prévision d'une obligation de proposer la réparation en cas de victime identifiée pour toutes les alternatives aux poursuites.**

**301. Réparation et transaction pénale.** La deuxième alternative aux poursuites susceptible d'intéresser les victimes dans le respect de leurs droits est la transaction pénale. Si le mécanisme était à l'origine uniquement réservé à des hypothèses relevant du droit spécial, il a néanmoins été inséré au sein du code de procédure pénale par la loi du 15 août 2014<sup>1</sup>. La nature originellement civile de la transaction donne à ce mécanisme une malléabilité profitable aux victimes. Ainsi, si la transaction a pour effet d'éteindre l'action publique par le paiement d'une amende transactionnelle, elle permet également, dans une certaine mesure, d'intégrer les considérations propres à l'action civile en prévoyant l'obligation de réparer le dommage et ce dans un délai déterminé au préalable. Transformée en une véritable obligation transactionnelle, la réparation du préjudice devient, une fois encore, l'une des conditions nécessaires à l'extinction de l'action publique. Il convient néanmoins de préciser que si la transaction comprend la possibilité d'acter l'obligation de réparer le dommage, le texte reste néanmoins silencieux sur la véritable place attribuée à la victime lors des discussions de cette mesure. Ainsi, elle peut au mieux être informée de l'existence de la transaction, mais ne trouve de réelle présence dans celle-ci. Là où la composition pénale et la convention judiciaire d'intérêt public prévoient la possibilité, voire l'obligation, pour le président du tribunal d'auditionner la victime, le texte relatif à la transaction pénale reste, tout comme l'était son décret d'application, muet sur cette opportunité. La fusion proposée par le récent rapport rendu au Ministère de la justice<sup>2</sup> entre la composition et la transaction pénales pourra permettre de gommer l'actuelle différence entre la transaction et les autres modes déjudiciarisés en conservant la possibilité d'entendre la victime à la discrétion du magistrat.

**302. Réparation et convention judiciaire d'intérêt public.** Par son régime, la convention judiciaire d'intérêt public s'apparente à ses prédécesseurs en reprenant quasiment mot pour mot les termes des dispositions relatives à la composition pénale. Ainsi, la convention judiciaire prévoit, de manière impérative et dans un délai maximal d'un an, la réparation de la victime dès lors que celle-ci est identifiée. Néanmoins, l'hypothèse de l'interruption de l'exécution de la convention par le procureur de la République en cas d'inexécution des

---

<sup>1</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647.

<sup>2</sup> « Amélioration et simplification de la procédure pénale », *Chantiers de la justice*, Rapport du Ministère de la justice, janv. 2018.

obligations interpelle quant au sort alloué à la réparation versée à la victime. En effet, l'article 41-1-2 du code de procédure pénale prévoit expressément la restitution des sommes versées au Trésor public au titre de l'amende d'intérêt public. En revanche, le texte ne se prononce pas sur la situation dans laquelle une indemnisation aura été versée à la victime en vertu de l'obligation de réparer le préjudice ; or, la restitution de cette indemnité n'est pas envisageable. Le paiement n'éteint d'ailleurs pas l'action civile et, en cas de réparation incomplète, ne fera pas échec au droit de la victime de demander la réparation du préjudice devant le juge pénal ou le juge civil. L'action publique n'étant pas éteinte en l'absence d'exécution intégrale des obligations prévues, la victime retrouve alors sa pleine liberté quant à l'option procédurale qui lui est traditionnellement reconnue.

**303. Déjudiciarisation hors réparation.** Toutes ces prévisions théoriques en faveur du droit à réparation des victimes, si elles ont le mérite d'exister, doivent néanmoins être nuancées. Comme en attestent les entretiens réalisés avec les professionnels, la pratique semble montrer que les alternatives sont davantage utilisées dans les hypothèses d'infractions sans victime. Comme le souligne le récent rapport relatif à l'amélioration et à la simplification de la procédure pénale, la victime ne trouve que très difficilement sa place dans les alternatives aux poursuites<sup>1</sup>. L'efficacité d'une telle mesure semble résider dans sa rapidité et elle ne s'accommode que très peu d'un règlement conventionnel de la question de l'indemnisation. **L'un des principaux obstacles réside dans la difficulté, dans le temps imparti, de fixer le préjudice de la victime afin de déterminer le montant de la réparation adéquat<sup>2</sup>.** De surcroît, certains mécanismes ne semblent pas être utilisés par les professionnels, tels que l'audition de la victime, du fait de l'impossibilité matérielle de la mettre en place<sup>3</sup>. Au regard de ces différentes remarques, l'indemnisation des victimes prévue notamment dans la composition pénale, n'est devenue, dans la pratique des juridictions, qu'une « clause de la composition pénale »<sup>4</sup>, mais en aucun cas une condition de sa réussite. Le mécanisme subsidiaire permettant à la victime, en dehors du procédé déjudiciarisé, de saisir le juge pénal des seuls intérêts civils, n'en est donc que plus nécessaire.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> V. not., sur ce point, D. Charmatz, « La place des victimes en dehors de l'audience correctionnelle : une simplification indispensable », *Dr. Pén.*, nov. 2017, p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 10, n° 19.

<sup>4</sup> *Ibid.*

## b. La réparation de la victime préservée en dehors de la mesure déjudiciarisée

**304. Réparation hors déjudiciarisation.** C'est précisément parce que la victime n'est pas partie à la composition, à la transaction ou à la convention judiciaire d'intérêt public, que l'exercice de l'action civile lui est toujours possible. N'ayant pas pu véritablement bénéficier des droits processuels attachés à la qualité de partie, lui dénier la possibilité de faire valoir son droit à réparation constituerait une entorse au droit d'accès au juge, quand bien même elle aurait été indemnisée par la voie de l'alternative proposée<sup>1</sup>. C'est pour cette raison, qu'outre la possibilité voire l'obligation de prévoir la réparation au sein du mode déjudiciarisé, la voie de l'action est toujours ouverte afin d'adresser au tribunal correctionnel une demande d'indemnisation. La victime retrouve alors l'intégralité des prérogatives d'une véritable partie au procès, dès lors qu'il lui est permis d'exercer l'action civile.

L'hypothèse d'une réparation extérieure à la déjudiciarisation concerne les situations dans lesquelles la mise en œuvre du mode déjudiciarisé n'a pas été à même de garantir le respect des droits de la victime. Deux situations sont alors concernées : la situation dans laquelle ce mode a échoué et celle où il aurait été couronné de succès mais sans que la victime, absente, n'ait pu obtenir sa légitime indemnisation.

**305. Réparation en cas d'échec de l'alternative aux poursuites.** Dès lors que la mesure échoue, le procureur de la République retrouve sa pleine liberté quant à l'opportunité des poursuites. Il peut ainsi, dans la majorité des cas, se tourner vers une autre forme de déjudiciarisation, par exemple la composition pénale en cas d'échec de la transaction pénale<sup>2</sup>, ou préférer la mise en mouvement de l'action publique et donc engager des poursuites contre l'auteur<sup>3</sup>. Dans le premier cas, la situation de la victime reste inchangée et elle se verra, selon le nouveau mode retenu, investie du même type de prérogatives qu'auparavant. Tout au plus bénéficiera-t-elle, par la force des choses, d'un nouveau délai pour déterminer l'étendue de son préjudice afin de formuler une demande en réparation ou en restitution. Dans le second cas, la procédure migre vers le schéma traditionnel de justice pénale : la victime se verra reconnaître la possibilité de se constituer partie civile par voie d'intervention, directement

---

<sup>1</sup> Rappelons à ce titre que l'indemnisation de la victime en exécution de la composition pénale ne fait pas échec à son droit de faire citer directement l'auteur des faits sur les seuls intérêts civils, cette mesure n'éteignant que l'action publique et n'ayant pas le caractère d'une transaction au sens de l'article 2044 et suivants du code civil : Crim., 24 juin 2008, *Bull. crim.* n° 162.

<sup>2</sup> Art. 41-1-1 III *in fine* du c. pr. pén.

<sup>3</sup> Il faut préciser que, sur ce point, la circulaire du 12 mai 2017 préconise d'éviter la systématisation du recours aux poursuites en cas d'échec de la mesure, préférant l'orientation du dossier vers un classement en opportunité ou une convocation par le délégué du procureur.

devant la juridiction de jugement ou devant la juridiction d'instruction, quoique l'ouverture d'une information judiciaire à la suite de l'échec d'une alternative aux poursuites semble hypothétique. Dès lors, bénéficiant de la qualité de partie à la procédure, elle n'aura point de difficulté à faire admettre, devant le juge pénal, son droit à réparation.

**306. Echec de la réparation lors de l'alternative aux poursuites** Si le mode déjudiciarisé avait prévu la réparation du préjudice et que l'obligation ainsi créée n'a pas été honorée, la victime bénéficie d'une autre voie de droit : la procédure d'injonction de payer. La prévision pour la composition pénale, la convention judiciaire d'intérêt public et la transaction pénale, au même titre que pour la médiation, de la possibilité pour la victime de recourir à la procédure d'injonction de payer est intéressante. Elle offre en effet une possibilité supplémentaire à la victime de faire respecter son droit à réparation. En revanche, le code de procédure pénale n'ouvre la voie qu'à la procédure d'injonction de payer prévue par le code de procédure civile, sans étendre l'application de la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances créée par la loi du 6 août 2015<sup>1</sup>. Une telle procédure permettrait pourtant à la victime d'obtenir l'indemnisation attendue sans pour autant l'orienter systématiquement vers une procédure judiciaire, et donc de rester dans une logique déjudiciarisée. **Le recours à la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances permettrait d'éviter aux victimes l'abandon du recouvrement de leur créance d'indemnisation au regard d'une charge procédurale trop lourde pour un préjudice peu important.** Ceci pourrait concerner les vols simples ou d'autres atteintes aux biens pour lesquelles l'indemnisation ne dépasserait pas le montant fixé par décret.

Deux réserves peuvent cependant être émises. L'on voit difficilement pourquoi l'auteur, qui n'a pas exécuté, par exemple lors de la transaction pénale, l'obligation d'indemniser, accepterait le recours à la procédure simplifiée et ainsi de respecter son engagement. Plus encore, et là réside l'ombre au tableau, la victime titulaire de la créance d'indemnisation devra supporter la charge financière de ladite procédure<sup>2</sup>. La récente mesure, si elle est efficace pour les simples inexécutions contractuelles relevant du droit civil, ne semble pas adaptée à la

---

<sup>1</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, puis déplacée à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats. Cette procédure permet, lorsque la somme à recouvrer n'excède pas un certain seuil, de laisser le soin à l'huissier de procéder directement au recouvrement de la créance ; le seuil est fixé à 4000€ en application de l'article R. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution créé par le décret n° 2016-285 du 9 mars 2016.

<sup>2</sup> L'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution prévoyant expressément en son alinéa 4 que « les frais de toute nature qu'occasionne la procédure sont à la charge exclusive du créancier ».



réparation des dommages issus d'une infraction. À cet égard, l'injonction de payer pourrait se révéler alors moins coûteuse et plus efficace.

**307. Déjudiciarisation et réparation en cas d'absence de la victime.** L'absence de la victime lors de la mise en œuvre réussie d'un mode déjudiciarisé se résout par une solution pour le moins atypique. Lorsque la victime n'a pu se manifester antérieurement à l'exécution de la mesure, elle se trouve dans l'impossibilité d'exercer son action répressive<sup>1</sup>, l'action publique étant éteinte. L'action civile quant à elle subsiste et la victime conserve alors, et de façon exceptionnelle, la faculté de faire citer directement l'auteur devant le tribunal correctionnel afin qu'il se prononce exclusivement sur les intérêts civils. Ce mécanisme subsidiaire existe dans tous les modes déjudiciarisés. Cela laisse à la victime l'assurance d'obtenir réparation de l'intégralité de son préjudice, sans qu'une mesure antérieure n'anéantisse toute possibilité de réparation<sup>2</sup>.

Ce qui étonne, c'est le choix de la juridiction compétente pour connaître d'une telle action. Considéré par certains auteurs comme un véritable paradoxe<sup>3</sup>, le renvoi au tribunal correctionnel ne s'explique que très difficilement en droit, et pas davantage en opportunité. En effet, le juge pénal ne connaît l'action civile qu'en raison de son caractère accessoire à l'action publique. Or, cette dernière étant éteinte du fait du succès de l'alternative aux poursuites, il est curieux de renvoyer devant le tribunal correctionnel la partie civile désirant être indemnisée. Une saisine du juge civil aurait été tout aussi efficace et plus en adéquation avec l'ensemble de la procédure. De surcroît, les mesures alternatives ont pour but avoué de favoriser une justice rapide pour les faits les plus simples, afin de désengorger les tribunaux correctionnels et de police. Le renvoi devant ces mêmes juridictions sur les seuls intérêts civils ne participe pas, de toute évidence, au succès de cette ambition. Toujours est-il que la saisine du tribunal correctionnel sur les seuls intérêts civils semble avoir été généralisée<sup>4</sup>, en cas de succès, à toutes les alternatives, constituant ainsi le régime général leur étant applicable en cas d'absence de la victime.

---

<sup>1</sup> V. not. sur la distinction entre action civile et participation de la victime au procès pénal : P. Bonfils, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 183 ; du même auteur, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préf. S. Cimamonti, PUAM, 2000, n° 229 et s.

<sup>2</sup> La circulaire CRIM-01-14/F1 du 11 juillet 2001 préconisait déjà l'utilisation par la victime de la citation directe devant le tribunal correctionnel sur les seuls intérêts civils en cas d'aggravation du préjudice, et ce nonobstant le fait que la victime avait déjà été indemnisée par l'exécution de la composition.

<sup>3</sup> J.-B. Perrier, « Victime, alternative aux poursuites et poursuites alternatives », in *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 178 et s.

<sup>4</sup> S. Detraz, « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Proc.* 2008, étude n° 10.

Une réserve doit toutefois être émise pour la transaction pénale. Son régime se trouve, depuis la décision du Conseil d'Etat rendue le 24 mai 2017, considérablement amputé. Par son arrêt, le Conseil annule le décret d'application du 14 octobre 2015 et, par voie de conséquence, une grande partie des dispositions relatives aux droits de la victime. L'article R. 15-33-37-6 du code de procédure pénale, prévoyant la possibilité pour la victime de faire citer directement l'auteur devant le tribunal correctionnel afin qu'il se prononce sur les seuls intérêts civils, ne trouve plus à s'appliquer depuis cette date et n'a, pour l'heure, pas été remplacé. La possibilité de recourir à l'injonction de payer prévue par le même article est elle aussi suspendue, faute de nouveau décret.

**308. De la victime-tiers aux autres tiers.** La victime, bien que tiers à la majorité des modes déjudiciarisés, bénéficie donc de plusieurs voies lui permettant de garantir la réparation de son préjudice. Elle n'est cependant pas la seule personne susceptible d'être concernée par le recours à la déjudiciarisation en matière pénale. En effet, différentes catégories de tiers peuvent, dans une moindre mesure, être également affectées par le choix d'orienter la procédure vers un mode déjudiciarisé. La préservation de leurs droits est donc, au même titre que ceux de la victime, une préoccupation incontournable.

## **B. Les autres tiers**

**309. Des tiers concernés.** Les textes relatifs aux procédés déjudiciarisés interpellent quant à la place des tiers autres que la victime. Ils sont en effet les grands absents de ces procédés. Si, de façon générale, le code de procédure pénale n'est pas particulièrement loquace sur la situation des tiers, il permet néanmoins d'en identifier quelques-uns dont la protection est nécessaire. Or, aucune mention des tiers n'est faite ici et aucun mécanisme spécifique n'est prévu afin de préserver leurs droits. Pourtant, à n'en pas douter, plusieurs types de tiers peuvent être concernés, de près ou de loin, par les modes déjudiciarisés. La plupart des alternatives aux poursuites étant de nature conventionnelle, l'effet relatif des conventions « n'empêche pas que le contrat conclu entre deux personnes crée une réalité juridique dont les effets peuvent être ressentis par les tiers, même étrangers au lien de droit »<sup>1</sup>. Aussi, les tiers peuvent-ils être affectés par la procédure déjudiciarisée en raison de leurs relations avec la victime ou avec l'auteur de l'infraction. Ceux-ci se voient habituellement reconnaître un droit

---

<sup>1</sup> B. Fages, « Les parties contractantes et les tiers absolus », *Lamy Droit du contrat*, étude 305, spéc. n° 305-70.

d'intervention en présence d'une instance judiciaire. Il convient ainsi de déterminer si un tel droit leur est aussi reconnu dans les voies déjudiciarisées (1). D'autres tiers peuvent être, quant à eux, affectés en raison des droits qu'ils détiennent sur un bien. Afin de garantir ces droits, le code de procédure pénale a mis en place des procédures dites de restitution (2).

### 1. Droit d'intervention

**310. Intervention au procès et tiers subrogés.** Avec les droits de la victime se pose la question de la préservation des droits des tiers, que ces tiers soient rattachés à elle ou au délinquant. Il existe en effet une multitude de tiers qualifiés de « tiers-payeurs »<sup>1</sup> qui, s'étant acquittés d'une indemnité réparatrice en faveur de la victime, sont subrogés dans ses droits, ou sont mis en cause afin de garantir le dommage qu'ils sont contractuellement tenus de réparer en fait et place de l'auteur de l'infraction. Par l'effet du transfert des créances opéré à l'occasion du paiement de la somme d'argent, les tiers peuvent donc emprunter les prérogatives normalement reconnues à la partie civile, afin de faire valoir leur droit au remboursement de cette somme par le responsable. Lors d'une procédure judiciaire, le tiers bénéficie toujours de la voie de l'intervention<sup>2</sup> afin de pouvoir rejoindre la partie civile et ainsi participer au procès. Or, ces mécanismes d'intervention nécessitent la préexistence d'une instance judiciaire. De surcroît, le transfert dans la titularité des droits reconnus à la partie civile n'est en principe justifié que par la qualité de la victime qui est devenue partie au procès pénal. Pour autant, est-ce à dire que ces tiers doivent être exclus d'un procédé déjudiciarisé ? Comment garantir aux tiers le respect de leur droit d'obtenir remboursement de l'indemnité versée ? Pendant la mise en œuvre du mode déjudiciarisé, peuvent-ils être informés, appelés, peuvent-ils intervenir ? Après l'exécution, existe-t-il des « recours » permettant aux subrogés de saisir le juge afin de se voir reconnaître des droits ? La victime se voyant reconnaître la possibilité de saisir le tribunal correctionnel des seuls intérêts civils, ce droit peut-il être étendu aux tiers intéressés par l'issue du litige ?

---

<sup>1</sup> V. not. H. Groutel, « L'accès aux tiers payeurs devant les juridictions répressives », *RCA*, 1990, chron. 13 ; C. Ambroise-Castérot, V° « Action civile », *Rép. pén.* Dalloz, n° 309 et s.

<sup>2</sup> Ce mécanisme, qui trouve ses origines dans la procédure civile aux articles 66 et 327 et s. du code de procédure civile, se rencontre également dans le procès pénal. La réparation du préjudice issu d'une infraction, objet de l'action civile, étant l'accessoire de l'action publique, le juge pénal ne peut ignorer l'éventualité de l'intervention de tiers payeurs. Cela peut alors concerner l'assureur, les caisses de sécurité sociale, Cass. crim. 22 septembre 2009, n° 08-83.166 ; mais également les fonds de garantie ou l'employeur de la victime, Cass. crim. 10 mai 1990, *Bull. crim.* n° 183 ; *RTD civ.* 1990, p. 672, obs. P. Joudain. V. également J.-B. Perrier, *op. cit.*, n° 340.

**311. Déjudiciarisation et tiers subrogés.** La question se pose nécessairement pour les tiers dont la présence est permise, ou parfois même requise, aux côtés de l'une des parties. L'article 388-1 du code de procédure pénale prévoit notamment que l'assureur peut être appelé en garantie et peut, à cet effet, intervenir au procès pénal dès lors qu'une partie qui y a intérêt le requiert. Si la réalité de cette intervention est prégnante dans la procédure judiciaire, elle semble pour autant exclue des modes déjudiciarisés. En effet, si les infractions visées par l'article 388-1, à savoir notamment les blessures involontaires, peuvent tout à fait faire l'objet d'une composition pénale ou d'une transaction pénale, l'article n'évoque que l'exercice des poursuites écartant ainsi la majorité des modes déjudiciarisés. L'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, n'étant pas des modes déjudiciarisés *stricto sensu*, auraient pu connaître d'une telle intervention, bénéficiant d'une audience d'homologation pendant laquelle la victime peut intervenir. Cependant, cela ne semble pas être expressément autorisé par les textes et difficilement envisageable en pratique.

D'autres tiers payeurs doivent encore être appelés à la cause aux fins de déclaration en jugement commun. C'est notamment le cas des organismes de sécurité sociale, qui se voient ainsi reconnaître un droit d'intervention lors du procès pénal<sup>1</sup>. Or, une fois encore, ces dispositions ne valent que pour les procédures judiciaires et rien ne permet d'étendre ces modalités aux modes déjudiciarisés.

**312. L'impossible intervention des tiers subrogés dans les alternatives aux poursuites.** La lecture des textes relatifs aux modes déjudiciarisés dans le code de procédure pénale interpelle eu égard à l'absence totale de prévisions légales ou règlementaires spécifiques permettant de garantir les droits des tiers. En effet, nulle mention n'est faite de la possibilité pour un tiers d'intégrer l'un d'entre eux afin de faire valoir ses droits, ni même de la possibilité de bénéficier d'une voie d'action spécifique. La raison en est simple : l'accord conclu lors d'une composition, d'une transaction ou d'une convention judiciaire d'intérêt public est caractérisé par son effet relatif. Il n'a, en principe, d'effet qu'entre les parties à cet accord, à savoir l'auteur et le ministère public. Par exception, la victime bénéficie d'un régime particulier lui permettant de garantir son droit de participer au procédé déjudiciarisé, ce dont ne bénéficient pas les autres tiers. De toute évidence, à l'instar de la victime, le tiers n'est concerné que par

---

<sup>1</sup> À condition toutefois que la victime se soit constituée partie civile. Art. L. 371-1 et L. 455-2 du code de la sécurité sociale ; v. not. sur ce point C. Ambroise-Castérot, V° « Action civile », *Rép. pén.* Dalloz, n° 316 et s.

l'aspect réparateur du mode déjudiciarisé. Ainsi, il n'a aucune prérogative relative à l'accès au juge pénal<sup>1</sup>, n'ayant qu'une relation purement contractuelle avec la victime ou l'auteur.

**313. L'impossible intervention à l'action devant le juge civil.** Ces quelques remarques permettent de conclure que l'intervention des tiers n'est pas permise dans les modes déjudiciarisés en matière pénale. Néanmoins, ils peuvent être affectés par l'exécution des mesures prévues, qui auront des conséquences sur leur situation matérielle. Afin de garantir les droits des tiers, c'est donc vers les mécanismes généraux de procédure civile qu'il faut se tourner. Le recours subrogatoire des tiers ouvert par le transfert de la créance de la victime reste ouvert devant le juge civil, mais rien ne les autorise à se présenter devant le juge pénal. Sur ce point, il faut rappeler que les alternatives aux poursuites n'aboutissent pas à un jugement revêtu de l'autorité du criminel sur le civil, à la différence des poursuites alternatives : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et l'ordonnance pénale permettent en effet de bénéficier d'un véritable jugement, d'une décision de justice pourvue de l'autorité de chose jugée dont les tiers peuvent se prévaloir. Ainsi, la décision sur l'action publique, sur la culpabilité de l'auteur, permet aux tiers de faire valoir, devant le juge civil, une décision sur laquelle appuyer leur prétention indemnitaire. En revanche, la composition et les transactions pénales n'aboutissent qu'à une ordonnance de validation ou d'homologation qui, au regard de ses effets, ne permettra pas aux tiers payeurs de se prévaloir d'un jugement sur la culpabilité de l'auteur<sup>2</sup>.

**314. L'impossible appel en garantie.** Le caractère alternatif de la mesure et la nature pénale de l'accord viennent donc exclure l'intervention volontaire du tiers subrogé dans les droits de la victime au sein de la procédure déjudiciarisée. Une autre conséquence est l'exclusion de toute intervention forcée du tiers appelé en garantie. Ceci permet au tiers de s'assurer de la garantie de ses droits, sa mise en cause ne pouvant être réalisée qu'en présence d'une véritable instance judiciaire, à l'occasion de laquelle prend place un débat contradictoire et s'appliquent les garanties processuelles inhérentes à la qualité de partie.

Les tiers peuvent néanmoins être concernés par le mode déjudiciarisé, non pas eu égard à la relation qu'ils entretiennent avec l'auteur de l'infraction ou la victime, mais également en raison des conséquences que la procédure dans son ensemble peut avoir sur eux. Les actes

---

<sup>1</sup> Contrairement à ce qui est reconnu notamment pour les assureurs lors d'une procédure classique.

<sup>2</sup> La chambre sociale a d'ailleurs reconnu l'absence d'autorité de chose jugée au criminel sur le civil d'une ordonnance de validation d'une composition pénale : Soc., 13 janvier 2009, n° 07-44.718, *D.* 2009, p. 709, obs I. Beyneix, J. Rovinski ; *Bull. civ.*, V, n° 1.

d'enquête peuvent nuire aux droits des tiers, notamment en ce qui concerne leurs droits sur les biens dont ils sont propriétaires, ou sur lesquels ils ont des droits.

## 2. Droit à restitution

**315. La saisie des biens d'un tiers.** Lors d'une procédure, les tiers peuvent être affectés dans leur patrimoine. En effet, le mécanisme des saisies permet, dès la phase d'enquête, de saisir un bien qui est le produit direct ou indirect de l'infraction, qui a permis la commission de celle-ci, ou tout objet ou document nécessaire à la manifestation de la vérité<sup>1</sup>. Ainsi, tout bien confiscable au sens de l'article 131-21 du code pénal pourra faire l'objet d'une saisie conservatoire lors de la procédure<sup>2</sup>. Sont visés les crimes et les délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an, ce qui comprend la grande majorité des délits et confirme qu'une grande partie des infractions concernées peuvent faire l'objet de modes alternatifs. Or, c'est normalement grâce à l'exercice des poursuites et, par voie de conséquence, à l'existence d'une instruction préparatoire ou d'une audience devant la juridiction, que les tiers obtiennent la possibilité d'intervenir afin de s'assurer de la préservation de leurs droits. Les modes déjudiciarisés ayant pour effet de supprimer l'existence de telles suites, les droits des tiers sur leurs biens doivent être préservés dès la phase d'enquête.

**316. Restitution des biens et information du tiers.** Afin de ne pas entamer les droits du propriétaire sur la chose saisie, le code de procédure pénale a prévu divers mécanismes tendant à sa restitution. Celle-ci peut être demandée à tous les stades de la procédure, qu'il s'agisse de l'enquête<sup>3</sup>, de l'instruction<sup>4</sup>, ou devant la juridiction de jugement<sup>5</sup>. Les tiers au mode déjudiciarisé pourront, grâce au mécanisme général prévu par le code de procédure pénale, faire valoir leurs droits dès le stade de l'enquête et ce même si aucune juridiction n'est saisie par la suite. En vue de garantir les droits des tiers, la partie réglementaire du code précise en effet que le procureur de la République doit informer le propriétaire de biens meubles saisis de son droit à restitution du produit de la vente dudit bien en cas de classement

---

<sup>1</sup> Il s'agit notamment, dans ce dernier cas, des saisies dites probatoires, prévues par l'article 56 du code de procédure pénale et réalisées lors d'une perquisition.

<sup>2</sup> V. not. C. Cutajar, « Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ Pén.*, 2012, p. 124.

<sup>3</sup> Art. 41-4 du c. pr. pén.

<sup>4</sup> Art. 99 du c. pr. pén.

<sup>5</sup> Art. 479 du c. pr. pén. pour une demande présentée devant tribunal correctionnel, et art. 373 du même code pour celle devant la cour d'assises.

sans suite, ou de toute décision prise à la suite de la mise en mouvement de l'action publique sans que la confiscation ait été prononcée<sup>1</sup>.

**317. Restitution des biens et demande du tiers.** Ces mécanismes ne sont cependant pas applicables aux modes déjudiciarisés qui ne prévoient aucune garantie spécifique pour les tiers. Or ces derniers peuvent être titulaires de droits sur les biens saisis avant l'exécution des mesures prévues dans le cadre de la déjudiciarisation, droits qu'il convient de protéger au mieux afin d'éviter une ingérence trop importante dans leur situation personnelle. N'étant pas auteurs de l'infraction, les tiers ne devraient en effet pas être affectés plus que nécessaire par une mesure de saisie. C'est pourquoi l'article 41-4 du code de procédure pénale prévoit que lorsqu'une saisie a été réalisée à l'occasion d'une enquête, le propriétaire des biens concernés peut formuler une demande de restitution au procureur de la République ou au procureur général. Celle-ci doit être présentée dans un délai de six mois à compter de la connaissance par les intéressés de la décision de classement ou la décision rendue par la dernière juridiction<sup>2</sup>. Passé ce délai, l'Etat deviendra propriétaire du bien en question, sous réserve des droits des tiers. Si l'Etat peut devenir propriétaire des biens saisis, ce n'est donc qu'à la condition que les tiers n'aient pas été dépossédés de ces biens et qu'ils aient eu la possibilité de faire valoir leurs droits. Le Conseil constitutionnel a, d'ailleurs, déjà eu l'occasion de se prononcer sur la conformité de cet article à la Constitution et a abrogé l'alinéa 4 de l'article précité, en ce qu'il permettait que le bien saisi soit détruit sans que le propriétaire, ou le tiers ayant des droits sur la chose, n'ait pu être avisé et n'ait été mis en mesure de contester la décision<sup>3</sup>.

En cas de décision de non-restitution, un recours est également prévu. Le propriétaire du bien ou le tiers titulaire de droits sur le bien peut, selon les termes de l'article 41-4, déférer la décision à la chambre de l'instruction dans un délai d'un mois suivant sa notification afin de la contester et d'en obtenir l'annulation, ce recours étant suspensif. Une fois la restitution accordée, le tiers bénéficie d'un délai de deux mois pour réclamer l'objet saisi après mise en demeure, sans quoi il deviendra propriété de l'Etat.

---

<sup>1</sup> Cette information est prévue à l'article R.15-33-66-3 du c. pr. pén.

<sup>2</sup> Dans sa décision n° 2014-406 QPC du 9 juillet 2014, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la constitutionnalité de l'article 41-4 al. 3, sous réserve toutefois que le délai de six mois qu'il indique ne parte qu'à compter de la connaissance, par les intéressés, de la décision et non pas à partir de la décision elle-même.

<sup>3</sup> Cons. const., décision n° 2014-390 QPC du 11 avr. 2014. Le Conseil a déclaré cet alinéa non conforme à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. V. not. P. Belloir, « Nouvelle consécration du droit à un recours juridictionnel en matière d'actes d'enquête », *AJ Pén.* 2014, p. 368.

**318. De l'absence de protection particulière des droits des autres tiers.** De manière générale, l'étude du droit des tiers autres que la victime laisse entrevoir qu'ils n'ont pas naturellement vocation à être appelés lors de la mise en œuvre d'une alternative aux poursuites. En effet, qu'ils soient subrogés dans les droits de la victime, appelés à garantir le dommage, ou affectés par une mesure de saisie, les tiers ne trouvent pas de place particulière dans les modes déjudiciarisés. Ceci peut notamment s'expliquer par les impératifs de célérité et d'efficacité des procédés déjudiciarisés. Il faut alors, pour préserver le droit des tiers, se référer aux garanties générales apportées par le droit commun, sans référence particulière à l'alternative concernée. Bien souvent, la seule voie qui leur est ouverte est la voie judiciaire, leur sort ne pouvant être réglé au sein de la voie déjudiciarisée<sup>1</sup>.

**319. De la protection disparate des droits des tiers.** Ceci démontre une différence de régime importante entre la victime et les autres tiers. Celle-ci tient principalement à la proximité de la victime avec la finalité du procédé mis en œuvre, à savoir apporter une réponse à l'infraction qu'elle a subie, ainsi qu'à l'importance des droits qui lui sont reconnus. Elle bénéficie d'un statut *sui generis* indéfectiblement lié à l'existence du dommage causé par l'infraction et donc de la créance d'indemnisation ainsi générée. Par ailleurs, si la protection des droits des tiers peut sembler satisfaisante grâce aux mécanismes généraux qui viennent suppléer les carences des dispositions spécifiques aux modes déjudiciarisés, la cohérence générale de ces mécanismes mériterait d'être améliorée. Une réflexion sur la possibilité offerte à la victime de saisir le juge pénal des seuls intérêts civils semble également devoir être approfondie, tant la possibilité voire l'obligation de prévoir la réparation dans le mode déjudiciarisé semble n'être devenue qu'anecdotique, la pratique ayant rendu sa mise en œuvre facultative. De surcroît, la saisine en ce cas du tribunal correctionnel sur les seuls intérêts civils vient nuire à l'intelligibilité générale des mécanismes mis en place.

Si le chantier de la justice pénale est en cours, celui des modes déjudiciarisés en matière pénale ne dispose pas encore de fondations assez solides pour supporter l'édifice entier, malgré une pratique toujours croissante et une nécessité qui n'est déjà plus à démontrer.

---

<sup>1</sup> À l'exception de la situation dans laquelle une demande en restitution formulée devant le procureur de la République serait directement acceptée.



## Droit des parties et des tiers au mode déjudiciarisé : Synthèse

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**320. Enjeux de la déjudiciarisation.** Dans le cadre du présent rapport, il a déjà pu être relevé que le développement des modes déjudiciarisés semble être recherché par les gouvernements successifs, pour profiter des vertus de ces procédés en termes de désencombrement des juridictions tant civiles que pénales. Si cette logique économique ne doit pas être dénoncée, elle ne peut être la seule finalité de cette simplification du règlement des différends. À cet objectif gestionnaire doit en effet être ajouté un impératif : « la résolution des différends fût-elle contractualisée, doit garantir la protection des libertés des personnes »<sup>1</sup>. Le recours à un mode alternatif ou simplifié de règlement des litiges ne peut se traduire par une moindre protection des droits des parties au mode déjudiciarisé ou des droits des tiers à ce mode, et ce tout particulièrement lorsque la déjudiciarisation n'est pas choisie par les parties mais imposée par la loi<sup>2</sup>. Les études réalisées dans le cadre de la présente mission recherche aboutissent à un même constat, une telle protection s'impose quelle que soit la matière en cause, pour les parties comme pour les tiers.

**321. Notions de parties et de tiers.** En matière civile comme en matière pénale, la notion de parties au mode déjudiciarisé ne soulève aucune difficulté : les parties s'entendent des participants si ce n'est au contrat, du moins à l'accord conclu à l'issue du procédé déjudiciarisé et à l'égard desquels ce contrat ou cet accord est susceptible de produire des effets. Les deux critères sont cumulatifs, en ce qu'un tel cumul permet d'écarter le médiateur ou le conciliateur, qui peut dans certains cas signer l'accord conclu mais sans que celui-ci ne puisse produire d'effet à son égard, ou encore la victime du dommage causé par l'infraction, dont la réparation du préjudice peut être prévue par l'accord conclu à la suite d'une composition pénale, sans que celle-ci ne soit pour autant partie à cet accord. À l'inverse, les tiers sont toutes celles et tous ceux qui n'ont pas participé à la conclusion de l'accord et à l'égard desquels l'accord conclu ne peut produire d'effets ; ces *peniti extranei* sont insusceptibles d'être concernés par le procédé déjudiciarisé. En revanche, certains tiers à l'accord peuvent être intéressés par son contenu, que celui-ci soit susceptible d'entraver

---

<sup>1</sup> N. Fricero, « Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ? », in *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, préc. p. 12.

<sup>2</sup> L'on pense par exemple au divorce par consentement mutuel en matière civile ou à l'amende forfaitaire en matière pénale.

l'exercice de leurs droits ou qu'il leur reconnaisse certains droits. La recherche menée a permis de mettre en évidence la nécessité de garantir les droits des parties et même d'améliorer leur protection, en mettant en évidence un droit commun à l'information des parties à un procédé déjudiciarisé (I), mais aussi qu'il convenait de veiller à préserver les droits des tiers (II).

## **I. Amélioration des droits des parties**

**322. L'information quant aux droits.** La première amélioration devant être envisagée porte sur l'information des parties quant aux droits dont elles disposent lors du procédé déjudiciarisé. S'il est souhaitable que certains droits soient également renforcés, leur effectivité suppose avant tout que l'intéressé en ait connaissance. Or, si la question ne soulève que peu de difficultés en matière civile, quoique certaines améliorations soient possibles, car le procédé déjudiciarisé semble être « la chose des parties », en matière pénale, le droit à l'information doit être renforcé, notamment quant à l'infraction pour laquelle le mode déjudiciarisé est mis en œuvre, le droit à l'assistance d'un avocat ou encore le droit à un interprète<sup>1</sup>.

**323. Le droit à l'assistance d'un avocat.** Parmi les droits dont la garantie doit être assurée, le droit à l'avocat a une dimension particulière car l'assistance d'un conseil peut permettre de choisir la voie déjudiciarisée en connaissance de cause, de comprendre les conséquences du procédé, la teneur des mesures acceptées ou proposées, etc. Or, ce droit à l'assistance d'un avocat semble devoir être renforcé, au-delà de la correcte information des intéressés sur ce point<sup>2</sup>. De façon concrète en effet, la possibilité de recourir à un procédé déjudiciarisé ou de pouvoir se défendre utilement lors d'un tel procédé imposait d'élargir à toute hypothèse le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Le principe est certes acquis, en matière civile comme en matière pénale, mais les entretiens réalisés lors de la mission de recherche ont mis en évidence la nécessité d'une meilleure information sur ce point<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 275 et s.

<sup>2</sup> V. sur l'information de la victime quant à son droit à l'avocat lors d'une médiation pénale, *supra* n° 285.

<sup>3</sup> Les avocats rencontrés ont souhaité insister sur ce point : en matière civile, peu de justiciables sont informés de cette possibilité. En matière pénale, l'intervention de l'avocat lors d'une composition pénale est exceptionnelle, comme l'ont indiqué les membres de la commission pénale du barreau de Marseille.

**324. Le contradictoire entre les parties et le délai de réflexion.** La mise à l'écart du principe du contradictoire serait logique en matière civile, tant celui-ci ne semble pas avoir sa place lors d'un procédé déjudiciarisé, particulièrement lors d'une médiation<sup>1</sup>. En matière pénale, la réponse semble toutefois devoir être différente car le contradictoire implique l'accès au dossier, lequel semble devoir être garanti lors de la mise en œuvre d'un procédé déjudiciarisé. Or, tel n'est pas actuellement le cas et si cette absence révèle une proximité entre les modes civils et répressifs, il n'est pas certain qu'elle soit heureuse.

Enfin, le respect du contradictoire, ou son renforcement, implique qu'une fois les informations connues, les parties disposent du temps nécessaire pour prendre leur décision. En matière civile, la souplesse du procédé permet le plus souvent aux parties de prendre ce temps ; en matière pénale, il conviendrait en revanche de reconnaître à l'auteur des faits le droit à bénéficier d'un délai de réflexion en toute hypothèse et de le rendre effectif<sup>2</sup>, afin de permettre à l'intéressé de prendre sa décision en connaissance de cause et d'éviter toute pression.

**325. L'exécution de l'accord conclu.** L'intérêt des procédés déjudiciarisés, pour les parties comme pour le système judiciaire, suppose que les mesures négociées ou acceptées puissent être exécutées ; à défaut, les parties devraient retourner devant le juge et la voie déjudiciarisée n'aura été qu'une perte de temps<sup>3</sup>. Si l'exécution des mesures issues du procédé alternatif renvoie également à la question de l'efficacité de la déjudiciarisation<sup>4</sup>, il est d'ores et déjà possible de s'interroger sur le point de savoir si les parties doivent bénéficier d'un droit à l'exécution de l'accord conclu, s'entendant d'un droit à l'exécution forcée. Cette question ne peut trouver une réponse unique, tant la possibilité de recourir à l'exécution forcée d'une mesure acceptée à l'occasion d'un procédé déjudiciarisé est liée aux raisons qui ont poussé les parties à recourir à un tel procédé.

En matière civile, le choix ou l'acceptation d'une telle voie vise avant tout à permettre aux parties de trouver elles-mêmes la solution à leur différend, en évitant de recourir au juge ; la force exécutoire qui peut être conférée aux accords prolonge alors cette logique en leur permettant d'obtenir l'exécution de l'accord sans avoir à solliciter le juge autrement que par la voie d'une requête en homologation<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> V. ce chapitre, *supra* n° 274, l'on y préférerait le principe de loyauté.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 278.

<sup>3</sup> Sur l'intérêt de la déjudiciarisation, v. *supra* chapitre 2.

<sup>4</sup> V. *infra* chapitre 5.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 280.

Une telle faculté doit encore être offerte à la victime de l'infraction, pour obtenir l'exécution des engagements pris par l'auteur à l'occasion d'une médiation pénale. Si cette possibilité rappelle la nature contractuelle de l'accord conclu lors d'une médiation pénale, elle permet surtout à la victime de choisir de poursuivre l'exécution de l'accord, si besoin en recourant à la procédure d'injonction de payer, ou de poursuivre l'auteur devant la juridiction pénale<sup>1</sup>.

En revanche, s'agissant des autres procédés alternatifs en matière pénale, une telle exécution forcée ne semble pas devoir être recherchée car l'esprit qui sous-tend les alternatives aux poursuites conduit à les regarder comme des mesures favorables, l'intéressé bénéficiant d'une décision de non-poursuite, et ce dernier doit donc exécuter spontanément les mesures acceptées, à défaut son comportement ne traduit pas la responsabilisation recherchée et des poursuites doivent être envisagées. Au surplus, la menace de poursuites pénales systématiques en cas de mauvaise exécution est sans doute plus efficace que le recours à l'exécution forcée. Enfin, compte tenu du contexte dans lequel ces mesures sont proposées, il ne paraît pas souhaitable de contraindre l'exécution de sanctions, certes acceptées, tant la non-exécution pourrait être le signe d'une difficulté que le juge doit trancher ; *a fortiori*, au regard de la possible disparition de la validation du juge pour certaines mesures, notamment l'amende, l'exécution forcée de la composition pénale et des transactions ne semble pas souhaitable.

**326. La contestation de l'accord conclu par les parties.** S'agissant de la contestation de l'accord, la matière civile semble pouvoir utilement enrichir la matière pénale. Le droit des contrats fournit en effet des outils intéressants pour remettre en cause l'accord conclu grâce au mode déjudiciarisé en matière civile et ces outils pourraient<sup>2</sup>, au moins pour partie, être transposés pour permettre aux parties de contester l'accord conclu à l'issue d'un mode déjudiciarisé en matière pénale<sup>3</sup>. En revanche, en ce domaine, il ne semble pas possible d'engager la responsabilité de l'auteur de la proposition, de l'autre partie ou du tiers homologateur, comme cela est permis en matière civile, sauf à engager la responsabilité du service public de la justice.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 286.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 282.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 281.

## II. Préservation des droits des tiers

**327. L'éviction du mode déjudiciarisé.** En droit de l'administration légale, la protection des droits des tiers peut faire échec au mode déjudiciarisé<sup>1</sup>. Une telle impossibilité se retrouve également s'agissant de la médiation pénale, laquelle est exclue en cas de violences familiales réitérées, que les violences aient été commises contre la victime ou contre ses enfants<sup>2</sup>, quoique la logique soit plus de recourir au juge pour prononcer une peine plus sévère que de protéger les droits des enfants. De même encore, en matière de changement de régime matrimonial en présence d'un enfant mineur, l'homologation du juge aux affaires familiales demeure nécessaire.

Ces différentes hypothèses très particulières traduisent l'éviction du procédé déjudiciarisé en présence de tiers, mais l'on remarque qu'elles tiennent à la matière en cause et ne semblent pas devoir être étendues à d'autres hypothèses, si ce n'est en matière de divorce par consentement mutuel en présence et à la demande d'enfant(s) mineur(s)<sup>3</sup>. Cela étant, si elle peut être motivée par le souci de préserver les droits des tiers, cette éviction du mode déjudiciarisé renvoie plus au domaine de la déjudiciarisation qu'à la protection des droits.

**328. La faculté de recourir au juge.** Plus encore que dans l'éviction du mode déjudiciarisé, la préservation des droits des tiers est assurée par la possibilité qui leur est reconnue de saisir le juge, nonobstant l'extinction du litige entre les parties. L'effet relatif des conventions est ici le miroir de l'effet relatif des jugements et il n'est dès lors pas surprenant que les tiers puissent saisir le juge de leurs demandes, lesquelles n'ont pas été réglées par le procédé déjudiciarisé. La surprise tient en réalité à la possibilité reconnue à la victime de l'infraction de saisir le juge pénal malgré l'extinction de l'action publique et alors que l'action civile doit, en principe, être exercée en même temps que l'action publique devant la juridiction répressive compétente pour la seconde<sup>4</sup>. Cette dérogation au principe du caractère accessoire de l'action civile est justifiée par la nécessaire protection des droits des victimes, tiers à la composition pénale ou à la transaction pénale, mais elle interpelle quant à l'intérêt du mécanisme alternatif, puisque l'infraction est tout de même portée à la connaissance du juge pénal, saisi des seuls intérêts civils<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 289.

<sup>2</sup> Art. 41-1, 5°, tel que modifié par la loi n° 2014-813 du 4 août 2014.

<sup>3</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 293 et n° 233.

<sup>4</sup> Art. 3 c. pr. pén.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 306.

**329. L'information des tiers.** Quelle que soit la matière en cause, l'information des tiers quant à la mise en œuvre du procédé déjudiciarisé est perçue comme une condition de la préservation de leurs droits. Si elle peut prendre la forme d'une publicité conférée à l'accord conclu<sup>1</sup>, elle peut également consister en une simple information, notamment en matière pénale au titre du droit à l'information des victimes d'infraction.

On remarque surtout qu'une telle information est très rarement prévue, en matière civile comme en matière pénale ; elle n'est reconnue que lorsque le tiers en cause est dans une situation particulière, pour l'enfant du couple divorçant ou encore pour la victime de l'infraction. Pour la plupart des tiers, y compris ceux susceptibles d'être intéressés par le contenu de l'accord, une telle information n'est pas prévue, ce qui implique alors que la solution à laquelle aboutit l'accord ne leur est pas, en principe, opposable.

**330. L'action au-delà de l'inopposabilité de l'accord.** Sous réserve d'exceptions particulières et conditionnées à l'information des tiers concernés, les accords conclus à l'occasion d'un procédé déjudiciarisé sont inopposables aux tiers. Pour autant, il peut être utile, sinon nécessaire pour le tiers d'agir afin de faire préserver ses droits qui pourraient être affectés par cet accord ; tel est le cas lorsque les époux modifient la répartition des biens entre eux, au préjudice des créanciers de l'un d'eux<sup>2</sup>, tel est encore le cas lorsque les biens saisis n'appartiennent pas à l'auteur de l'infraction à qui une alternative aux poursuites est proposée<sup>3</sup>.

S'il n'est pas envisageable de conférer à ces tiers la possibilité d'intervenir à l'accord<sup>4</sup>, ne serait-ce qu'au regard de la confidentialité qui peut entourer sa conclusion, il est indispensable de leur reconnaître une voie procédurale leur permettant de faire respecter leurs droits. Cette voie est prévue en matière civile par le jeu de l'action paulienne<sup>5</sup>, elle doit encore être améliorée en matière pénale, pour protéger les droits des tiers concernés<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> En matière civile, pour le changement de régime matrimonial, v. *supra* n° 294 ; en matière pénale, pour la convention judiciaire d'intérêt public, art. 41-1-2, II, al. 6, c. pr. pén.

<sup>2</sup> Sur cet exemple, v. *supra* n° 302.

<sup>3</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 314 et s..

<sup>4</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 311.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 301 et s.

<sup>6</sup> Il serait possible de renforcer l'information des tiers en étendant l'article R. 15-33-66-3 du c. pr. pén. aux procédés déjudiciarisés.

## Chapitre 5 : Efficacité des modes déjudiciarisés

### Section 1 : Efficacité des modes déjudiciarisés en matière civile

Vincent MAZEAUD

**331.** La déjudiciarisation a le vent en poupe et charrie avec elle une conception du rôle des juridictions et de l'Etat dans le traitement des litiges qui n'en finit pas d'interroger. L'externalisation croissante de cette mission régaliennne, qui gagne régulièrement en intensité au fur et à mesure que les réformes de la procédure civile se succèdent, invite en retour à se demander si la déjudiciarisation ainsi mise en œuvre est efficace ?

Pour tenter de l'apprécier, l'on se contentera de dissiper brièvement la part d' « *incertitude* » qui affecte les « *frontières* » comme le « *domaine* »<sup>1</sup> de la déjudiciarisation. Dans cette perspective, la déjudiciarisation a pu être présentée comme « *le traitement de certaines catégories d'affaires civiles par d'autres moyens que le recours aux tribunaux de l'ordre judiciaire* »<sup>2</sup>. L'on peut ainsi la décrire, dans une perspective compréhensive, comme un mouvement visant à soustraire à l'empire du juge un litige ou une partie d'un litige qu'il avait naguère vocation à connaître<sup>3</sup>. Il reste à préciser ce qu'il faut entendre par l'« *efficacité* », qui est définie comme le « *caractère de ce qui est efficace* », terme qui s'applique à « *ce qui produit l'effet que l'on attend* »<sup>4</sup>. En définitive, l'efficacité témoigne ainsi de l'aptitude d'une chose ou d'une personne à parvenir au but attendu, c'est-à-dire au but qui lui est assigné. Ainsi présentée, l'appréhension de l'efficacité de la déjudiciarisation est ambiguë. Si la déjudiciarisation est un « *mouvement* », une tendance, il est alors bien difficile de mesurer son « *efficacité* »<sup>5</sup>. En vérité, un mouvement n'est ni efficace ni inefficace mais, différemment, il est ou il n'est pas, en sorte qu'il suppose un constat qui, au-delà de sa réalité, peut conduire à identifier une évolution selon que cette « *tendance* » ou ce « *mouvement* » s'étendent, se renforcent ou s'affaiblissent. Comment alors, si tant est que cela ait un sens, mesurer

---

<sup>1</sup> L. Cadiet, « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, O. Boskovic (dir.), Mare & Martin, 2012, p. 9 s.

<sup>2</sup> V. la contribution, dans ce rapport, de N. Fricero et, du même auteur : « Rapport de synthèse », in *La déjudiciarisation*, O. Boskovic (dir.), Mare & Martin, 2012, p. 461 s.

<sup>3</sup> L. Cadiet, « Rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, p. 10 : « *tendance à soustraire à la justice* ».

<sup>4</sup> V° Efficace, in *Dictionnaire de la langue française*, Le Robert ; *Adde v° Efficace*, in A. Lalande, *Dictionnaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1926, rééd. 2002, Quadrige : « A. Sens général : qui produit l'effet auquel il tend ».

<sup>5</sup> L. Cadiet, « Rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, p. 28 s.

l'efficacité de la déjudiciarisation ? Lorsque le législateur ou le pouvoir exécutif décident de confier un contentieux, naguère dévolu au juge, à une autre personne, la déjudiciarisation est alors *ipso facto* « efficace » puisque, par définition, le juge se trouve évité ou libéré d'une tâche qui lui incombait. À suivre le raisonnement, l'efficacité maximale de la déjudiciarisation serait atteinte au point où les parties se trouveraient dans l'impossibilité de saisir le juge afin de régler un différend. Cette perspective ne paraît toutefois pas la plus féconde, une justice sans juge n'ayant rien d'une justice idéale<sup>1</sup>. C'est pourquoi, de manière moins ambitieuse, l'efficacité de la déjudiciarisation sera envisagée dans une perspective analytique et, partant, à travers l'efficacité de ses diverses techniques. Il s'agit alors d'apprécier si les modes d'évitement du juge ou de soustraction à son office permettent effectivement de remplir l'objectif affiché, ce qui n'implique évidemment pas de percevoir le juge comme un obstacle mais, le cas échéant, comme un ultime recours.

**332.** Ainsi présentée, l'efficacité de la déjudiciarisation s'avère nécessairement relative. Elle l'est même doublement. Elle est déjà relative dans la mesure où elle varie en considération de la technique considérée et doit être appréciée au regard des objectifs poursuivis par chacune d'elles. Elle est encore relative dans la mesure où, pour chaque technique, elle peut se décliner au gré des objectifs poursuivis. L'efficacité d'un mode déjudiciarisé de résolution d'un litige peut ainsi être envisagée sous l'angle des voies d'exécution, mais elle peut également conduire à déterminer si les justiciables ont effectivement recours à cette technique – l'efficacité rejoint alors l'effectivité de la déjudiciarisation<sup>2</sup> -, s'ils en sont satisfaits, ou bien encore si cette technique permet de trouver une solution rapide au litige, ou si elle peut faire l'objet d'un recours en justice, ou bien encore si elle est coûteuse... En somme, l'efficacité peut être quantitative, qualitative, juridique, économique, temporelle, processuelle et varie inéluctablement en considération du point de vue adopté. La tâche qui nous est impartie apparaît alors considérable voire, en l'état, irréalisable. Il faut en effet souligner que plusieurs des éléments précités ne sont pas observables en droit et supposeraient une enquête

---

<sup>1</sup> A l'heure de décrire la cité idéale, Platon posait la question (rhétorique) en ces termes : « *Ne penses-tu pas que c'est une honte et la preuve d'un défaut d'éducation que d'être réduit à recourir une justice d'emprunt, et d'établir les autres maîtres et juges de son droit, faute de justice personnelle ?* » (Platon, *La République*, établi et traduit par E. Chambry, coll. tel, Gallimard, 2002, Livre III, XIV, p. 107). Discutable pour la cité idéale, la position suggérée est dangereuse pour la cité réelle.

<sup>2</sup> Sur l'effectivité de la loi, envisagée dans une perspective sociologique comme « l'application » de la règle de droit, cf. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001, reprint 2014, p. 136 s.



sociologique ou économique d'ampleur<sup>1</sup> malheureusement indisponibles : il en va non seulement ainsi pour l'aspect économique des mesures de déjudiciarisation et pour la mesure de la satisfaction des justiciables, mais aussi des statistiques relatives au nombre de conciliations ou de médiations qui débouchent effectivement sur un accord ou qui, à la suite d'un accord, se trouvent contestées par la suite<sup>2</sup>. Alors que la littérature sur ces thèmes est abondante une étude chiffrée complète et précise, quant à elle, fait défaut. Ces éléments sont pourtant décisifs dans l'évaluation de l'efficacité de tels dispositifs dont le législateur, comme le pouvoir exécutif, promeuvent avec constance les mérites et dont on se bornera donc ici à constater qu'ils reposent, en fait, sur des données qu'il n'est pas possible de vérifier. S'il en va ainsi, c'est que le thème de la déjudiciarisation – au-delà de son efficacité réelle ou supposée – est également porté par des considérations politiques. Or, en la matière, pour des raisons qui sont variées mais dont on ne peut exclure qu'elles reposent pour une large part sur la volonté d'alléger les finances publiques d'un poids dont elles ne peuvent plus assumer la charge, la déjudiciarisation se répand et ses hypothèses se multiplient. Nous nous en tiendrons donc aux données juridiques observables ainsi qu'aux expériences qui nous ont été livrées ci et là au fil du déroulement des travaux menés pour la mission de recherche.

Dans ces conditions, il nous appartient de rechercher quelle peut être l'efficacité des techniques de déjudiciarisation en matière civile, qui s'entendent pour une très large part des modes alternatifs de règlement des litiges.

**333.** Afin d'y voir plus clair, l'on peut distinguer entre deux types de déjudiciarisation, en distinguant selon qu'elles reposent sur une initiative de la loi – au sens matériel – ou bien, différemment, qu'elles sont le fruit de la volonté des parties. Si l'opposition est usée jusqu'à la trame et exprime une vision sans doute grossière de l'articulation entre la loi et la volonté individuelle – qui se complètent plus qu'elles ne s'opposent –, elle pose cependant d'emblée la différence de statut entre ces deux voies de la déjudiciarisation, en sorte qu'elle peut fournir un utile point de départ de la réflexion. L'efficacité des techniques légales de déjudiciarisation (I) sera ainsi envisagée avant celle des techniques conventionnelles (II).

---

<sup>1</sup> V. par ex. : B. Deffains, « L'analyse économique des modes de règlement des litiges », in P. Chevallier, Y. Desdevises, Ph. Milburn, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2002, p. 89 s. Sur le constat de l'insuffisance des outils statistiques, v. encore : L. Cadiet, « Rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, p. n° 11, p. 29.

<sup>2</sup> Sur ce constat au sujet de la conciliation et de la médiation, cf. récemment : F. Agostini, N. Molfessis, *Chantiers de la justice Amélioration et simplification de la procédure civile*, Ministère de la justice, janv. 2018, p. 25, note 51.

## **I. L'efficacité des techniques légales de déjudiciarisation**

**334.** L'efficacité de la déjudiciarisation varie en considération de ses acteurs, ce qui nous amène à distinguer selon que la mesure de déjudiciarisation est avant tout destinée aux parties (A) ou bien au juge (B).

### **A. Les mesures destinées aux parties**

**335.** La question fondamentale est la suivante, et peut-être formulée d'emblée : est-il plus efficace d'inciter les parties à trouver une solution amiable à leur différend ou bien faut-il les contraindre à entrer en négociation avant de saisir le juge ? La réponse est difficile, l'efficacité des mesures incitatives (1) comme obligatoires (2) n'étant pas toujours aisée à identifier, quand elle n'est pas symbolique au point qu'elle n'exprime plus qu'un vœu pieux.

#### **1. L'efficacité des incitations**

**336.** S'agissant des techniques incitatives mise en place par la loi, l'on raisonnera ici à partir de la nécessité de préciser dans l'assignation et dans la requête « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* », prévue par les articles 56 et 58 du code de procédure civile et issue du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015. L'efficacité comme l'utilité de cette mesure est difficile à apprécier, mais on peut raisonnablement douter que ces dispositions dissuadent véritablement la partie qui entend saisir le juge de le faire et, le cas échéant, l'incite à tenter une résolution amiable. Trois raisons au moins sont en ce sens.

La première tient au fait que, par hypothèse, le contrôle de cette condition intervient toujours après la saisine du juge par suite de l'assignation ou de la requête, en sorte que l'on pourrait considérer qu'il est déjà trop tard. La deuxième consiste en ceci que les diligences qu'il convient de relater dans l'acte ne sont pas précisément mentionnées et, en pratique, consistent souvent dans l'envoi d'une lettre formelle par laquelle le candidat à l'action en justice sollicite son adversaire en puissance afin de l'empresser à trouver une solution amiable, voire par laquelle il le met simplement en demeure de s'exécuter afin d'éviter une procédure judiciaire, au point qu'elle est le plus souvent fictive<sup>1</sup>. En somme, l'imprécision des diligences à

---

<sup>1</sup> Par ex., pour des décisions consultées à partir du site *Lexbase*, cf. : TGI Paris, 18 mars 2016, 15/16255 (mise en demeure et sommations de payer) ; CA Limoges, 24 octobre 2016, n° 16/00971 (proposition de médiation)

accomplir peut être perçue comme vidant de tout contenu réel le dispositif mis en place. Au surplus, le bien-fondé de l'exigence est le plus souvent douteux en présence d'une requête puisqu'elle ouvre sur une procédure qui par hypothèse n'est pas contradictoire. La troisième, qui a été maintes fois soulignée, tient à la sanction du dispositif mis en place et qui, au demeurant, explique que ces mesures soient ici rangées dans la catégorie des incitations. Aussi, alors que le texte utilise le présent de l'indicatif et suggère que la mention des diligences considérées constitue une obligation, la seule sanction qui découle de sa méconnaissance réside dans la faculté conférée au juge – qui est prévue par l'article 127 du code de procédure civile –, de proposer une mesure de conciliation ou de médiation<sup>1</sup>. Plus précisément si, à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée en ce sens, de nombreux arrêts rendus par les juges du fond soulignent que la nullité de l'assignation en une telle hypothèse ne peut pas être prononcée<sup>2</sup> et, *a fortiori*, l'irrecevabilité de la demande. Ce texte au contenu flou est donc porteur d'une sanction molle, mais celle-ci est précisément commandée par la nature incitative de ce dispositif.

**337.** Cela ne signifie pas, pour autant, que cette disposition n'est pas mobilisée en pratique par le défendeur une fois le procès entamé. A l'inverse, la stratégie est fréquente qui consiste, pour ce dernier, à solliciter du juge une mesure de conciliation ou de médiation fondée sur la méconnaissance de l'article 56 du code de procédure civile. Mais une telle demande revêt alors le plus souvent une fonction dilatoire, ce qui explique que les juges du fond – en particulier au stade de l'appel – rechignent à y faire droit et relèvent, par exemple, que les conditions d'une conciliation ou d'une médiation ne sont pas réunies en raison des « circonstances », de la « nature » ou de « l'ancienneté » du litige<sup>3</sup>. Ainsi présentée, cette mesure suscite davantage le débat judiciaire qu'elle ne contribue à désencombrer le prétoire. Dans une autre perspective, il convient d'éviter qu'une proposition en vue de trouver une

---

acceptée par le destinataire mais immédiatement suivie d'une assignation ; la cour d'appel relève que le demandeur avait cependant fait une démarche amiable, en sorte qu'il n'a pas semblé nécessaire à la cour d'appel que la proposition soit suivie d'effet).

<sup>1</sup> Art. 127, CPC : « S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ».

<sup>2</sup> De nombreuses décisions des juges du fond sont en ce sens, en sorte que l'argument n'a pas manqué d'être soulevé, par ex. : CA Limoges, 24 octobre 2016, n° 16/00971 ; CA Limoges, 24 octobre 2016, n° 16/00971 ; CA Paris, 14 février 2018, n° 17/14662 ; CA Douai, 21 décembre 2017, n° 17/00094 ; CA Paris, 17 octobre 2017, n° 16/08186 ; CA Douai, 14 septembre 2017, n° 16/04503 ; CA Douai, 6 juin 2017, n° 16/03664 ; CA Nîmes, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16/00435.

<sup>3</sup> Par ex., pour des décisions consultées à partir du site *Lexbase*, cf. : TGI Paris, 18 mars 2016, 15/16255, spéc. p. 4 ; CA Lyon, 30 janvier 2018, n° 17/03696 ; CA Aix-en-Provence, 19 octobre 2017, n° 16/00567 ; CA Douai, 14 septembre 2017, n° 16/04503.

démarche amiable ne soit l'occasion, pour le défendeur en puissance, de différer encore le traitement judiciaire du litige voire, plus encore, de gagner du temps dans la perspective de l'écoulement de la prescription qui ne se trouve pas suspendue par une simple négociation amiable entre les parties<sup>1</sup>. Une telle déjudiciarisation par prescription serait malheureuse. Les bonnes intentions qui ont présidé à l'adoption du texte ne doivent pas être instrumentalisées et le demandeur doit prendre soin de préserver ses droits en concluant, le cas échéant, un accord de suspension de la prescription s'il ne passe pas par une médiation, une conciliation ou une convention de procédure participative.

**338.** Est-ce à dire que les dispositions considérées sont inefficaces et que de l'incitation tourne à l'incantation ? Une telle conclusion serait hâtive. Même flous et porteurs d'une sanction molle, ces textes peuvent présenter une vertu directrice, en tant qu'ils soulignent un modèle vers lequel devrait tendre la résolution d'un litige : il est sans doute préférable qu'une démarche amiable précède la saisine des juridictions, sous les exceptions par ailleurs mentionnées au texte. **Ces dispositions pourraient ainsi endosser un rôle, sinon prophylactique, au moins pédagogique.** Pour autant, si ce rôle peut être jugé digne d'intérêt, il est alors douteux que ce dispositif trouve sa place aux articles 56 et 58 du code de procédure civile. S'il convient d'« éduquer » les parties en leur enseignant que les modes « déjudiciarisés » sont les instruments premiers de résolution des différends, c'est alors dans une section préliminaire du code de procédure civile, située avant les principes directeurs du procès, qu'un tel dispositif aurait chronologiquement sa place.

En passant de l'incitation à l'obligation, la mesure de l'efficacité de la déjudiciarisation appelle d'autres observations.

## **2. L'efficacité des obligations**

**339.** L'évocation d'une déjudiciarisation imposée peut elle-même faire l'objet de degrés et de nuances. Elle ne signifie pas nécessairement que les parties ne peuvent plus saisir le juge, en lui retirant le contentieux y afférent, mais elle peut encore conduire à imposer aux parties une période destinée à les apaiser, une sorte de *cooling period* procédurale, en créant un sas de conciliation avant de pouvoir accéder au juge. Dans ce registre, il faut évoquer les hypothèses

---

<sup>1</sup> L'art. 2234 du code civil envisage la médiation, la conciliation ou la convention de procédure participative.

dans lesquelles la recevabilité de l'action en justice est subordonnée à la preuve que les parties ont préalablement tenté de trouver une solution amiable et, plus précisément, une médiation ou une conciliation<sup>1</sup>. De telles méthodes parviennent sans doute à leur fin immédiate, dans la mesure où leur méconnaissance est sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande en justice. Parviennent-elles cependant à éviter définitivement la saisine du juge en permettant aux parties de trouver une issue amiable à leur litige ? Ici encore, il est difficile de se prononcer en l'absence de chiffres, cette donnée évoluant d'ailleurs à nouveau davantage sur le plan sociologique que du droit. Au demeurant, afin de produire leur plein effet, de telles démarches doivent nécessairement reposer sur la participation active des justiciables au règlement de leurs différends. Après la sociologie, la psychologie des parties a aussi son mot à dire, dont il est cependant bien délicat de se faire l'analyste, sauf à préciser que cette psychologie varie d'un plaideur à l'autre et que chacun conserve le souvenir de parties dont il est vain de vouloir à tout prix les amener à se concilier. Au-delà encore, l'aptitude à la conciliation n'est sans doute pas pleinement entrée dans la « *culture française* »<sup>2</sup>, dont on pressent qu'elle ne peut être façonnée par décret en sorte qu'il est vain de prétendre modifier l'attitude des justiciables par la multiplication des préalables obligatoires de tentative de règlement amiable des litiges. Si la volonté peut être un puissant instrument de résolution des litiges, c'est à la condition d'avoir été exprimée librement et non de manière contrainte. Sur le plan juridique, en tout cas, la sanction consiste alors en une irrecevabilité qui peut être prononcée d'office par le juge et qui apparaît alors, pour celui qui peut fort bien avoir les meilleures raisons du monde d'exercer une action en justice, comme une sanction.

Plutôt que d'agir directement sur les parties, l'autre levier de la déjudiciarisation consiste à agir sur le juge. L'efficacité de telles mesures doit être également évoquée.

## **B. Les mesures destinées au juge**

**340.** Ici encore, il est possible de distinguer les incitations à la déjudiciarisation et, au fond, les déjudiciarisations automatiques qui se réalisent par une modification de l'office du juge lequel, par exemple, se voit retirer une compétence ou un contentieux qui lui était naguère dévolu. S'agissant des incitations à la déjudiciarisation à l'initiative du juge, on sait qu'il entre déjà dans sa mission de concilier les parties et que, dans le prolongement, il s'est vu conférer

---

<sup>1</sup> V. N. Fricero, V. Mazeaud., Méthodes et domaines de la déjudiciarisation, ce rapport.

<sup>2</sup> E. Jeuland, *Droit processuel général*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 322.

en de nombreuses occasions le pouvoir d'inciter les parties à la recherche d'une solution extrajudiciaire, avec des pouvoirs plus ou moins directifs<sup>1</sup>. L'efficacité de ces dispositifs se confond davantage avec leur effectivité, dans la mesure où c'est l'exercice de ce pouvoir dévolu au juge qui nous renseigne sur l'aptitude du dispositif à éviter la résolution judiciaire du litige. Dans un autre registre, les mesures de déjudiciarisation qui passent par une restriction du rôle ou de la compétence du juge se prêtent également difficilement à un constat en termes d'efficacité. Plus précisément, l'on entre ici dans l'effet auto-réalisant de telles déjudiciarisations. En ce sens, dès lors que le changement de prénom se trouve désormais dévolu à l'officier de l'état civil – le juge aux affaires familiales n'intervenant qu'en cas de refus exprimé, le cas échéant, par le Procureur de la République<sup>2</sup> –, la mesure est mécaniquement efficace. Au surplus, en de telles hypothèses, l'intervention du juge n'est alors le plus souvent que déplacée, puisqu'il conserve un pouvoir de contrôle sur le prononcé de la mesure. C'est ce dont témoignent encore les hypothèses de déjudiciarisation en matière contractuelle où, à titre d'illustration, la résolution prononcée unilatéralement par le créancier pourra être contrôlée par le juge. Il restera alors à mesurer l'efficacité d'un tel report sur le volume du contentieux.

**341.** Le même constat peut être vérifié lorsque la déjudiciarisation conduit à confier la résolution de certains contentieux à des professionnels du droit, ce dont témoigne tant le divorce par consentement mutuel par acte contresigné par avocats puis déposé au rang des minutes d'un notaire<sup>3</sup> que le recouvrement simplifié des petites créances par les huissiers de justice<sup>4</sup>. Ces deux mécanismes permettent ainsi de soustraire certaines questions à la compétence du juge et conduisent, mécaniquement, à son éviction. Le succès que peuvent rencontrer ces techniques dépend cependant de la cohérence du mécanisme mis en place. Deux périls en menacent l'efficacité. D'une part, la déjudiciarisation est illusoire lorsqu'elle peut être trop aisément contournée. Le mécanisme du recouvrement simplifié des créances témoigne de la fragilité d'un dispositif dont la clef tient exclusivement à l'existence d'un

---

<sup>1</sup> Art. 845 CPC : le tribunal d'instance peut, à tout moment, « inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice » ; art. 129, al. 2, CPC : le juge qui doit procéder à une tentative préalable de conciliation peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice qui les informera sur l'objet et le déroulement de la conciliation, dans les conditions prévues par l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Ex. propres à la matière familiale : proposer une mesure de médiation : article 1071 CPC (procédure en matière familiale hors divorce), article 255-1° du code civil (mesures provisoires), article 373-2-10 du code civil (autorité parentale) ; enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation (art. 373-2-10, al. 3, du code civil).

<sup>2</sup> Art. 60 c. civ.

<sup>3</sup> Art. 229-1 s. c. civ.

<sup>4</sup> Art. L. 125-1 et R. 125-1 s. c. pr. civ. ex.

accord entre créancier et débiteur. En ce sens, la délivrance du titre exécutoire par l'huissier suppose précisément un accord du débiteur qui, s'il refuse, se trouvera donc simplement exposé aux règles classiques de l'exécution. Ce mécanisme dispense donc le créancier de recourir au juge uniquement lorsque le débiteur est d'accord pour payer, non lorsqu'il refuse. On comprend ainsi que l'on ait pu émettre quelques doutes sur l'efficacité d'une telle procédure, tant pour le créancier que pour le débiteur, dans la mesure où elle exprime peut-être une conception naïve ou angélique du recouvrement des créances<sup>1</sup>. D'autre part, l'efficacité de la déjudiciarisation n'est que relative lorsque l'éviction du juge ne fera que retarder la saisine du juge en générant un contentieux encore plus aride que celui que l'on entendait éviter. C'est ce risque que la contemplation du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire permet d'envisager. Ce divorce est certes devenu la voie de droit commun pour divorcer par consentement mutuel et, sur le plan quantitatif, les chiffres confirment qu'il est devenu la voie la plus utilisée en la matière<sup>2</sup>. À en rester là, l'efficacité de la déjudiciarisation quant au prononcé du divorce paraît donc remarquable. Deux éléments permettent d'atténuer un tel enthousiasme. Premièrement, le succès rencontré dans les chiffres s'explique simplement par le fait que les parties sont désormais dans l'obligation de choisir cette forme de divorce par consentement mutuel, sauf à établir qu'un enfant mineur issu du couple ait demandé à être auditionné ou, en substance, en présence d'une incapacité frappant un époux. Les époux n'ont donc tout simplement pas le choix de leur divorce par consentement mutuel. Au surplus, deuxièmement, l'éviction du juge pose la difficile question du retour au juge en présence d'une difficulté affectant la validité comme l'efficacité de la convention de divorce (nullité, résolution...). Or, ces questions sont passablement obscures, en particulier en ce qui concerne l'acclimatation des règles du droit des contrats au droit de la famille et, dans cette perspective, de l'appréciation de l'ordre public de la famille voire, plus précisément, du divorce<sup>3</sup>. Le régime d'un tel accord, même s'il est revêtu de l'exécution forcée en raison de l'intervention du notaire, soulève ainsi de nombreuses interrogations et reste à préciser,

---

<sup>1</sup> V. L. Sousa, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances », *Procédures* juin 2016, Etude 6.

<sup>2</sup> Pour une étude menée en ce sens, cf. le dossier : J. Houcier et *alii*, Divorce par consentement mutuel : le bilan, *AJ Famille* février 2018, p. 72 s.

<sup>3</sup> La circulaire du 26 janvier 2017 (JUSC1638274C) évoque, en ce sens, l'éviction des dispositions du droit commun des contrats qui seraient « *inconciliables par nature avec le divorce* » (Circulaire du 26 janvier 2017, fiche 2) et ainsi contraires à l'ordre public, telle la clause résolutoire, ou bien encore, au-delà de l'ordre public, l'éviction de la résolution par notification. Pourquoi ? L'ordre public est ici à géométrie variable et son invocation paraît bien curieuse : une fois le divorce ouvert au libre jeu des parties, l'on peine à comprendre pourquoi il faudrait évacuer les règles du droit commun des contrats, l'indisponibilité de l'état des personnes étant précisément écartée par le biais du mécanisme ici introduit. Il peut évidemment y avoir des nuances en la matière mais la difficulté consiste alors à les fixer. A ce titre, il aurait encore mieux valu que le législateur le prévoie expressément, car cette situation n'est ni simple ni efficace mais, tout à l'inverse, facteur de complexité et d'incertitude.

précisions qui pour l'essentiel ne pourront être obtenues qu'à la suite d'une intervention du juge. Ces brèves observations, sans remettre en cause l'efficacité d'un tel divorce, permettent simplement d'en relativiser la portée. Par où l'on voit que la déjudiciarisation intervient encore par un déplacement du rôle du juge qui peut se solder par un contentieux post-déjudiciarisation complexe, dont on espère toutefois qu'il sera compensé par le faible nombre de litiges.

C'est toutefois le plus souvent par un accord des parties que, *in fine*, le litige va se dénouer entre les parties au différend. L'efficacité de la déjudiciarisation repose ainsi, dans une large mesure, sur l'efficacité des modes conventionnels de déjudiciarisation.

## **II. L'efficacité des techniques conventionnelles de déjudiciarisation**

**342.** Les rapports du contrat et du procès, voire du jugement, sont désormais bien connus et ont été largement identifiés par la doctrine<sup>1</sup>. Ils nous conduisent ainsi à déterminer si le contrat peut constituer un substitut efficace au procès ou, le cas échéant, au jugement lui-même dont on sait qu'il est normalement revêtu de l'autorité de la chose jugée et, le cas échéant, de la force exécutoire. Au regard de ces éléments, quelle peut donc être l'efficacité propre du contrat en matière de déjudiciarisation ? Deux questions doivent cependant être soigneusement distinguées. Le contrat intervient en effet à des stades bien différents, dans la mesure où il peut être l'instrument utilisé pour organiser la résolution amiable du litige ou/et, le cas échéant, simplement venir clore le différend lorsque les parties sont parvenues à trouver un accord. Il faut ainsi distinguer l'efficacité des conventions qui fixent une procédure de résolution amiable du litige et l'efficacité des conventions qui, par la suite, viennent clore le litige et ainsi relaté la solution amiable à laquelle sont parvenues les parties. Les unes se veulent un substitut au procès (A), les autres au jugement (B).

### **A. L'efficacité des conventions de substitution au procès**

**343.** Les conventions qui ont pour objet se substituer au procès sont ici envisagées comme celles par lesquelles les parties organisent un mode de résolution amiable d'un différend. Elles se matérialisent soit, après la survenance du différend, par des contrats à part entière soit, en

---

<sup>1</sup> P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001.



amont du différend, par des clauses accessoires stipulées dans une convention ayant un autre objet<sup>1</sup>. L'efficacité de ces conventions, *lato sensu*, s'explique par la force obligatoire du contrat qui justifie tant l'existence de sanctions contractuelles (1) que de sanctions processuelles (2).

### 1. Force obligatoire et sanctions contractuelles

**344.** Les conventions de déjudiciarisation ont force obligatoire à l'évidente condition d'avoir été légalement formées et, au surplus, que les parties n'aient pas conféré à la procédure amiable de résolution du litige qu'elles instituent une valeur facultative<sup>2</sup>. Lorsqu'il en va ainsi et que les parties ont eu véritablement l'intention d'être liés juridiquement, le contenu obligatoire de ces conventions ne fait pas difficulté, qui passe déjà par la création d'obligations contractuelles par lesquelles les parties s'engagent à rechercher une issue amiable à leur différend voire en outre, à la mise en état du litige en ce qui concerne la convention de procédure participative. Les dispositions consacrées à la convention de procédure participative peuvent d'ailleurs désormais être érigées en modèle, en tant qu'elle est définie comme « *une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend (...)* »<sup>3</sup>. Cette définition peut constituer le socle à partir duquel se déclinent les clauses ou les accords de médiation et de conciliation, lesquelles puisent leur particularité dans le fait qu'elles font intervenir un tiers. Il s'agit donc « *d'une obligation de négocier mais pas de transiger* »<sup>4</sup>.

**345.** À ce stade, on soulignera qu'il est souvent ajouté que cette obligation d'entrer en recherche d'une solution amiable doit être exécutée de bonne foi ce qui, cependant, n'ajoute rien aux règles classiques du droit des contrats dont il résulte, aujourd'hui comme hier, que les contrats doivent être exécutés de bonne foi<sup>5</sup>. Cette directive générale témoigne cependant de la difficulté de conférer un contenu positif et précis à une telle obligation en l'absence de précisions contractuelles, lesquelles peuvent ainsi porter sur la désignation du tiers qu'il faut, le cas échéant, saisir, ou l'instauration d'un délai, d'un calendrier de réunions, d'échanges de propositions... L'imprécision de la clause peut expliquer que cette obligation soit parfois

---

<sup>1</sup> Sur ces clauses et leur inscription dans une typologie générale, v. : G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012.

<sup>2</sup> L. Cadiet, « Les clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Distribution*, n° 21.

<sup>3</sup> Art. 2062 c. civ.

<sup>4</sup> L. Cadiet, « Les clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Distribution*, n° 15.

<sup>5</sup> Art. 1104 c. civ.

perçue comme une coquille vide et que les accords sur le principe de la résolution amiable d'un différend sont parfois jugés inefficaces pour être dépourvus d'un objet suffisamment déterminé<sup>1</sup>. Elle conduit en tout cas, de manière négative, à interdire aux parties de saisir le juge avant d'avoir purgé le préalable instauré (conciliation, médiation, rapprochement...). Dès lors qu'elles ont une force obligatoire, les conventions de résolution du litige exposent *a priori* les parties à toutes les sanctions de l'inexécution du contrat. La résolution, la responsabilité contractuelle pourront ainsi notamment être envisagées, si tant est que les conditions en soient remplies et qu'elles présentent un intérêt pour le créancier de l'obligation méconnue, hypothèse qui ne paraît toutefois pas la plus fréquente<sup>2</sup>. Les parties pourraient d'ailleurs être amenées à assortir d'une clause pénale la méconnaissance du préalable obligatoire de conciliation ou la sortie prématurée du processus de résolution amiable, sous les limites habituelles qui encadrent ce type de clause et à la condition qu'il ne prive pas de sa substance le droit d'agir en justice. La sanction la plus adéquate à la violation de telles conventions ne réside toutefois pas directement dans le déclenchement des sanctions classiques de l'inexécution du contrat mais dans le prononcé d'une sanction processuelle.

## 2. Force obligatoire et sanction processuelle

**346.** La force obligatoire du contrat s'impose aux parties mais aussi au juge<sup>3</sup>, en ce sens où il est tenu d'appliquer le contrat qui lui est soumis et d'en faire respecter le contenu, quitte à l'interpréter en présence d'une obscurité ce qui ne conduit toutefois jamais – dans la pureté des principes – à le modifier. L'effet processuel des clauses de déjudiciarisation puise donc sa justification dans la force obligatoire du contrat, qui s'impose aux parties mais aussi au juge tenu d'appliquer le contrat. Cette sanction a été illustrée par le sort des clauses de médiation et de conciliation. La Cour de cassation leur reconnaît une efficacité maximale dans la mesure où elle retient, d'une part et à la suite d'un arrêt rendu en chambre mixte, que le défaut de mise en œuvre de la clause de conciliation ou de médiation est sanctionné par une fin de non-recevoir<sup>4</sup>. Une solution comparable est prévue pour la convention de procédure participative par l'article 2065 du code civil, dont il résulte que « *tant qu'elle est en cours, la convention de*

<sup>1</sup> Com., 29 avril 2014, 12-27004 (*cf. infra* n° 348 en note pour la citation développée).

<sup>2</sup> Sur ce constat, *cf. not.* : X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 376 s. ; L. Cadiet, Les clauses relatives aux litiges, J.-Cl. Distribution, n° 23.

<sup>3</sup> Sous cet aspect not., P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 s.; même auteur, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 6 s.

<sup>4</sup> Chambre mixte, 14 févr. 2003, 00-19423, n° 00-19.424 ; *D.* 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin, p. 2480, obs. T. Clay ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 349, obs. R. Perrot.

*procédure participative conclue avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige* ». D'autre part, dans le prolongement, la Cour de cassation a retenu – ici encore au terme d'un arrêt rendu en chambre mixte – qu'il n'était pas possible de régulariser cette fin de non-recevoir en cours d'instance<sup>1</sup>. Cette dernière solution témoigne de la faveur dont de telles conventions font l'objet en jurisprudence puisqu'elle conduit à considérer que la tentative amiable de résolution du litige intervenue en cours d'instance ne permet pas de racheter la violation initiale de la clause. L'efficacité de la clause prévaut sur l'appréhension pragmatique de la situation, l'hypothèse d'une issue amiable étant peu probable. Dans le prolongement, il a encore été jugé que de telles clauses ne peuvent, « *en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée* »<sup>2</sup>, en sorte qu'il suffit de le mentionner pour qu'elles puissent y faire échec, ce qui souligne tout leur intérêt<sup>3</sup>. Le périmètre d'efficacité de la clause tient donc pour l'essentiel aux stipulations du contrat.

Une difficulté demeure néanmoins qui tient à l'identification des clauses qui sont assorties d'une telle efficacité processuelle. Le sujet est sensible s'agissant des clauses de conciliation et de médiation, en raison d'une opposition entre la troisième chambre civile de la Cour de cassation et la chambre commerciale. La troisième chambre civile rappelle ainsi fréquemment que la clause contractuelle, qui institue une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, constitue une fin de non-recevoir<sup>4</sup>. De telles conditions paraissent ainsi suffisantes. En revanche, la chambre commerciale paraît exiger, en outre, que la clause soit assortie de « *conditions particulières de mise en œuvre* » pour pouvoir produire un tel effet<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *D.* 2015, p. 298, note C. Boillot, p. 287, obs. N. Fricero; *RTD civ.* 2015, 131, obs. H. Barbier et p. 187, obs. Ph. Théry. V. encore : Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 octobre 2016, 15-17989, publié ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 novembre 2017, 16-24642.

<sup>2</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 juin 2017, 16-11975 : « *une clause imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée ; que nonobstant une telle clause et l'engagement d'une procédure de médiation, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution* ». Contre-épreuve : Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 2014, 13-17920, *D.* 2014, p. 2004, 2541, obs. T. Clay, et 2015, p. 287, obs. N. Fricero.

<sup>3</sup> De même, si la clause n'impose pas une médiation ou une conciliation en présence d'une demande reconventionnelle, il n'en va ainsi que sous réserve d'une « *stipulation contraire* » (Com., 24 mai 2017, 15-25457).

<sup>4</sup> En particulier, Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mai 2016, 15-14464, *D.* 2016, p. 2377, note V.M., *RTD civ.* 2016, p. 621, obs. H. Barbier, *LEDC* juillet 2016, p. 2, obs. G. Guerlin, *Gaz. Pal.* 2016, n° 29, p. 61, obs. L. Mayer.

<sup>5</sup> Com., 29 avril 2014, 12-27004, publié, *D.* 2014, p. 2541, obs. T. Clay, *AJCA* 2014, p. 176, obs. N. Fricero, *D.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero, *JCP G* 2014, 711, O. Sabard, *Gaz. Pal.* 7-9 sept. 2014, p. 16, obs. S. Amrani-Mekki, *RTD civ.* 2014, p. 655, obs. H. Barbier, *JCP E* 2014, 1290, obs. N. Dissaux, *RDC* 2014, p. 704, obs. N. Cayrol, *LPA* 6 oct. 2014, p. 5, note A. Albarian. *Adde* : M. Foulon, Y. Strickler, Clauses conventionnelles de médiation hors instance, *JCP G* 2014, 1128.

L'efficacité des clauses est ainsi malmenée par une jurisprudence qui manque de clarté et trouve ici de fréquentes occasions de diverger, ce qui n'est guère satisfaisant pour la sécurité comme pour l'efficacité de ces modes conventionnels de résolution du litige.

**347.** Plusieurs voies permettraient de résoudre ces difficultés. La première consisterait à atténuer l'enjeu de la qualification. En reconnaissant, dans son arrêt fondateur, qu'une clause de conciliation pouvait constituer une fin de non-recevoir conventionnelle, la Cour de cassation a suscité, en retour, un contentieux relatif à la qualification de la clause elle-même. Or, une telle sanction processuelle n'a-t-elle pas vocation à être étendue à toutes les clauses qui instaurent un préalable obligatoire imposant la recherche d'une solution amiable avant la saisine du juge, y compris, donc, en l'absence de tiers désigné<sup>1</sup> ? Si la fin de non-recevoir procède de la seule volonté des parties, les autres clauses de déjudiciarisation pourraient fort bien justifier une telle sanction processuelle et, le cas échéant, une fin de non-recevoir, dès lors qu'elles portent sur le droit d'agir en justice. Au demeurant, cette solution a déjà été appliquée à une clause de rencontre entre les parties, hors la présence d'un tiers, ce qui démontre l'effet de contagion de cette sanction processuelle<sup>2</sup>. Pour autant, la difficulté de qualification ne s'en trouverait pas épuisée, puisque l'extension de cette sanction processuelle ne renseigne toujours pas sur les critères permettant de justifier son déclenchement.

Allant plus loin, les nombreuses controverses jurisprudentielles suscitées par l'appréhension juridique des clauses de déjudiciarisation pourraient justifier une clarification émanant du législateur ou du pouvoir exécutif. A ce titre, les dispositions du code de procédure civile consacrées à la conciliation ainsi qu'à la médiation conventionnelles ne sont guère éclairantes<sup>3</sup>, ni sur le contenu, ni sur les sanctions<sup>3</sup> de ces modes de règlement amiable des différends. Ce point ne serait pas problématique s'il n'était pas propice aux divergences jurisprudentielles qui, aussitôt tranchées, se renouvellent et se déplacent sur d'autres points du régime de ces conventions. Il pourrait ainsi être judicieux de préciser les éléments essentiels devant présider à la qualification de la clause de conciliation ou de médiation voire, dans le prolongement, de fixer ses conditions de validité, en s'inspirant, le cas échéant, des règles prévues pour la convention de procédure participative (écrit, durée...<sup>4</sup>). Une telle réforme,

---

<sup>1</sup> Sur la clause d'arrangement amiable, cf. L. Cadiet, *Clauses relatives aux litiges*, J.-Cl. Contrats – Distributions, sept. 2016, n° 14. *Adde* : L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 393.

<sup>2</sup> Com., 2 juin 2015, 14-13.289, inédit.

<sup>3</sup> Art. 1530 s. CPC.

<sup>4</sup> Art. 2062 s. c. civ.

sans brider la liberté des parties, leur permettrait à l'inverse de bénéficier d'un cadre précis au sein duquel leur volonté pourrait librement s'épanouir. Sans plonger la matière dans la contrainte et la rigidité, la délimitation du bénéfice du régime élaboré pour les clauses de conciliation ou de médiation obligatoires pourrait tarir un contentieux dont on a justement souligné qu'il était « *paradoxal* »<sup>1</sup>, dans la mesure où il prend naissance au sujet de clauses dont l'objet même tenait à l'évitement du juge.

**348.** Des règles communes se dégagent ainsi pour les différents accords de résolution du litige – clauses ou contrats –, lesquelles se voient reconnaître une force processuelle et instaurent des fins de non-recevoir conventionnelles qui ne sont donc pas limitativement énumérées par l'article 122 du code de procédure civile. Au-delà, lorsque la convention permet aux parties de trouver une issue à leur litige, un nouveau contrat interviendra alors, dont on espère qu'il permettra d'épuiser le litige. Son efficacité doit être à son tour précisée.

## **B. L'efficacité des conventions de substitution au jugement**

**349.** La différence fondamentale entre le contrat et le jugement est claire en apparence : le premier procède d'un accord de volontés des parties quand le second est le produit d'une décision du juge<sup>2</sup>. Que le contrat puisse se substituer à un jugement a cependant été envisagé de longue date et conditionne dans une large mesure l'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges. Quel autre instrument que le contrat pourrait aussi aisément relater l'accord des parties par lesquelles ces dernières terminent le différend qui les oppose ? L'efficacité d'un tel contrat pose alors deux questions classiques, celle de l'autorité de la chose ainsi contractée (1) et celle de sa force exécutoire (2).

### **1. L'autorité de chose contractée**

**350.** L'autorité de la chose jugée est, comme son nom l'indique, l'apanage du jugement. Le code civil, à travers le « modèle »<sup>3</sup> de la transaction, a pourtant largement contribué à acclimater l'idée que le contrat pouvait être revêtu d'une autorité comparable à celle du

---

<sup>1</sup> N. Fricero, « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », *D.* 2015, p. 1201.

<sup>2</sup> A. Jeammaud, « Propos introductifs », in P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 1.

<sup>3</sup> C. Jarrosson, La transaction comme modèle, in P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 58 s.

jugement, que l'on a pu désigner comme une autorité de chose transigée et qui, plus généralement, ouvre la voie d'une autorité de chose contractée. Cela ne signifie pas pour autant que le contrat se transforme en jugement mais, plus simplement, qu'il se voit attribuer l'une des conséquences du jugement. L'expression naguère employée par l'ancien article 2052 du code civil, en vertu duquel « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* », était ainsi erronée, un jugement en dernier recours pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation lequel se trouvait exclu au sujet d'un contrat. Aussi, comme on l'a maintes fois relevé, « *c'est l'exception de transaction qui (était) ici consacrée, c'est-à-dire la fin de non recevoir susceptible d'être opposée à la partie qui, en dépit de l'existence de la transaction, formerait une demande en justice* »<sup>1</sup>. La nouvelle formulation de cette disposition, issue de la loi du 18 novembre 2016, si elle est moins imagée, n'a pas modifié l'état du droit en retenant que « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ».

Avant comme après la modification de l'article 2052 du code civil, l'efficacité juridique de la transaction est donc assurée par l'existence d'une fin de non-recevoir qui trouve sa source dans le contrat conclu par les parties<sup>2</sup>. Elle interdit ainsi à l'une d'elles de soumettre au juge le différend qui a déjà été réglé par la transaction, à l'instar de l'autorité de la chose jugée qui interdit aux parties de soumettre le différend préalablement jugé à une juridiction de même degré. L'efficacité de la transaction suit cependant évidemment un cours distinct de celui du jugement puisque ce dernier est exposé aux voies de recours et non aux voies de nullité, quand l'efficacité de la transaction est naturellement menacée par l'exercice des actions en justice destinées à l'anéantir : action en nullité ou en résolution, qui en conditionnent l'efficacité et qui s'exercent désormais dans les pures limites du droit commun des contrats comme de la prescription.

A partir de ce constat, fort de l'analogie entre transaction et jugement, faut-il alors renforcer l'efficacité de la transaction en limitant, par exemple, les causes d'anéantissement dont elle pourrait faire l'objet ou bien encore, ce qui paraît davantage praticable, en enfermant les actions en contestation dans un délai inférieur à celui de cinq ans prévu pour le droit commun

---

<sup>1</sup> L. Mayer, « La transaction : un contrat spécial ? », *RTD civ.* 2014, p. 523, spéc. p. 535. Selon l'auteur, « aucune règle spéciale n'est (...) indispensable pour doter la transaction d'un effet extinctif ».

<sup>2</sup> Indépendamment même de la qualification de fin de non-recevoir, qui permet de préciser le régime juridique de tels instruments (art. 122 s. CPC), l'efficacité de la transaction pourrait pareillement être assurée par le prononcé d'un débouté au fond de la demande exercée en contradiction de la transaction conclue, l'accord pouvant avoir contribué à l'extinction même du droit substantiel (cf. Ass. plén., 4 juillet 1997, 93-43375).

de la prescription<sup>1</sup> ? Ce renforcement ne paraît pas souhaitable. D'une part, il prendrait le contre-pied de la réforme intervenue par la loi du 18 novembre 2016 qui a précisément eu pour effet d'aligner le régime de la transaction sur le droit commun des contrats, là où le droit antérieur lui assignait – quoi que de manière fort confuse et pour d'obscures raisons – un sort particulier, excluant par exemple à la suite d'une méprise commise par les rédacteurs du code civil l'erreur de droit<sup>2</sup>. D'autre part et surtout, un tel renforcement ne trouve pas de justification théorique ni pratique : la transaction demeure un contrat qui a vocation à être soumis au droit commun applicable en la matière, sa fonction processuelle n'ayant pas pour effet d'en modifier la nature ni de le purger des vices dont peuvent être entachés les contrats (vices du consentement, inexécution...).

**351.** La solution retenue pour la transaction pose cependant une question plus générale quant à l'efficacité des contrats de terminaison du litige. Si la transaction peut être conçue comme un « *modèle* » en la matière, il reste à déterminer si l'autorité dont il est affublé peut être appliquée à d'autres accords de solution au litige. La transaction supposant l'existence de concessions réciproques, l'efficacité des accords qui en seraient dépourvus peut non seulement poser question sous l'angle technique, mais aussi dans la perspective de la protection des parties à la transaction, que l'exigence de concessions réciproques a notamment pour effet de garantir. Sous cet aspect, si l'on met de côté les droits spéciaux qui peuvent qualifier de transaction des accords qui ne comportent pas de concessions réciproques et qui interviennent d'ailleurs parfois sans litige<sup>3</sup>, la liberté contractuelle justifie leur efficacité obligatoire comme processuelle. A côté de la transaction, il pourrait ainsi exister d'autres accords de solution du litige pour lesquels les parties n'auraient pas nécessairement entendu se consentir des concessions réciproques mais qui pourraient néanmoins être revêtus de l'autorité de chose contractée. Mais encore faut-il alors s'assurer que les parties ont bien entendu consentir à une telle convention et, plus précisément, que la partie qui renonce sans contrepartie à l'existence de son droit d'agir l'a fait en pleine connaissance de cause. S'il en va ainsi, il paraît difficile de ne pas reconnaître à de tels accords une force processuelle qui s'analyserait à son tour en une fin de non-recevoir de source conventionnelle : une fois la porte de la liberté contractuelle ouverte, il est en effet bien difficile de la refermer. La Cour de

---

<sup>1</sup> Comp., raisonnant à partir de l'homologation, Y. Desdevises, « Brèves remarques sur l'issue des modes alternatifs de règlement des différends », *Mélanges F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 313.

<sup>2</sup> V. encore : L. Mayer, « La transaction : un contrat spécial ? », *RTD civ.* 2014, p. 523.

<sup>3</sup> V. sur le régime de l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation et l'offre d'indemnisation faite par l'assureur à la victime qui, lorsqu'elle est acceptée, constitue une transaction par détermination de la loi : Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 novembre 2006, *Bull. civ.* II, n° 320.

cassation est d'ailleurs même allée à un stade plus avancé de la réflexion puisque, dans une affaire où était en cause un accord de règlement portant sur une indemnité d'assurance, elle a admis l'impossibilité pour l'assuré de contester la renonciation relatée dans deux accords par lesquels il renonçait à invoquer une exception et acceptait l'indemnité versée par l'assureur en relevant que, à la différence d'une transaction, la renonciation s'analysait en un acte unilatéral lequel ne supposait pas l'existence – et pour cause... – de concessions réciproques<sup>1</sup>. La Cour de cassation ne fait certes pas ici référence à l'existence d'une fin de non-recevoir, mais à suivre le raisonnement ainsi développé l'on ne voit pas ce qui empêcherait d'admettre qu'une telle renonciation produise un tel effet. Une pluralité d'actes juridiques peut ainsi se voir conférer un effet extinctif du droit d'agir et, partant, une autorité de chose contractée conçue sur le modèle de l'autorité de chose transigée. L'autorité processuelle ainsi dévolue au contrat, voire à l'acte unilatéral, n'implique cependant pas que l'acte soit revêtu de la force exécutoire.

## **2. La force exécutoire**

**352.** La force exécutoire pose une question nettement distincte de celle de l'autorité processuelle des conventions de déjudiciarisation. On sait en effet que ce qui a force exécutoire peut être, comme son nom l'indique, mis à exécution et, comme son nom ne l'indique pas, peut plus précisément faire l'objet de voies d'exécution qui peuvent mobiliser le recours à la force publique. Une telle prérogative dont la coloration régaliennne est manifeste n'entretient ainsi aucun lien évident avec les conventions de déjudiciarisation qui, par hypothèse, ont d'ailleurs pour objet de trouver un accord amiable entre les parties. L'on comprendra donc aisément que la transaction, par exemple, ne soit pas en elle-même et de manière automatique revêtue de la force exécutoire, pas davantage d'ailleurs que le jugement qui peut sans paradoxe être revêtu de l'autorité de la chose jugée sans être nécessairement assorti de la force exécutoire. Le droit français n'exclut cependant pas que de tels actes soient revêtus d'une telle force, force exécutoire qui est cependant facultative. Cette solution, outre les raisons de politique juridique, s'explique également par des considérations pratiques. En effet, en premier lieu, la force exécutoire n'est pas nécessaire pour faire échec à une action en justice. Elle permet simplement de déclencher des voies d'exécution et donc une saisie, ce qui suppose que l'indemnité ou les obligations prévues à la transaction n'aient pas été exécutées.

---

<sup>1</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 2 février 2017, 16-13521, publié, *RGDA* 2017, p. 172, note A. Pélissier.



La force exécutoire concerne donc simplement l'effet positif de la transaction – création d'obligations – et non son effet négatif – qui est d'interdire la saisine du juge, par le jeu d'une exception de chose transigée. L'intérêt de conférer un caractère exécutoire à une transaction ne manifeste donc pas toujours. En vérité, il ne se manifeste que lorsque l'acte impose aux parties des obligations dont l'exécution est différée par rapport à sa formation (obligation à terme ou à exécution successive...) et, fort banalement, à la condition que le débiteur refuse par la suite de s'exécuter<sup>1</sup>. Ces difficultés ne se rencontrent heureusement pas pour toutes les transactions, qui sont d'ailleurs souvent exécutées au moment même de leur formation.

Dans le prolongement, c'est l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution qui définit limitativement les titres exécutoires en précisant notamment que « *seuls constituent des titres exécutoires : 1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ; 2° (...); 3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; 4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; 4° bis Les accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposés au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil ; 5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article L. 125-1 (...)* ».

**353.** A rappeler les termes de cette disposition, deux techniques permettent de conférer une force exécutoire aux conventions de déjudiciarisation qui, les unes et les autres, ont pour point commun de faire intervenir un tiers. La première consiste en une homologation judiciaire des contrats considérés et suppose donc l'intervention du juge qui intervient alors en matière gracieuse<sup>2</sup>. Ce retour au juge pourrait sembler curieux voire inopportun dans la perspective d'une déjudiciarisation, mais il se justifie néanmoins pleinement en raison des conséquences importantes qui découlent de la reconnaissance du caractère exécutoire de l'acte considéré, dont on sait qu'elle déclenche les voies d'exécution.

Encore faut-il ajouter qu'une distinction est opérée par les textes s'agissant des contrats de

---

<sup>1</sup> V. par ex., avec en outre une caution présente mais non partie à l'acte : Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 janvier 2015, 13-27377.

<sup>2</sup> V. pour l'homologation de l'accord résultant d'une conciliation ou d'une médiation judiciaires : art. 131 CPC (conciliation judiciaire) et art. 131-12 CPC (médiation judiciaire).

solution du litige qui peuvent être soumis à l'homologation judiciaire. En la matière, le code de procédure civile distingue ainsi « *l'accord* » intervenu entre les parties à l'issue d'un mode alternatif de règlement des litiges désigné par la loi (conciliation, médiation, convention de procédure participative) – lequel peut toujours être homologué –, et la « *transaction* » qui met fin au litige sans avoir, par hypothèse, été obtenue à la suite d'un tel mode alternatif de règlement des litiges<sup>1</sup>. Le choix de ces deux termes – « *accord* » ou « *transaction* » – n'est pas neutre, la caractérisation d'une transaction étant évidemment plus exigeante que celle d'un simple « *accord* ». Concrètement, il en résulte ainsi que lorsqu'un « *accord* » est le fruit d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, il peut donc être soumis à l'homologation du juge qui le rendra exécutoire sans que le juge n'ait à s'interroger sur la qualification de transaction. En revanche, l'on peut en déduire que la force exécutoire ne peut être reconnue aux contrats de solution du litige intervenus en dehors d'une procédure structurée par la loi qu'à la condition de pouvoir être qualifiés de transaction, ce qui suppose en particulier de s'assurer de l'existence de concessions réciproques. Sans exagérer la portée pratique de ces dispositions, la distinction ainsi opérée n'est pas pleinement convaincante et l'on peut se demander si les parties ne pourraient pas d'un commun accord soumettre tout accord de solution du litige à l'homologation – quel que soit sa nature exacte – dès lors, précisément, que les deux parties le sollicitent en ce sens. La transaction pourrait ainsi être homologuée sur la requête de l'une des parties quand l'homologation des autres accords ne pourrait être sollicitée qu'en présence d'une « *demande de toutes les parties concernées* »<sup>2</sup>. Il resterait toutefois à s'assurer qu'une telle proposition réponde à un réel besoin de la pratique, ce qui n'est pas certain.

En toute hypothèse, l'homologation ne confère au juge qu'un rôle limité, dans la mesure où le contrôle du juge « *ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »<sup>3</sup>. Ce contrôle restreint – même s'il a pu être étendu au contrôle de « *l'absence de la formation* » de la convention<sup>4</sup> –, n'autorise évidemment pas le juge à modifier le contrat (art. 1565 c. pr. civ.), ni ne conduit d'ailleurs à

---

<sup>1</sup> Art. 1534 CPC (médiation conventionnelle), art. 1541 CPC (conciliation conventionnelle), art. 1557 CPC (convention de procédure participative), art. 1565 à 1568 du CPC (dispositions générales). *Adde* not. : art. 131 et 131-12 CPC (qui font référence à un « accord »).

<sup>2</sup> Nous reprenons, en la modifiant, une suggestion du professeur Y. Desdevises, « Brèves remarques sur l'issue des modes alternatifs de règlement des différends », *Mélanges F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 313.

<sup>3</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 mai 2011, 06-19527.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 septembre 2014, 13-11843, *AJCA* novembre 2014, note N. Fricero, p. 328, *JCP G.* 2014, chron. Procédure civile, obs. R. Libchaber (il s'agissait en l'occurrence de la non réalisation d'une condition suspensive qui affectait la transaction).

transformer le contrat en un jugement. L'homologation se présente ainsi comme « *l'activité judiciaire d'entérinement* » par laquelle le juge va conférer un « *avantage substantiel* » au contrat considéré qui consiste ici dans l'octroi de la force exécutoire<sup>1</sup>. Ce mécanisme paraît équilibré et peu contraignant en sorte qu'il n'appelle pas de critique décisive et, partant, ne paraît pas justifier de modifications significatives. Un auteur s'est cependant interrogé sur l'opportunité de « *bonifier* » encore les effets substantiels des contrats homologués par le juge, en limitant notamment le délai pour les contester, solution dont l'opportunité peut cependant être discutée et ce d'autant plus que les parties peuvent aménager elles-mêmes conventionnellement les délais de prescription, voire introduire un délai de forclusion<sup>2</sup>. Il paraît ainsi préférable de laisser les parties explorer les virtualités du contrat plutôt que d'augmenter ou de modifier les règles applicables en la matière.

**354.** La seconde technique conduit, au-delà encore, à se passer du juge lui-même en supprimant la nécessité d'obtenir son homologation du contrat tout en compensant sa disparition par l'intervention d'un notaire, lequel pourra relater la transaction par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire. La transaction sera alors, non seulement revêtu de l'autorité de la chose transigée mais, au surplus, exécutoire. C'est dans cette direction que s'inscrit, avec toutefois une augmentation des intervenants, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire puisque la convention signée des parties et contresignée par les avocats doit être déposée au rang des minutes d'un notaire afin de lui conférer date certaine et force exécutoire. Le cumul avocat notaire mis à part, c'est bien encore par l'intervention d'un professionnel du droit que se trouve compensée l'absence d'homologation du juge. L'équilibre ainsi réalisé paraît satisfaisant. Faut-il aller plus loin et admettre, par exemple, que l'acte sous seing privé contresigné par avocat puisse, par lui-même, être revêtu de la force exécutoire ? Il est sans doute trop tôt pour le dire et une telle innovation devrait au surplus être envisagée indépendamment de la seule problématique du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

---

<sup>1</sup> Y. Desdevises, « Brèves remarques sur l'issue des modes alternatifs de règlement des différends », *Mélanges F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 313.

<sup>2</sup> Par ex. : Com., 15 octobre 2013, 12-21704, *RTD civ.* 2014, p. 120, obs. H. Barbier, p. 705, obs. Ph. Théry ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juin 2014, 13-17272 ; Com. 30 mars 2016, 14-24874. *Adde* récemment : X. Lagarde, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2018, p. 469.

## Section 2 : Efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale

Catherine TZUTZUIANO

**355. La notion d'efficacité.** L'efficacité est communément définie comme l'obtention du but poursuivi ; comme en matière civile<sup>1</sup>, elle renvoie à « l'aptitude réelle de l'objet d'étude à réaliser son but »<sup>2</sup>. Pour apprécier l'efficacité de l'objet d'étude, il convient alors de rechercher quel est, ou quels sont, le ou les but(s) poursuivi(s) lors de l'instauration de l'objet en question. Ainsi, s'intéresser à l'efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale commande de rechercher quels sont les buts que le législateur poursuit lorsqu'il fait le choix de recourir à ces modes de règlement des suites d'une infraction. Pour ce faire, il nous faut revenir aux origines de la déjudiciarisation.

**356. Efficacité et origines de la déjudiciarisation.** Pendant longtemps, le principe de l'opportunité des poursuites autorisant le procureur de la République à apprécier les suites à donner aux plaintes et dénonciations (art. 40 du CPP) s'est résumé à l'alternative suivante : poursuivre ou classer sans suite. En principe, le classement sans suite relève des affaires dont les faits portés à la connaissance du parquet ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une poursuite pénale, par exemple, parce que l'auteur ou les auteurs de l'infraction demeure(nt) inconnu(s) ou encore en raison de l'inexistence ou de l'insuffisance d'éléments de preuve recueillis contre l'auteur présumé, de sorte que les poursuites seraient inévitablement vouées à l'échec. Cependant, devant l'encombrement des juridictions pénales devenues incapables d'absorber l'ensemble du contentieux, on a pu assister dans la pratique à un dévoiement du principe de l'opportunité des poursuites consistant à classer sans suite des affaires qui auraient pu faire l'objet de poursuites<sup>3</sup>. Certes, ces affaires ne visaient que des faits de faible gravité mais une réponse pénale devait leur être apportée, sauf à continuer à envoyer un très mauvais signal à l'égard des auteurs d'infractions, des victimes et de la société<sup>4</sup>. C'est précisément en raison de ces hypothèses de classement d'opportunité des affaires poursuivables que les modes déjudiciarisés ont été créés et développés « selon la philosophie nouvelle de

---

<sup>1</sup> Pour cette même définition, v. *supra* V. Mazeaud, « Efficacité des modes déjudiciarisés en matière civile », n° 331.

<sup>2</sup> R. Bettini, v° « Efficacité », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 219.

<sup>3</sup> M. Giacomelli, « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale », *RSC*, 2012, n° 3, pp. 505 et s.

<sup>4</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, Paris, Editions Cujas, 19<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 523.

systematisation de la réponse pénale »<sup>1</sup>. L'objectif premier du législateur est donc de mettre en place un système qui permette d'apporter une réponse pénale, quasi systématique, à la suite de la commission d'une infraction. Cependant, il convenait de tenir également compte de la cause à l'origine des classements sans suite de telles affaires, à savoir l'encombrement des juridictions pénales. Autrement dit, il convenait de penser un système qui puisse permettre d'apporter une réponse pénale sans pour autant saisir les tribunaux déjà surchargés. Pour ce faire, le législateur, s'inspirant de certaines pratiques parquetières, inscrit le règlement des suites de l'infraction dans un courant de règlement consensuel des litiges. En permettant aux parties de s'accorder sur la réponse pénale à apporter, le litige pénal qui les oppose pourrait être réglé tout en faisant l'économie d'un procès. C'est ainsi que s'est, légalement, développée la déjudiciarisation en matière pénale, et c'est à l'aune de ces objectifs que doit s'apprécier l'efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale.

**357. L'appréciation de l'efficacité des modes déjudiciarisés.** Il ressort de l'analyse des origines de la déjudiciarisation ainsi que de la manière dont les modes déjudiciarisés ont été conçus que le but premier poursuivi par le législateur est d'apporter une réponse au contentieux pénal sans pour autant surcharger les tribunaux. Dès lors, les modes déjudiciarisés pourront être considérés comme efficaces s'ils permettent d'atteindre ce but. L'efficacité de ces mécanismes est donc, très clairement, subordonnée au respect d'une logique quantitative de gestion du contentieux pénal (I). Le taux de recours aux modes déjudiciarisés, et plus largement aux procédures alternatives, est, d'ailleurs, devenu un indicateur central en matière pénale au sein du projet annuel de performance de la justice judiciaire. Cependant, examiner l'efficacité des modes déjudiciarisés sous l'angle quantitatif ne doit pas conduire au sacrifice des aspects qualitatifs de ces mécanismes. Nous procéderions là à une appréciation partielle de leur efficacité. Il faut en effet garder à l'esprit, d'une part, que l'efficacité de ces modes déjudiciarisés ne se manifeste pleinement qu'à la condition que les mêmes faits infractionnels ne puissent plus se présenter devant les tribunaux. Pour ce faire, il faut que la mesure proposée soit correctement exécutée. Dans le cas contraire, l'engagement des poursuites classiques devient possible, compromettant alors la logique quantitative de gestion des litiges pénaux. D'autre part, la logique consensuelle sur laquelle ces mécanismes reposent atteste, outre la volonté de parvenir à une gestion quantitative du contentieux pénal, d'une volonté de parvenir à une pacification des conflits, à une justice pénale plus apaisée<sup>2</sup>. « La conciliation et

---

<sup>1</sup> M. Giacomelli, préc.

<sup>2</sup> S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, Paris, 2008.

la discussion [étant] dans l'essence des sociétés humaines (...) »<sup>1</sup>, il convient donc de ne pas occulter la dimension anthropologique ou philosophique qui a conduit à l'instauration de ces modes déjudiciarisés. Dès lors, outre la seule logique quantitative (I), l'instauration des modes déjudiciarisés repose également sur une logique de gestion qualitative (II) du règlement des suites de l'infraction. L'efficacité des modes déjudiciarisés est subordonnée au respect de ces deux logiques.

## **I. Le respect d'une logique quantitative de gestion du contentieux pénal**

**358.** Au regard des objectifs poursuivis par le législateur, l'étude de l'efficacité des modes déjudiciarisés commande de rechercher, d'une part, si ces modes de règlement des litiges pénaux permettent d'apporter la réponse pénale attendue et, d'autre part, s'ils permettent de contourner le système judiciaire. L'analyse des données statistiques éditées par le ministère de la Justice démontre l'apport indéniable d'une réponse pénale par la voie des modes déjudiciarisés (A). En revanche, l'examen relatif aux conditions d'application de ces mécanismes révèle que le contournement du système judiciaire reste, quant à lui, perfectible (B).

### **A. L'indéniable apport d'une réponse pénale par la voie des modes déjudiciarisés**

**359.** Confronté à la surcharge des juridictions, le classement sans suite, instrument de politique criminelle, a, par un usage dévoyé, servi d'instrument de gestion du contentieux pénal. Cette gestion du contentieux pénal se présentait alors comme une gestion que l'on pourrait qualifier de négative puisque, en cas de classement sans suite d'opportunité, aucune réponse pénale n'est apportée à des faits pourtant poursuivables. Les modes déjudiciarisés, conçus justement pour permettre d'apporter une réponse pénale à la commission d'une infraction, se présentent, quant à eux, comme des instruments de gestion positive de ce contentieux.

L'examen de leur efficacité commande donc de vérifier si ces modes déjudiciarisés produisent l'effet attendu. Pour ce faire, il convient, dans un premier temps, de rechercher si, depuis leur instauration, le nombre d'affaires ayant reçu une réponse pénale a augmenté, entraînant alors

---

<sup>1</sup> J.-Ch. Crocq, « Du droit de la transaction au droit à la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives et simplifiées », *AJ Pénal*, 2015, n° 10, pp. 465 et s.

une diminution du nombre de classements sans suite. Si tel est le cas, il est possible de supposer l'existence d'une relation de cause à effet entre l'instauration des modes déjudiciarisés, l'augmentation du nombre de réponses pénales et la diminution consécutive du nombre de classements sans suite (1). Cependant, afin de contrôler la véracité de cette relation et d'être assuré que la hausse du nombre de réponses pénales trouve bien son origine dans le recours aux modes déjudiciarisés, il convient de rechercher quelle est, au sein des affaires ayant reçu une réponse pénale, la part de réponses pénales attribuable à ces mécanismes par rapport à celle attribuable aux poursuites classiques<sup>1</sup> (2).

### **1. La hausse significative du nombre de réponses pénales depuis l'instauration des modes déjudiciarisés**

**360. Méthodologie.** Pour examiner si les modes déjudiciarisés ont atteint le but pour lequel ils ont été institués, à savoir permettre d'apporter une réponse pénale systématique aux affaires poursuivables afin de limiter les classements sans suite aux seuls cas où « *les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* » (art. 40-1, 3° du CPP), nous avons choisi de réaliser un graphique représentatif de l'orientation des affaires poursuivables en distinguant, parmi ces affaires, les affaires ayant reçu une réponse pénale des affaires ayant fait l'objet d'un classement sans suite.

Ainsi, la courbe de référence, dénommée « affaires poursuivables », représente le nombre d'affaires susceptibles de recevoir une réponse pénale. Il s'agit de la différence entre le nombre d'affaires traitées par les parquets duquel est retranché le nombre d'affaires non poursuivables<sup>2</sup>. Au sein de ces affaires poursuivables, on distingue celles ayant reçu une réponse pénale de celles ayant fait l'objet d'un classement sans suite. La courbe « réponses pénales » correspond donc au nombre d'affaires poursuivables ayant connu une suite quelle qu'elle soit, c'est-à-dire soit par la voie de poursuites classiques, soit par la voie du recours aux modes déjudiciarisés. La courbe « classements sans suite » correspond aux affaires poursuivables n'ayant pas reçu de réponse pénale, soit le nombre d'affaires poursuivables duquel est retranché le nombre d'affaires ayant reçu une réponse pénale quelle qu'elle soit.

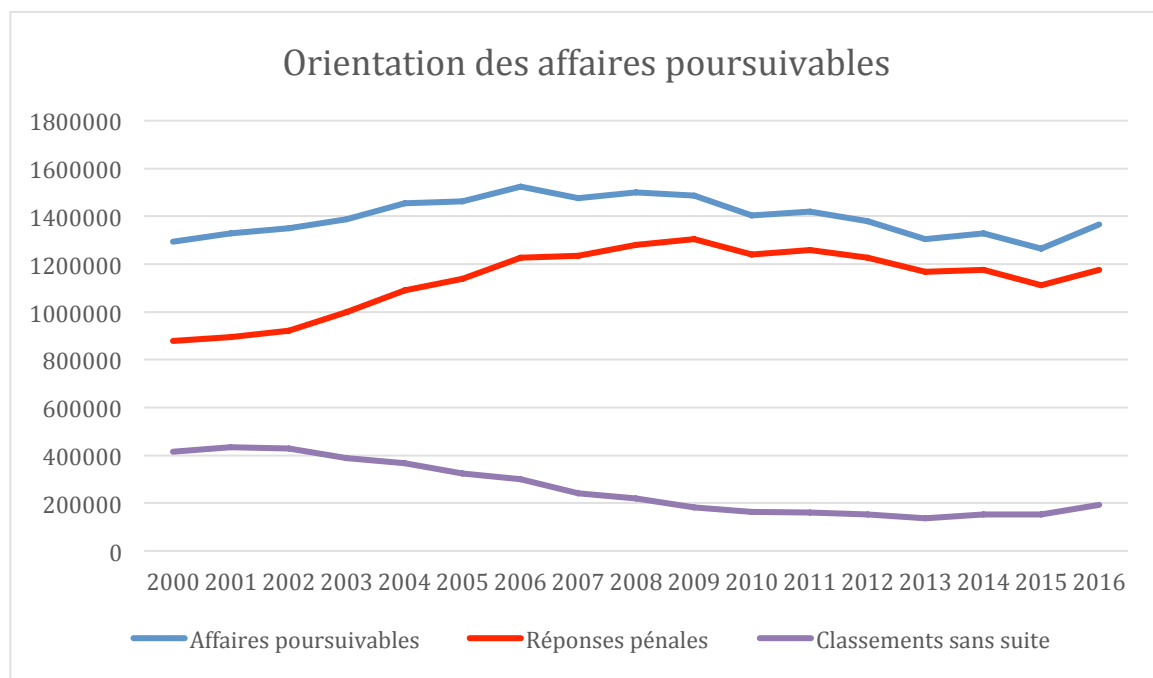
---

<sup>1</sup> Les graphiques et calculs réalisés dans cette étude l'ont été à partir des chiffres « cadres du parquet », édités par la sous-direction de la Statistique et des Etudes du ministère de la Justice.

<sup>2</sup> Les affaires non poursuivables correspondent aux affaires pour lesquelles il est constaté une absence d'infraction (telles les affaires enregistrées comme pénales mais qui se révèlent être de nature purement civile ou commerciale), celles pour lesquelles l'infraction est mal caractérisée (circonstances indéterminées ou charges insuffisantes), ou encore celles pour lesquelles l'infraction ne peut pas être poursuivie en raison d'un motif juridique (extinction action publique, immunité, irrégularité de la procédure).

Cette tendance est établie pour la période 2000-2016. L'année 2000 constitue notre point de départ. L'année 2000 est une année « zéro » qui donne à voir la masse du contentieux et la façon dont les juridictions s'en saisissent, dans une période où la diversification des modes déjudiciarisés n'en est qu'à ses balbutiements. En effet, la médiation pénale existe depuis 1993<sup>1</sup> et la composition pénale vient tout juste d'être instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999<sup>2</sup>. La dernière date correspond à la date des derniers chiffres connus, soit ceux de l'année 2016. À cette date, la transaction pénale de l'article 41-1-1 du CPP a fait son entrée au sein des modes déjudiciarisés depuis un peu plus de deux ans, mais elle n'est véritablement opérationnelle que depuis l'entrée en vigueur du décret d'application du 13 octobre 2015<sup>3</sup>, elle n'en est donc qu'à ses débuts (mais les autres modes déjudiciarisés listés en introduction sont déjà à l'œuvre depuis quelques années)<sup>4</sup>. S'agissant de la CJIP, celle-ci n'est pas concernée par ces données, ayant été instaurée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016<sup>5</sup>.

**361. Résultats.** Pour la période étudiée, l'orientation des affaires poursuivables s'est opérée comme suit :



<sup>1</sup> Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0003 du 4 janvier 1993.

<sup>2</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JORF* n° 144 du 24 juin 1999.

<sup>3</sup> Décret n° 2015-1272 du 13 octobre 2015 pris pour l'application des articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure, *JORF* n° 0239 du 15 octobre 2015, p. 19102, abrogé à la suite de la décision du Conseil d'Etat n° 395321 et n° 395509 en date du 24 mai 2017.

<sup>4</sup> Les amendes forfaitaires ne sont pas comptabilisées.

<sup>5</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016.



À la lecture de ce graphique, le constat est clair : quand bien même le nombre d'affaires poursuivables augmente, le nombre de réponses pénales augmente également. Converti en taux, le taux de réponse pénale est ainsi passé de 67,9% des affaires poursuivables en 2000 à 86% en 2016 avec un taux record de 89,6% en 2013. Quant au nombre de classements sans suite, celui-ci a nettement chuté sur la période examinée (même si l'on constate une légère reprise à la hausse depuis 2014), signe de l'objectif atteint.

Ceci étant, il reste à savoir si cette hausse du taux de réponse pénale est bien attribuable à l'instauration et au développement des modes déjudiciarisés. En effet, la hausse du nombre de réponses pénales pourrait tout aussi bien être due à d'autres facteurs (l'augmentation du nombre de magistrats par exemple). La part consacrée aux modes déjudiciarisés dans le nombre d'affaires ayant reçu une réponse pénale doit donc être recherchée pour pouvoir confirmer l'hypothèse d'un rapport de cause à effet.

Néanmoins, il est d'ores et déjà possible d'observer que cette hausse de la réponse pénale suit, assez nettement, l'instauration et la diversification des modes déjudiciarisés. Une première date intéressante est l'année 2002. C'est à partir de cette date que le nombre de classements sans suite entame sa chute, et ce, alors même que le nombre d'affaires poursuivables augmente. Sachant qu'on estime qu'une réforme législative produit des effets visibles dans les pratiques quotidiennes des acteurs de la justice dans un délai de deux à trois ans<sup>1</sup>, on peut supposer qu'il peut s'agir là des effets de la rupture opérée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, instaurant la composition pénale et diversifiant les mesures proposées dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 41-1 du CPP. L'année 2006 est également intéressante dans la mesure où il s'agit, pour la période étudiée, de celle où le nombre d'affaires poursuivables est au plus haut. Or, dans cette configuration, le nombre de classements sans suite continue de baisser et le nombre de réponses pénales d'augmenter. On peut supposer qu'il y a là une relation de cause à effet avec l'introduction de la CRPC par la loi du 9 mars 2004<sup>2</sup> mais aussi avec l'extension du champ d'application de l'ordonnance pénale délictuelle<sup>3</sup>. Il en va de

---

<sup>1</sup> V. Gautron et J.-N. Retière, « Le traitement pénal aujourd'hui : juger ou gérer ? Présentation du dossier », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, pp. 579 et s.

<sup>2</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n° 59 du 10 mars 2004.

<sup>3</sup> Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* n° 211 du 10 septembre 2002 (l'extension du champ d'application de l'OP opérée par cette loi a, assurément, produit des effets sur le nombre de réponses pénales avant l'année 2006) et la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 0179 du 3 août 2005. Par la suite (après 2006), le champ d'application de l'OP sera encore étendu avec les lois n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance,

même pour l'année 2013 où, cette fois-ci en termes de taux, le taux de réponse pénale atteint 89,6%. Un rapport de cause à effet peut être établi avec l'extension des champs d'application des procédures simplifiées (CRPC et OP), et notamment l'extension de la CRPC à tous les délits, par la loi du n° 2011-1862 du 13 décembre 2011<sup>1</sup>. C'est ce rapport de cause à effet qu'il nous faut maintenant vérifier en distinguant, parmi les affaires ayant reçu une réponse pénale, celles qui ont été réglées par la voie des modes déjudiciarisés de celles réglées par la voie des poursuites classiques.

## **2. Une hausse du nombre de réponses pénales attribuable aux modes déjudiciarisés ou simplifiés**

**362. Méthodologie.** Afin de vérifier l'hypothèse précédemment formulée (selon laquelle la hausse du nombre de réponses pénales serait attribuable à l'instauration et au développement des modes déjudiciarisés), il convient d'examiner quel est, parmi les affaires ayant reçu une réponse pénale, le nombre de réponses pénales apportées par la voie des modes déjudiciarisés.

Pour ce faire, nous avons réalisé un graphique représentatif de l'orientation des affaires ayant reçu une réponse pénale. La courbe « réponses pénales » est la courbe de référence, elle correspond au nombre d'affaires poursuivables ayant connu une suite quelle qu'elle soit. La courbe « poursuites classiques » correspond au nombre d'affaires traitées par la voie de poursuites classiques, soit les affaires ayant donné lieu à l'engagement des poursuites hors les procédures simplifiées de la CRPC et de l'OP. La courbe « modes déjudiciarisés » représente le nombre d'affaires ayant été traitées par la voie des modes déjudiciarisés, soit les affaires ayant fait l'objet d'une mesure prévue à l'article 41-1 du CPP, celles ayant fait l'objet d'une mesure alternative aux poursuites (la composition pénale et les transactions pénales)<sup>2</sup> ainsi que les affaires traitées par la voie des procédures simplifiées, à savoir la CRPC et l'OP.

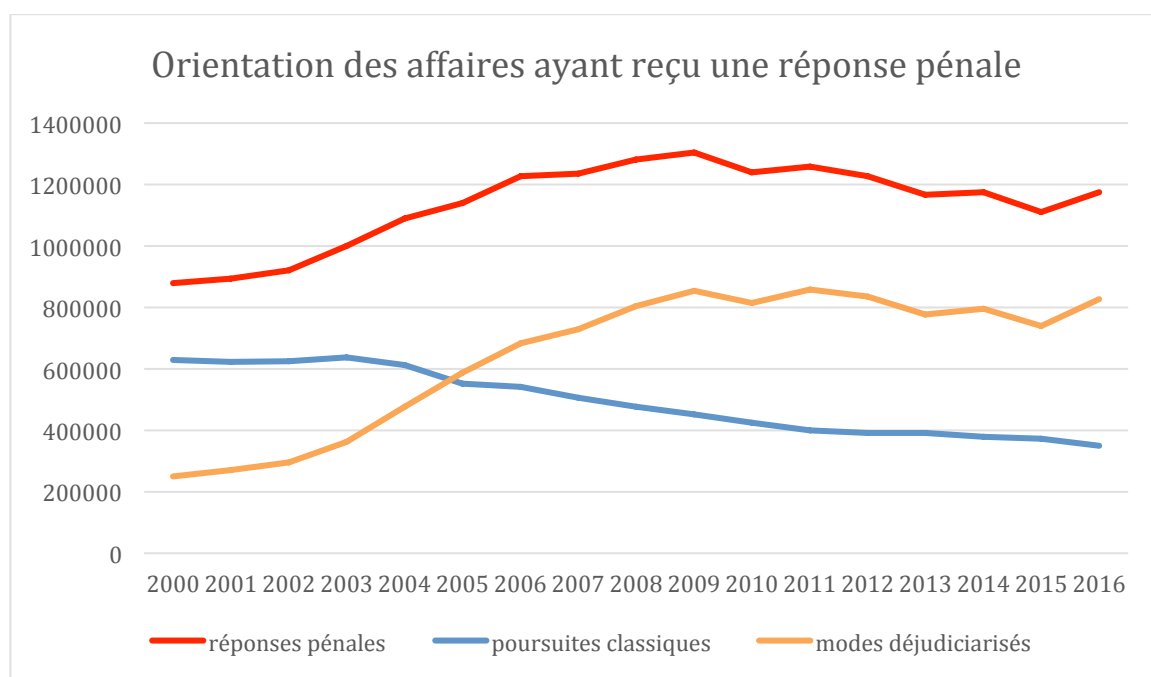
---

*JORF* n° 0056 du 7 mars 2007, n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* n° 0289 du 14 décembre 2011, par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, JO n° 0062 du 13 mars 2012 et par la loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif, *JORF* n° 0057 du 7 mars 2012.

<sup>1</sup> Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* n° 0289 du 14 décembre 2011.

<sup>2</sup> La convention judiciaire d'intérêt public ayant été créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, celle-ci n'est pas, par la force des choses, comprise dans ces chiffres. Par ailleurs, il nous faut indiquer que, pour la présentation des chiffres-clés du ministère de la Justice, la sous-direction de la Statistique et des Etudes distingue la composition pénale des procédures alternatives aux poursuites. Il existe, en effet, une entrée intitulée « procédures alternatives aux poursuites » et une entrée « composition pénale » induisant alors que la

**363. Résultats.** Pour la période 2000-2016, l'orientation des affaires ayant reçu une réponse pénale s'est opérée comme suit :



À la lecture de ce graphique, il apparaît clairement que l'accroissement du nombre d'affaires ayant reçu une réponse pénale est bien attribuable aux modes déjudiciarisés et aux modes simplifiés de poursuites pénales. En effet, la courbe représentative du nombre d'affaires ayant reçu une réponse pénale par la voie des modes déjudiciarisés suit la progression de la courbe des réponses pénales alors que, dans le même temps, le nombre d'affaires ayant reçu une réponse pénale par la voie des poursuites classiques ne cesse de diminuer.

Ainsi, non seulement le nombre de réponses pénales attribuables aux modes déjudiciarisés ne fait que progresser, mais il dépasse, depuis 2005, le nombre d'affaires réglées par la voie des poursuites classiques (on rappellera qu'à cette date la plupart des modes déjudiciarisés ont été instaurés). Converti en taux, le taux d'affaires ayant reçu une réponse pénale par la voie des modes déjudiciarisés est ainsi passé de 28,4% en 2000, à 51,5% en 2005, pour atteindre un taux de 70,3% en 2016.

---

composition pénale ne serait pas une alternative aux poursuites, sans pour autant la classer dans la catégorie des poursuites. Considérant, pour notre part, que la composition pénale est une alternative aux poursuites, comme l'indique le législateur à l'article 40-1 du CPP, nos données chiffrées correspondant aux mesures alternatives incluent les compositions pénales.

**364. Conclusion.** Il ressort de l'analyse de ces données qu'une partie de l'objectif poursuivi par le législateur au moyen des modes déjudiciarisés, à savoir apporter une réponse pénale quasi systématique, a, indéniablement, été atteinte dans la mesure où les modes déjudiciarisés permettent d'apporter une réponse pénale à plus de la moitié des affaires poursuivables (60,4% en 2016 contre 40,1% en 2005 et 19,3% en 2000).

Ceci étant, la logique quantitative de gestion du contentieux pénal ne pourra être véritablement respectée que si, au-delà des seules données chiffrées, ces modes déjudiciarisés permettent d'apporter une réponse pénale tout en contournant le système judiciaire. Tel est l'essence même de la déjudiciarisation : supprimer l'intervention du juge là où, en principe, il est appelé à intervenir.

## **B. Un contournement du système judiciaire perfectible**

**365.** Pour les raisons déjà exposées dans ce rapport<sup>1</sup>, les modes déjudiciarisés en matière pénale ne peuvent s'organiser totalement à l'abri du juge. Ils permettent néanmoins de contourner certaines étapes, en principe indispensables aux fins de règlement du contentieux pénal et, notamment, l'étape du débat judiciaire aux fins d'établissement de la culpabilité<sup>2</sup>. En cela, les modes déjudiciarisés, permettant un gain de temps et une économie de moyens dans le règlement des suites de l'infraction, s'inscrivent clairement dans une logique quantitative de gestion du contentieux pénal. Toutefois, le contournement du système judiciaire pourrait être accru en supprimant l'intervention du juge du siège, lorsque celle-ci n'est pas ou n'est plus nécessaire. Ceci nous conduit à envisager, d'une part, la possible suppression du juge du siège dans les cas où son intervention n'est pas, constitutionnellement, nécessaire (1) et

---

<sup>1</sup> V. *supra* N. Catelan, « Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière pénale ».

<sup>2</sup> C'est la reconnaissance, par l'intéressé, de la commission des faits qui lui sont reprochés qui permet de faire l'économie d'un procès aux fins d'établissement de la culpabilité. Cette reconnaissance de la commission des faits, est, dans certains cas, et notamment en matière de CRPC et de composition pénale, une condition du recours à ces dispositifs. Pour le reste, quand bien même la reconnaissance de la commission des faits reprochés n'est pas expressément exigée, elle se déduit du consentement de l'intéressé à la proposition qui lui est faite. On notera qu'en matière d'ordonnance pénale (et il en va de même en matière d'amende forfaitaire), la reconnaissance de la commission des faits par l'intéressé est simplement déduite de l'absence d'opposition (ou de l'absence de formulation d'une requête en exonération s'agissant de la procédure de l'amende forfaitaire) à la décision rendue. Elle est donc postérieure au prononcé de la sanction. En ce sens, C. Viennot, indique, *in Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, n° 270, p. 296, que le consentement du justiciable est, en la matière, « présumé ». « C'est en fait l'exécution de l'OPD, ou l'absence d'opposition, qui emporte de fait le consentement de l'auteur à la déclaration de culpabilité et à la sanction » ; G. Roussel, « L'essor de l'ordonnance pénale délictuelle », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, pp. 607 et s.

d'autre part, la souhaitable reconnaissance de l'effet extinctif de l'exécution des mesures résultant de la mise en œuvre de ces modes déjudiciarisés sur l'action publique (2).

### 1. La possible suppression de l'intervention du juge du siège

**366. Critère.** Dans une logique quantitative de gestion du contentieux pénal, outre l'éviction du débat judiciaire, le législateur pourrait également faire l'économie de l'intervention du juge du siège requise aux fins de validation ou d'homologation de l'accord conclu<sup>1</sup>. Cette possible suppression de l'intervention du juge du siège ne vaut pas pour tous les modes déjudiciarisés. L'intervention du juge du siège est indispensable lors de la mise en œuvre des procédures simplifiées (CRPC et OP) en raison des poursuites engagées, ce qui avait d'ailleurs conduit à exclure ces procédés du champ des modes déjudiciarisés<sup>2</sup>. Il en va du respect du principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement. En revanche, lorsque le recours à l'un des modes déjudiciarisés intervient préalablement à l'engagement des poursuites, il convient de ne pas exagérer la nécessité d'une intervention du juge du siège en la généralisant à tous les modes déjudiciarisés, ou plus exactement en l'imposant quelle que soit la mesure proposable.

En effet, en l'absence de poursuites, aucun juge du siège n'ayant été saisi, le pouvoir de transiger reconnu au procureur de la République n'empiète pas sur les prérogatives du juge du siège<sup>3</sup>. Dans cette configuration, l'intervention de ce dernier n'est, constitutionnellement, indispensable, comme l'ont précisé les juges constitutionnels dans leur décision du 2 février de 1995<sup>4</sup>, que si la mesure résultant de la mise en œuvre de l'un de ces modes déjudiciarisés est attentatoire à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. À la date à

---

<sup>1</sup> Il existe, là encore, une certaine diversité quant au rôle du juge du siège lors qu'il intervient en ces matières mais aussi quant aux conditions dans lesquelles se déroule cette phase d'homologation ou de validation.

<sup>2</sup> V. *supra* E. Raschel, « Notion et définition de la déjudiciarisation ».

<sup>3</sup> Lorsque le recours à la convention judiciaire d'intérêt public est proposé au cours de l'information judiciaire (art. 180-2 du CPP), l'intervention du juge du siège est, en revanche, indispensable puisque le recours à une telle mesure intervient postérieurement à la saisine d'un juge du siège. À ce propos, des auteurs ont pu souligner qu'« en pratique, les infractions visées par l'article 41-1-2 du CPP, compte-tenu de la complexité des investigations à mener, donnent très souvent lieu à l'ouverture d'une information judiciaire, et qu'il est donc très probable qu'un grand nombre de conventions interviendront au stade de l'instruction » : É. Dezeuze et G. Pellegrin, « Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public - À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP G.*, 2017, n° 3, doct. 64, pp. 101 et s. D'ailleurs, la première ordonnance de validation rendue dans le cadre de la mise en œuvre de ce nouveau mode déjudiciarisé concerne un cas de renvoi au cours de l'information judiciaire. V. M. Segonds, « De l'art de l'ombre à l'art du clair-obscur », *Dr. pén.*, 2018, n° 1, comm. 14.

<sup>4</sup> Cons. Const., 2 février 1995, n° 95-360 DC, consid. n° 6 ; B. Bourdeau, « L'injonction pénale avortée : scories sur une question de confiance », *Actualité législative Dalloz*, 30 mars 1995, n° 6, p. 45 ; J. Volff, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.*, 1995, n° 26, p. 201.

laquelle cette décision a été rendue, les juges constitutionnels retenaient une conception extensive de la notion de liberté individuelle. Or l'on sait que depuis<sup>1</sup>, la conception de la liberté individuelle a retrouvé son sens originel pour être limitée à la seule, mais importante, liberté de ne pas être arbitrairement détenu et ne renvoie pas aux autres composantes de la liberté personnelle (comme la liberté d'aller et venir ou la vie privée) lesquelles sont protégées par des normes constitutionnelles spécifiques. Partant, à la lumière de ces décisions, il faut considérer qu'en l'absence de mesure attentatoire à la liberté individuelle, entendue strictement, l'intervention d'un juge du siège n'est pas nécessaire.

**367. Sans juge.** Il en résulte que le législateur pourrait dans certains cas, en matière de transactions pénales de droit commun, de convention judiciaire d'intérêt public et de composition pénale, au regard de la mesure proposable et non plus au regard du mode déjudiciarisé mis en œuvre, se passer de la phase d'homologation ou de validation par un magistrat du siège de la mesure proposée<sup>2</sup>. Cette éviction du juge du siège permettrait alors d'alléger davantage la surcharge des juridictions et contribuerait à renforcer le processus de déjudiciarisation, comme c'est déjà le cas s'agissant des mesures de l'article 41-1 du CPP, des transactions de droit pénal spécial ou encore en matière d'amende forfaitaire.

C'est alors la mesure qui deviendrait le critère déterminant de l'intervention du juge, indépendamment du mode déjudiciarisé dans le cadre duquel elle est mise en œuvre. Un tel traitement différentiel, quant à l'intervention du juge du siège en fonction de la mesure et non pas au regard du dispositif dans le cadre duquel cette mesure est proposable, existe déjà s'agissant de la transaction pénale de l'article 44-1 du CPP. En effet, en la matière, deux mesures sont prévues : la réparation du préjudice ou l'exécution d'un travail non rémunéré au profit de la commune. Le législateur indique alors à l'article 44-1 du CPP que, lorsque la mesure proposée consiste en la réparation du préjudice, la transaction doit être homologuée par le procureur de la République. Il n'y a pas d'intervention du juge du siège. En revanche, lorsque la mesure proposée consiste en l'exécution d'un travail non rémunéré, la transaction doit être, selon la nature de la contravention, homologuée par le juge compétent du tribunal de police. Si constitutionnellement, un tel traitement différentiel n'a pas lieu d'être dès lors que

---

<sup>1</sup> V. Cons. Const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; 23 juillet 1999, n° 99-416 DC ou encore 29 août 2002, 2002-461 DC.

<sup>2</sup> En ce sens, M. Guyomar, *op. cit.* ; J.-Ch. Crocq, *op. cit.* ; J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, préf. S. Cimamonti, LGDJ, coll. Bibl. sc. crim., t. 61, 2014, n° 784 et s. ; « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ Pénal*, 2015, n° 10, pp. 474 et s.

ni l'une ni l'autre de ces mesures ne portent atteinte à la liberté individuelle<sup>1</sup>, il a au moins le mérite de démontrer que l'intervention du juge du siège peut et pourrait, s'agissant des autres modes déjudiciarisés, être subordonnée à la mesure proposable et non pas au dispositif dans le cadre duquel elle est proposée. Mais pour ce faire, encore convient-il d'identifier quelles sont les mesures pour lesquelles le législateur pourrait se passer de l'intervention du juge du siège. Tel pourrait être le cas lorsque la mesure proposable est une amende. Qu'elle soit « forfaitaire », « transactionnelle », « de composition » ou encore « d'intérêt public », cette mesure est insusceptible de porter atteinte à la liberté individuelle<sup>2</sup>. Partant, le législateur pourrait se passer de l'intervention du juge du siège lorsqu'une telle mesure est proposée en matière de transaction pénale par OPJ (art. 41-1-1, II, 1° du CPP), de composition pénale (art. 41-2, 1° du CPP) ou de convention judiciaire d'intérêt public (art. 41-1-2, I, 1°), comme c'est déjà le cas pour les transactions de droit pénal spécial ou encore pour l'amende forfaitaire.

Il en va de même lorsque la mesure consiste en la réparation du préjudice (une mesure proposable lors de la mise en œuvre de la plupart des modes déjudiciarisés). L'intervention du juge du siège n'est pas nécessaire. Elle n'est d'ailleurs pas prévue lorsqu'une telle mesure est proposée dans le cadre de la transaction pénale de l'article 44-1 du CPP ou encore en application des dispositions de l'article 41-1, 4° du CPP. L'intervention du juge du siège pourrait ainsi, et en présence de cette mesure, être supprimée en matière de transaction pénale par OPJ (art. 41-1-1, II, 2° du CPP), de convention judiciaire d'intérêt public (art. 41-1-2, I, al. 5 du CPP) ou encore de composition pénale (art. 41-2, al. 20 du CPP).

La suppression de l'intervention du juge du siège pourrait également être envisagée en présence de la mesure visant à l'accomplissement d'un travail non rémunéré. En effet, les juges constitutionnels ont indiqué, dans la décision du 30 mars 2006<sup>3</sup>, qu'aucune mesure résultant de la mise en œuvre de la transaction proposable par le maire ne portait atteinte à la liberté individuelle. Or, parmi ces mesures figure, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'accomplissement d'un travail non rémunéré. Il ressort de cette décision, que cette mesure, que l'on retrouve notamment en matière de composition pénale aux articles 41-

---

<sup>1</sup> V. Cons. Const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, consid. n° 42.

<sup>2</sup> V. J. Leblois-Happe, « De la transaction pénale à la composition pénale », *JCP G.*, 2000, n° 3, doct. 198.

<sup>3</sup> Cons. Constit., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, consid. n° 42.

2, 6° et 41-3 du CPP, est insusceptible de porter atteinte à la liberté individuelle. Partant, l'intervention du juge du siège n'est pas nécessaire.

Une même solution peut être retenue concernant les mesures consistant à proposer à l'auteur des faits le suivi d'un stage ou d'une formation. En effet, non seulement ces mesures ne revêtent pas un caractère punitif aussi marqué que l'accomplissement d'un travail non rémunéré, mais surtout, on constate que, lorsqu'elles sont proposées en application de l'article 41-1, 2° du CPP, leur mise en œuvre n'est pas subordonnée à la validation ou l'homologation d'un juge du siège. Le législateur pourrait donc envisager la suppression de l'intervention du juge du siège en leur présence.

**368. Avec juge.** En revanche, lorsque les mesures proposées sont des mesures restrictives de droits, tels la remise du permis de conduire (art. 41-2, 4° du CPP), du permis de chasser (art. 41-2, 5° du CPP), l'engagement pris par l'auteur des faits de ne pas émettre de chèques ou d'utiliser de cartes de paiement (art. 41-2, 8° du CPP), l'engagement pris de ne pas rencontrer la victime ou les coauteurs (art. 41-2, 10° et 11° du CPP), ou encore s'agissant des mesures restreignant la liberté d'aller et venir, telles celles consistant à proposer à l'intéressé de s'abstenir de quitter le territoire national (art. 41-2, 12° du CPP), de s'abstenir de paraître dans le ou les lieux dans lesquels l'infraction a été commise (art. 41-2, 9° du CPP) ou de devoir fixer sa résidence hors du domicile familial et de s'abstenir d'y paraître (art. 41-2, 14 du CPP), la suppression de l'intervention du juge du siège paraît plus délicate<sup>1</sup>. Certes, ces mesures ne portent pas atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, mais elles pourraient porter atteinte à certaines libertés constitutionnellement garanties, dont la liberté d'aller et venir protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'intervention du juge du siège semble, en leur présence, nécessaire.

Pourtant, force est de constater, s'agissant de la mesure consistant pour l'auteur des faits à devoir fixer sa résidence hors du domicile familial et de s'abstenir d'y paraître, que celle-ci est aussi proposée dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 41-1 du CPP (art. 41-1, 6° du CPP), sans que l'intervention du juge du siège ne soit requise, et ce, malgré son caractère attentatoire à la liberté d'aller et venir. Faut-il en conclure que, même en présence de mesures attentatoires à la liberté d'aller et venir, l'intervention du juge du siège n'est pas nécessaire ?

---

<sup>1</sup> Sur ces mesures et les risques d'atteinte qu'elles sont susceptibles de porter aux libertés constitutionnellement garanties, v. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, op. cit., n° 788 et 789.



Le doute subsiste, car si la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, qui a introduit au sein de l'article 41-1 du CPP cette mesure d'éloignement du conjoint violent, a bien fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, les juges constitutionnels ne se sont pas expressément prononcés sur cette mesure<sup>1</sup>.

**369. Conclusion.** En tout état de cause, la suppression de l'intervention du juge du siège pourrait être envisagée pour un certain nombre de mesures (entre autres l'amende, l'accomplissement d'un travail non rémunéré, le suivi d'un stage ou d'une formation), et ce quel que soit le mode déjudiciarisé dans le cadre duquel ces mesures sont proposées (hormis en matière de CRPC et d'OP en raison des poursuites engagées). Outre l'économie faite d'un procès pénal, le législateur pourrait alors également faire l'économie de l'intervention du juge du siège. Toutefois, comme le souligne le Professeur Perrier, l'éviction du juge du siège n'est envisageable que si, conformément au droit à disposer d'un recours juridictionnel effectif, l'intéressé peut saisir un magistrat pour contester l'accord conclu<sup>2</sup>. En effet, si cette déjudiciarisation est possible, elle ne peut se réaliser sans que soit préservé le droit à un recours effectif.

Sous cette réserve, afin de parfaire la démarche quantitative de gestion du contentieux pénal, le recours au juge pourrait donc être évité dès lors que son intervention n'est pas, constitutionnellement, nécessaire. Un tel recours au juge du siège pourrait également être évité lorsque, cette fois-ci, son intervention n'est plus nécessaire, en reconnaissant à l'exécution des mesures résultant de la mise en œuvre des modes déjudiciarisés, quels qu'ils soient, un effet extinctif sur l'action publique.

## **2. La souhaitable reconnaissance de l'effet extinctif des modes déjudiciarisés sur l'action publique**

**370.** Dans le respect de la logique quantitative de gestion du contentieux pénal, il convient d'éviter qu'une affaire, réglée par la voie des modes déjudiciarisés, puisse se retrouver devant les juridictions pénales, saisies par la voie de poursuites classiques. Ceci conduit à s'interroger sur l'effet extinctif que ces modes déjudiciarisés sont susceptibles, ou pas, de produire sur l'action publique.

---

<sup>1</sup> V. Cons. Const., 8 décembre 2005, n° 2005-527 DC.

<sup>2</sup> J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, op. cit., n° 790.

**371. Caractère extinctif.** S'agissant des transactions pénales, qu'elles soient de droit commun ou de droit pénal spécial, de la convention judiciaire d'intérêt public et de la composition pénale, le législateur indique expressément, par deux fois, à l'article 6, alinéa 3 du CPP et à chacun des articles propres à ces modes déjudiciarisés, que l'exécution de la mesure proposée éteint l'action publique. Partant, le législateur leur reconnaît véritablement la qualité d'alternatives aux poursuites, en ce sens que, une fois la mesure proposée correctement exécutée, il n'est plus possible de renvoyer l'affaire devant les juridictions pénales. Il en va de même s'agissant de la procédure d'amende forfaitaire. Quand bien même le législateur n'en fait pas une cause générale d'extinction de l'action publique prévue par l'article 6 du CPP, il indique néanmoins, aux articles 529 et 495-17 du CPP, que le paiement de l'amende forfaitaire éteint l'action publique.

**372. Caractère non extinctif.** En revanche, plus problématique est l'exécution des mesures résultant de la mise en œuvre de l'article 41-1 du CPP pour lesquelles le législateur ne précise pas expressément si leur exécution produit un effet extinctif sur l'action publique.

En effet, le législateur indique uniquement au dernier alinéa de l'article 41-1 du CPP qu'« *En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites* ». Si le législateur lie bien la possibilité de mettre en œuvre une composition pénale ou d'engager des poursuites à la non-exécution de la mesure, il n'indique cependant pas expressément, à l'instar de ce qu'il fait pour les autres modes déjudiciarisés, que l'exécution de la mesure éteint l'action publique. Par ailleurs, lorsqu'il expose, au troisième alinéa de l'article 6 du CPP, les causes d'extinction de l'action publique, il mentionne la « *transaction lorsque la loi en dispose expressément ou [par] l'exécution d'une composition pénale* », mais pas les mesures résultant de la mise en œuvre de l'article 41-1 du CPP. En l'absence de disposition spécifique sur cette question, ce sont les juges du droit qui ont été appelés à y répondre.

Or, ces derniers ont estimé que, malgré la correcte exécution de la mesure résultant de la mise en œuvre de l'article 41-1 du CPP, l'action publique n'était pas éteinte de sorte que le

procureur<sup>1</sup> ou la partie civile<sup>2</sup> peuvent toujours l'engager. Comme le souligne le professeur Giacomelli, les juges du droit retiennent ici « une interprétation qui contrevient à la logique même de l'institution et sinon à la lettre du texte du moins à son esprit. Les arguments tirés de la *ratio legis* auraient dû conduire à l'adoption d'une même solution que pour la composition pénale, pour laquelle législateur prévoit que « *sauf élément nouveau* », ce n'est qu'en cas de non-exécution de la mesure que le procureur de la République peut engager des poursuites »<sup>3</sup>. *A contrario*, en cas d'exécution de la mesure, le procureur de la République ne devrait pas être autorisé à mettre en œuvre l'action publique, sauf à compromettre la logique quantitative de gestion du contentieux pénal. La solution inverse, soit celle retenue par les juges du droit, conduit à ce que le litige puisse, malgré son règlement par la voie des mesures de l'article 41-1 du CPP, se retrouver devant les juridictions pénales, alors qu'il s'agit précisément de ce que le législateur cherche à éviter.

Certes, il semble qu'il est peu probable, en pratique, qu'un litige ayant été réglé par la voie des mesures prévues à l'article 41-1 du CPP puisse se retrouver devant les juridictions pénales<sup>4</sup>, l'engagement des poursuites n'étant plus nécessaire. Néanmoins, il serait souhaitable, à l'instar de ce qui est prévu en matière de composition pénale, de transactions pénales ou de convention judiciaire d'intérêt public, que le législateur indique, à l'article 41-1 ainsi qu'à l'article 6, alinéa 3 du CPP, que l'exécution des mesures résultant de la mise en œuvre des dispositions de l'article 41-1 du CPP éteint l'action publique. Par une telle indication, le législateur reconnaîtrait à ces mesures la qualité d'alternatives aux poursuites, comme il semble déjà le souhaiter en les présentant comme telles à l'article 40-1 du CPP.

**373. Conclusion.** L'apport d'une réponse pénale par la voie des modes déjudiciarisés respecte, dans une certaine mesure, la logique quantitative de gestion des litiges du fait de l'évitement du débat judiciaire. Célérité et économie de moyens sont, de ce fait, au rendez-vous. Mais cela est encore perfectible. Par la suppression de l'intervention du juge du siège lorsque celle-ci n'est pas ou n'est plus nécessaire, le législateur contribuerait davantage au respect de cette logique quantitative de gestion du contentieux pénal (en permettant non

---

<sup>1</sup> Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80003, *Bull. crim.*, n° 141. Dans cette affaire, les juges du droit ont censuré les juges du fond qui, faisant application d'une solution retenue par la Cour de cassation dans une décision en date du 10 juin 2009, ont déclaré irrecevable la saisine du tribunal correctionnel postérieurement à un rappel à la loi, alors que la mesure avait été correctement mise en œuvre.

<sup>2</sup> Cass. crim., 17 janvier 2012, n° 10-88226, *Bull. crim.*, n° 12.

<sup>3</sup> M. Giacomelli, préc..

<sup>4</sup> Ph. Conte, préc. ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préf. P. Maistre du Chambon, LGDJ, coll. Bibl. sc. crim., t. 36, 2002, n° 736.

seulement d'accélérer le règlement du litige traité par la voie des modes déjudiciarisés mais aussi en permettant aux magistrats du siège de pouvoir se consacrer aux affaires plus complexes qui nécessitent d'emprunter la voie des poursuites classiques).

Ceci étant, le respect de cette seule logique quantitative ne peut suffire à conclure à l'efficacité des modes déjudiciarisés. L'évitement du recours aux juridictions répressives (sous réserve des modifications envisagées) n'étant véritablement acquis qu'à condition que la mesure proposée soit correctement exécutée, il convient en outre de respecter une logique qualitative de gestion du contentieux pénal.

## **II. Le respect d'une logique qualitative de gestion du contentieux pénal**

**374.** L'efficacité des modes déjudiciarisés ne pourra être pleine et entière que si, outre la logique quantitative, une logique qualitative de gestion du contentieux pénal est également respectée. Il faut, en effet, rappeler, en premier lieu, que la plupart des modes déjudiciarisés ne permettent véritablement d'éviter le recours aux juridictions pénales (même s'il s'agit d'un contournement relatif et perfectible) qu'à condition que la mesure proposée soit exécutée. Il est donc essentiel que celle-ci le soit, sauf à ce que l'affaire poursuivie se retrouve devant les tribunaux saisis par la voie de poursuites classiques. En second lieu, il convient de ne pas occulter l'objectif d'apaisement des conflits que le législateur cherche également à atteindre par la voie de ces modes déjudiciarisés. Reposant sur une logique consensuelle, ces mécanismes visent aussi à parvenir à un règlement apaisé des suites de l'infraction.

La réalisation de ces objectifs passe alors par l'adhésion de l'auteur de l'infraction à la mesure proposée (A) mais aussi par une plus grande prise en considération de la victime (B).

### **A. La recherche de l'adhésion de l'intéressé à la mesure proposée**

**375.** Le litige n'étant, pour la plupart des modes déjudiciarisés, définitivement réglé qu'une fois la mesure proposée exécutée, et l'exécution de celle-ci étant subordonnée à la volonté de l'intéressé, il est indispensable que ce dernier adhère à cette mesure. Pour ce faire, il convient de proposer une mesure adaptée aux circonstances de l'espèce, à la situation et à la personnalité de l'intéressé (1), une mesure à laquelle, selon toute probabilité, ce dernier

adhérera dès lors qu'il y aura consenti en connaissance de cause. Cela suppose que les droits de l'intéressé soient respectés (2).

### 1. Une adhésion probable en présence de mesures adaptées

**376. Incitation.** En premier lieu, il convient de préciser que l'élément qui va favoriser l'acceptation par l'intéressé de la mesure proposée, et peut-être son adhésion, tient à la concession qui est faite sur le degré de sévérité de la mesure. Très clairement, l'intéressé est incité à accepter la mesure proposée parce qu'il s'agit là d'une mesure qui présente un degré de sévérité moindre, au regard du *quantum* de la peine encourue<sup>1</sup>, que celui de la peine qui serait susceptible d'être prononcée à l'issue de poursuites classiques. L'intéressé reconnaît, même implicitement, avoir commis les faits qui lui sont reprochés et accepte la mesure proposée parce qu'il « y gagne », de manière certaine (en raison de l'éviction de « l'aléa judiciaire »), sur le *quantum* de la mesure. Il y a là une logique de concessions réciproques à respecter.

À cette fin, l'amende forfaitaire est minorée, le montant de l'amende transactionnelle ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue (art. 41-1-1, II, 1<sup>o</sup> du CPP ; il en va de même pour un certain nombre de transactions de droit pénal spécial<sup>2</sup>) ; de même encore, la durée de l'accomplissement d'un travail non rémunéré, proposable en matière de composition pénale, ne peut dépasser soixante heures en cas de commission d'un délit<sup>3</sup> alors que la durée maximale de la peine correctionnelle de travail d'intérêt général est de deux cent quatre-vingts heures. Cette concession sur le *quantum* de la mesure va, nécessairement, inciter l'intéressé à accepter la mesure proposée plutôt que de prendre le « risque » d'être condamné

---

<sup>1</sup> Hormis en matière de convention judiciaire d'intérêt public. Dans le cadre de la mise en œuvre de ce mode déjudiciarisé, le montant proposable de l'amende « d'intérêt public » est déconnecté du montant de l'amende à laquelle la personne morale partie à la convention serait exposée si elle était pénalement condamnée. Le montant maximal de cette amende d'intérêt public est fixé, par la loi, à 30 % du chiffre d'affaires annuel de la personne morale. « Appliquée aux grands groupes multinationaux, le montant de l'amende d'intérêt public peut culminer à des sommets vertigineux, sans commune mesure avec le montant de l'amende pénale correspondante », quand bien même ce montant doit être fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés. É. Dezeuze et G. Pellegrin, *préc.* Ici, c'est surtout l'évitement d'une déclaration de culpabilité et d'une inscription au casier judiciaire qui est susceptible d'inciter la personne morale à accepter la mesure proposée. De la sorte, la personne morale préserve, entre autres, sa capacité à postuler les marchés publics, quitte à en payer le prix.

<sup>2</sup> S'agissant du montant de l'amende transactionnelle proposable par le Défenseur des droits, ce n'est pas un plafond proportionnel au montant de l'amende encourue qui est retenu pour sa détermination mais un plafond numéraire. Le montant de l'amende ne peut excéder 3000 euros pour les personnes physiques et 15000 euros pour les personnes morales.

<sup>3</sup> Art. 41-2, 6<sup>o</sup> du CPP.

à une peine plus sévère dans le cadre de poursuites dont l'issue est incertaine. Dès lors, on peut regretter que le montant de l'amende de composition ne soit pas lui aussi inférieur au montant de la peine d'amende encourue. En effet, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, il n'existe plus de plafond pour l'amende de composition, le législateur indiquant que son montant « *ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue* »<sup>1</sup>. Cette absence de concession est alors susceptible de compromettre, dans une certaine mesure, l'efficacité de ce mode déjudiciarisé.

Il reste que, si cette concession sur le degré de sévérité de la mesure incite l'intéressé à l'accepter, et peut se révéler suffisante pour qu'il y adhère, il se peut aussi qu'il l'accepte sans y adhérer. C'est pourquoi, il convient également d'adapter cette mesure à l'infraction commise, à la situation et à la personnalité de l'intéressé. Dans cette perspective, il est opportun de diversifier les mesures proposées, et nécessaire d'individualiser la mesure proposée.

**377. Diversification.** Les mesures proposées dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 41-1 du CPP et de la composition pénale sont largement diversifiées (elles sont au nombre de six pour celles relevant de l'article 41-1 du CPP et on en comptabilise dix-neuf, dont l'obligation de réparer le dommage causé à la victime, pour ce qui est de la composition pénale). La diversité de ces mesures tantôt répressives, tantôt préventives, tantôt réparatrices, permet de proposer à l'auteur des faits une ou des mesure(s) adaptée(s) aux circonstances de l'espèce ainsi qu'à sa situation et sa personnalité. En outre, au-delà de la diversité des mesures proposées, le législateur soumet la détermination de la mesure proposée au respect du « principe d'individualisation de la mesure ». En ce sens, il précise que le montant de l'amende de « composition » est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne.

S'agissant des mesures proposées dans le cadre d'une transaction pénale, de la convention judiciaire d'intérêt public et de la procédure d'amende forfaitaire, celles-ci sont beaucoup moins diversifiées. L'amende est la mesure phare mais d'autres mesures, présentant un caractère répressif moins marqué, sont également proposées. Ces mesures peuvent être davantage axées sur la prévention (telle la mesure de programme de mise en conformité en

---

<sup>1</sup> Art. 41-1 1° CPP. Antérieurement, le montant de l'amende de composition ne pouvait excéder ni 3750 euros, ni la moitié du maximum de l'amende encourue.

matière de convention judiciaire d'intérêt public) ou sur la réparation. On ne peut toutefois nier que la diversité des mesures proposées dans le cadre de la mise en œuvre de ces modes déjudiciarisés est moindre que celle qui existe en matière de composition pénale, notamment. Pour autant, ceci ne doit pas nous conduire à conclure à l'absence d'adaptation de la mesure. D'abord, parce que ces mesures, bien que peu diversifiées, restent des mesures objectivement adaptées au regard des infractions entrant dans le champ d'application du mode déjudiciarisé auquel il est fait appel. Ainsi, s'agissant de la transaction pénale par OPJ, l'amende transactionnelle se présente comme étant la mesure la plus adaptée au contentieux visé (entre autres, les contraventions, les délits punis d'une peine d'amende ou d'une peine d'un an d'emprisonnement au plus, le vol simple lorsque la valeur de la chose volée est inférieure ou égale à 300 euros). Dans le même ordre d'idées, les mesures d'affichage ou de diffusion d'un communiqué ou de publication de la décision au sein de l'entreprise, proposées dans le cadre de la mise en œuvre de la transaction pénale en matière de lutte contre les discriminations, répondent à la logique des infractions visées. Il en va de même pour l'amende « d'intérêt public » et la mesure de programme de mise en conformité proposées dans le cadre d'une convention judiciaire d'intérêt public. Le même constat peut être fait s'agissant de la procédure de l'amende forfaitaire.

**378. Individualisation.** Ces mesures doivent par ailleurs être individualisées. Seule l'amende forfaitaire échappe à toute individualisation. En la matière, tout repose sur l'efficacité espérée du mécanisme incitatif que constitue la minoration<sup>1</sup>. Pour les autres mécanismes, le législateur indique que les mesures proposées doivent être adaptées. Ainsi, en matière de transaction pénale par OPJ, il énonce, au II de l'article 41-1-1 du CPP, que l'amende « transactionnelle » est déterminée en fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de son auteur ainsi que de ses ressources et de ses charges. Il en va de même en matière de composition pénale.

D'une manière générale, il apparaît que le procureur de la République, notamment, dispose d'un certain nombre de mesures, ce qui lui permet de pouvoir proposer à l'intéressé une mesure adaptée. Et, quand bien même la diversité des mesures proposées dans le cadre de la mise en œuvre de certains modes déjudiciarisés est moindre, l'adaptation reste possible puisque la mesure proposée doit être individualisée. Il reste à s'assurer que l'individualisation

---

<sup>1</sup> V. notre thèse, C. Tzutzuiano, *L'effectivité de la sanction pénale*, 2015, not. n° 151, (préf. S Cimamonti), à paraître aux éditions LGDJ.

de la mesure proposée se concrétise dans la pratique, le risque étant celui d'une standardisation de la réponse pénale<sup>1</sup>. Ici, nous semble-t-il, l'avocat peut contribuer au respect du « principe d'individualisation de la mesure » proposée, notamment en rappelant que la probabilité d'adhésion de l'intéressé, et partant d'exécution de la mesure, sera plus forte en présence d'une mesure adaptée. Pour ce faire, la présence de l'avocat est indispensable mais surtout, l'intéressé doit être informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Autrement dit, le respect des droits de l'intéressé doit être assuré.

## 2. Une adhésion probable sous réserve du respect des droits de l'intéressé

**379. Pluralité des droits à respecter.** Dans la mesure où la réussite ou l'échec de la mise en œuvre des modes déjudiciarisés est subordonnée à la volonté de l'auteur des faits, la volonté individuelle est ici un instrument au service de l'efficacité des modes déjudiciarisés. C'est pourquoi, au-delà de la simple acceptation de la mesure proposée, l'intéressé doit y adhérer. Le Professeur Pin l'affirme avec force, le consentement recueilli au stade de la phase de proposition doit se transformer « dans la durée en une adhésion effective à la mesure substituée, qui se traduit par une exécution régulière »<sup>2</sup>. Pour ce faire, il est donc indispensable de parvenir à préserver la qualité du consentement, malgré le cadre contraignant inhérent à la matière pénale dans lequel il est recueilli<sup>3</sup>. Cela passe par le respect des droits de l'intéressé.

En premier lieu, et comme cela a pu être souligné dans le cadre de ce rapport<sup>4</sup>, il est essentiel que son droit à l'information soit respecté. Ce droit comprend alors le droit pour l'intéressé d'être informé des faits qu'on lui reproche et de leur qualification pénale, du droit de refuser la mise en œuvre du mécanisme auquel il est fait recours et des conséquences qui en découlent, du droit d'être assisté d'un avocat, ou encore du droit à demander de disposer d'un délai avant de faire connaître s'il accepte ou s'il refuse la ou les mesure(s) proposée(s). En deuxième lieu, l'intéressé doit, bien entendu, pouvoir être assisté d'un avocat<sup>5</sup>. On soulignera d'ailleurs que, dans le cadre du recours à un mode déjudiciarisé, en l'absence de débats sur la culpabilité, c'est davantage la fonction de conseil de l'avocat, bien plus que sa fonction de

---

<sup>1</sup> V. Gautron et J.-N. Retière, préc.

<sup>2</sup> X. Pin, *op. cit.*, n° 673.

<sup>3</sup> J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, *op. cit.*, n° 797.

<sup>4</sup> V. *supra* F. Engel et J.-B. Perrier, « Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière pénale ».

<sup>5</sup> V. *supra* n° 277.



défenseur, qui est ici essentielle. En troisième lieu, l'intéressé doit pouvoir disposer d'un délai de réflexion avant de donner son accord à la mesure proposée<sup>1</sup>. Il serait même possible de lui reconnaître, à l'instar de ce qui est prévu en matière de convention judiciaire d'intérêt public, le droit de disposer d'un délai de rétractation<sup>2</sup>.

Dans ces conditions, on peut considérer que l'intégrité du consentement à la mesure proposée est préservée. Il en résulte une plus forte probabilité quant à l'adhésion de l'intéressé à la mesure proposée et, partant, à une correcte exécution de celle-ci<sup>3</sup>.

**380. Modes satisfaisants.** S'agissant de la plupart des modes déjudiciarisés, il a déjà été observé dans le présent rapport que ces droits sont relativement bien respectés, malgré quelques incohérences<sup>4</sup>. Sous réserve de quelques améliorations souhaitables, on peut soutenir que le consentement de l'intéressé est ici donné en connaissance de cause, après avoir pu apprécier l'opportunité de la proposition. Il y a, dès lors, de fortes probabilités pour que l'intéressé adhère à la mesure et, partant, l'exécute<sup>5</sup>. Des études portant la mise en œuvre de ces modes déjudiciarisés attestent d'ailleurs d'un taux important de réussite, soit un taux important d'exécution de la mesure résultant de leur mise en œuvre<sup>6</sup>.

**381. Modes perfectibles.** Plus problématiques sont, en revanche, la procédure de l'amende forfaitaire, la transaction pénale de l'article 41-1-1 du CPP ainsi que les transactions proposées en matière de droit pénal spécial.

En matière d'amende forfaitaire, le consentement de l'intéressé n'est en réalité recherché qu'après le prononcé de la sanction, et encore, il est déduit de l'exécution de celle-ci ou de l'absence de requête en exonération ou de réclamation. Dans ces conditions, on pourrait s'attendre à ce que le nombre de requêtes en exonération soit particulièrement élevé, ce qui aurait inévitablement pour conséquence d'affecter l'efficacité de ces modes déjudiciarisés. Or tel ne semble pas être le cas, tant le nombre de requêtes paraît faible, sans que l'on puisse

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 278.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 280.

<sup>3</sup> E. Raschel, « Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJPénal*, 2015, n° 10, pp. 463 et s.

<sup>4</sup> V. *supra* F. Engel et J.-B. Perrier, « Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière pénale ».

<sup>5</sup> Précisons qu'en matière de CRPC, l'intégrité du consentement est essentielle aux fins d'acceptation de la peine proposée mais pas aux fins d'exécution de celle-ci. S'agissant ici d'une condamnation pénale, il appartient au procureur de la République, en vertu des dispositions de l'article 707-1 du CPP, de la mettre à exécution, au besoin en recourant aux mécanismes d'exécution forcée.

<sup>6</sup> F. Zocchetto, *Juger vite, juger mieux ? Rapport d'information sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*, Paris, Les rapports du Sénat, 2005-2006, n° 17, 117 p. ; J. Danet, S. Grunvald, M. Herzog-Evans et Y. Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France* (synthèse), Mission de recherche Droit et Justice, 2006, p. 4 ; J.-P. Jean, *Le système pénal*, Paris, La découverte, 2008, n° 516, p. 84.

pour autant en déduire une adhésion qualitative de l'intéressé. Au soutien de cette idée, l'on peut mentionner des études portant sur l'ordonnance pénale, laquelle n'est pas un procédé déjudiciarisé mais dont la logique est proche de l'amende forfaitaire à certains égards. Ces études révèlent que le taux d'opposition est relativement faible<sup>1</sup> mais aussi que le taux d'exécution volontaire de la peine prononcée reste relativement bas, et ce, malgré le rabais important que l'intéressé se voit accorder sur la peine<sup>2</sup>. Il apparaît alors que, quand bien même le taux d'opposition reste assez bas laissant croire au succès de la mesure, la déconnection que la mise en œuvre de ce mécanisme engendre, entre l'intéressé et la procédure dont il fait l'objet, l'empêche de pouvoir adhérer à la peine prononcée, comme le démontre le faible taux d'exécution volontaire<sup>3</sup>. Certes, en matière d'amende forfaitaire, on ne recherche pas vraiment l'adhésion de l'intéressé (seule l'acceptation est attendue) puisqu'il est possible pour le procureur de la République de ramener la peine à exécution, au besoin en recourant à des mécanismes d'exécution forcée. Ceci étant, cette situation révèle tout l'intérêt de parvenir à faire adhérer l'intéressé à la mesure prononcée à son encontre, qui plus est, lorsque l'exécution de cette mesure ne dépend que de sa volonté. C'est pourquoi, il est fort regrettable que le législateur n'ait pas, comme cela avait été préconisé par la doctrine<sup>4</sup>, encadré la mise en œuvre de la transaction pénale de l'article 41-1-1 du CPP (mais aussi celle des transactions pénales de droit pénal spécial), des mêmes garanties que celles prévues s'agissant, entre autres, de la composition pénale.

En effet, lors de la mise en œuvre de la transaction pénale de l'article 41-1-1 du CPP, des informations essentielles à la préservation de la qualité du consentement ne sont pas communiquées à l'intéressé, et cela vaut, dans différentes proportions, pour la plupart des transactions pénales<sup>5</sup>. Tel est le cas des informations relatives à la nature des faits reprochés et

---

<sup>1</sup> F. Zocchetto, *op. cit.*, not. pp. 52-53 ; G. Roussel, préc., not. p. 616.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 376. On ajoutera que l'intéressé peut encore bénéficier, s'il paie l'amende dans le mois de sa condamnation, d'une réduction supplémentaire du montant de l'amende de 20%, en application des articles 707-2 et R. 55 du CPP.

<sup>3</sup> Ces études soulignent par ailleurs que le taux d'exécution volontaire de la sanction prononcée est plus important lorsque la décision est notifiée à l'intéressé dans le cadre du « rendez-vous judiciaire » que par le seul envoi d'une lettre recommandée (art. 495-3 du CPP), preuve que les efforts de pédagogie favorisent l'adhésion de l'intéressé à la mesure.

<sup>4</sup> J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, *op. cit.*, entre autres, n° 804 ; « Progrès et regrets concernant le droit à l'information en matière de transaction pénale », *D.*, 2014, n° 17, pp. 998 et s. ; S. Cimamonti, E. Raschel, J.-Ch. Crocq, N. Catelan, C. Miansoni, M. Thomas et J.-B. Perrier (dossier par), « Quelle place pour la transaction pénale ? », *AJ Pénal*, 2015, n° 10, pp. 460 et s.

<sup>5</sup> Ce défaut d'information se retrouve dans la plupart des transactions pénales spéciales (en droit rural, en droit des transports, en matière douanière ou encore fiscale). Les seules informations communiquées à l'intéressé concernent le montant de l'amende transactionnelle proposée, le délai de paiement et, s'il y a lieu, les autres obligations résultant de l'acceptation de la transaction. On notera cependant que, pour certaines transactions de

à leur qualification juridique, aux peines encourues, ou encore, s'agissant du droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat<sup>1</sup> et de disposer d'un délai avant de donner son accord à la proposition<sup>2</sup>. Ce défaut de garanties a conduit les juges constitutionnels, dans un premier temps, à formuler une réserve d'interprétation à propos de l'article 41-1-1 du CPP<sup>3</sup>, avant que le Conseil d'Etat n'abroge l'article 1<sup>er</sup> du décret du 13 octobre 2015<sup>4</sup>, applicable à la transaction pénale de l'article 41-1-1 du CPP<sup>5</sup>.

Afin de privilégier, dans une logique plus qualitative, l'obtention de l'adhésion de l'intéressé, il est donc essentiel de garantir lors des différents procédés transactionnels le droit à l'information de l'intéressé quant à la nature des faits qu'on lui reproche, leur qualification, les peines encourues ainsi que son droit à bénéficier d'un avocat, et il serait souhaitable d'aller plus loin encore en accordant à l'intéressé un délai de réflexion avant de donner son accord à la proposition qui lui est faite, voire en lui accordant également un délai de rétractation à l'instar de ce qui est prévu en matière de CJIP<sup>6</sup>. Bien entendu, il conviendra de ne pas omettre de prévoir la communication des informations relatives à la possibilité de bénéficier de ce ou ce(s) délais.

---

droit pénal spécial, notamment celles applicables en matière de discrimination, proposable par le Défenseur des droits (art. D. 1-1 du CPP), et en matière d'environnement (art. R. 173-2 du C. de l'environnement), ainsi que pour la transaction de droit commun proposable par le maire (art. R. 15-33-61 du CPP), une information plus substantielle est prévue. Selon ces textes, la proposition de transaction précise, notamment, la nature des faits reprochés et leur qualification juridique, les peines encourues, ainsi que la nature et le *quantum* des mesures proposés.

<sup>1</sup> V. *supra* n° 275.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 278.

<sup>3</sup> Cons. const., 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC ; B. de Lamy, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC*, 2017, n° 2, pp. 389 et s.; J.-B. Perrier, « La transaction pénale et le droit à l'assistance d'un avocat », *RFDC*, 2017, n° 109, pp. 237 et s.; « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *D.*, 2016, n° 43, pp. 2545 et s. ; A. Ponseille, « Conseil constitutionnel, 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC, Syndicat de la magistrature et autre », *Constitutions*, 2016, n° 4, pp. 642 et s. Par ailleurs, on rappellera que le 1° de l'article 1<sup>er</sup> du décret pris pour l'application des dispositions de l'article 41-1-1 du CPP, finalement abrogé par le Conseil d'Etat, interdisait aux OPJ de proposer une transaction pénale à une personne gardée à vue. Il serait bienvenu qu'une telle interdiction soit prévue par la loi.

<sup>4</sup> Décret n° 2015-1272 du 13 octobre 2015 pris pour l'application des articles 41-1-1 du Code de procédure pénale et L. 132-10-1 du Code de la sécurité intérieure, *JORF* n° 0239 du 15 octobre 2015, p. 19102 ; S. Detraz, « Transaction pénale par OPJ : décret d'application », *JCP G.*, 2015, n° 52, pp. 1416 et s. ; N. Jeanne, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC*, 2016, n° 1, pp. 1 et s. ; J.-B. Perrier, « Décret relatif à la transaction pénale : entre déception(s) et consolation », *D.*, 2016, n° 3, pp. 135 et s. ; H. Rouidi, « Du pouvoir de l'OPJ de transiger sur l'action publique », *Dr. pén.*, 2016, n° 1, étude 2.

<sup>5</sup> CE, 1<sup>er</sup> et 6<sup>ème</sup> ch. réunies, 24 mai 2017, n° 395321 et n° 395509 ; S. Cimamonti, « Le Conseil d'Etat et la transaction pénale par officier de police judiciaire : acte 2 », *Lexbase Hebdo*, édition privée, 6 juillet 2017, n° 705, LXB : A8527WD ; F. Engel, « Un pas de plus vers la mise en conformité aux droits de la défense », *AJ Pénal*, 2017, n° 9, pp. 409 et s. ; J.-M. Pastor, « La transaction pénale rattrapée par le droit au procès équitable », *AJDA*, 2017, n° 20, pp. 1144 et s. ; J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les apports du Conseil d'Etat », *D.*, 2017, n° 30, pp. 1744 et s.

<sup>6</sup> V. déjà en ce sens *supra* n° 280.

**382. Conclusion.** Il nous semble que, sous réserve d'adaptation de la mesure proposée et de préservation de la qualité du consentement de l'intéressé, l'adhésion de ce dernier à la mesure proposée, et partant la correcte exécution de cette mesure, n'en seront que plus probables. Évitant de la sorte que l'affaire ne se retrouve devant les juridictions pénales dans le cadre de poursuites classiques, la logique qualitative rejoint ici la logique quantitative. Mais, pour parfaire cette rencontre des logiques qualitative et quantitative, encore faut-il ne pas oublier la victime.

## **B. La recherche d'une meilleure prise en compte des victimes**

**383.** Alors que les modes déjudiciarisés permettent d'apporter une réponse pénale quasi systématique à la commission d'une infraction tout en recherchant l'apaisement des conflits, paradoxalement, le recours à ces mécanismes, et plus particulièrement aux mesures de l'article 41-1 du CPP et aux alternatives aux poursuites, suscite chez certaines victimes des sentiments d'impunité et d'injustice, « celles-ci associant le recours à ces modes déjudiciarisés à l'impunité des auteurs d'infractions »<sup>1</sup>. Pourtant les victimes ne sont pas totalement ignorées dans le cadre de la mise en œuvre des modes déjudiciarisés, mais il est vrai qu'elles sont inégalement prises en considération. Pour remédier à ces sentiments d'impunité et d'injustice, et parvenir à un véritable apaisement des conflits, la victime de l'infraction doit pouvoir trouver sa place dans le cadre de la mise en œuvre des modes déjudiciarisés<sup>2</sup>.

Pour ce faire, il convient, d'une part, de ne pas laisser la victime en marge de la procédure, notamment en préservant ses droits (1) et, d'autre part, de favoriser la réparation de son préjudice directement dans le cadre de la mise en œuvre des modes déjudiciarisés (2).

### **1. La préservation des droits de la victime**

**384. Droit d'information.** Afin que la victime puisse trouver sa place dans le cadre du règlement des suites de l'infraction lui ayant causé préjudice, son droit à l'information, lequel permettra de rendre effectif notamment son droit à réparation, doit être assuré. L'importance

---

<sup>1</sup> V. Circ., 12 mai 2017, CRIM/2017-14/E1-12.05.2017, n° NOR : JUSD1714357C.

<sup>2</sup> Nécessairement, les propos qui vont suivre concernent les cas dans lesquels l'infraction commise est susceptible de causer un dommage à une personne. En ce sens, la procédure de l'amende forfaitaire ne sera pas ici envisagée dans la mesure où les infractions entrant dans son champ d'application ne sont pas susceptibles de causer un dommage à une personne (contraventions des quatre premières classes et les délits de conduite sans permis et de défaut d'assurance).

de garantir ce droit a déjà pu être souligné dans le cadre du présent rapport, tant lorsque la victime est partie à l'accord<sup>1</sup> que lorsqu'elle est un tiers à l'accord<sup>2</sup>. Ce droit comprend le droit d'être informé du mode déjudiciarisé choisi aux fins de règlement des suites de l'infraction, de la possibilité d'être assistée et de son droit d'agir en justice pour la défense de ses intérêts civils.

L'on rappellera d'ailleurs que, pour préserver ses intérêts et assurer l'efficacité du procédé choisi, le droit d'information de la victime quant à l'orientation de l'affaire la concernant est prévu en application des dispositions de l'article 40-2 du CPP : les victimes identifiées sont avisées, par le procureur de la République, des poursuites ou des mesures alternatives aux poursuites qui ont été décidées à la suite de leur plainte ou de leur signalement. Au-delà de cette disposition générale, il est important de rappeler, au sein des dispositions spécifiques à chacun des modes déjudiciarisés, la nécessité d'informer la victime de la mise en œuvre d'un tel mécanisme, notamment dans une perspective de réparation du préjudice par elle subi, pour s'assurer que celle-ci ne découvre pas tardivement la mise en œuvre du procédé et qu'elle ait connaissance de ses conséquences, ce qui lui permettrait d'en comprendre la logique et la raison. En ce sens, il serait possible de s'inspirer de ce qui est prévu en matière de convention judiciaire d'intérêt public, en adoptant une formule similaire à celle figurant à l'article 41-1-2, I, al. 6 du CPP, aux termes de laquelle : « *La victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Elle transmet au procureur de la République tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice* ».

Il convient encore de rappeler à la victime, à l'instar de ce qui est fait, au stade de l'enquête, par les APJ ou OPJ en application des dispositions de l'article 10-2 du CPP, la possibilité d'être assistée d'un avocat ou d'une association d'aide aux victimes<sup>3</sup>.

**385. Droit d'action.** La victime doit par ailleurs être informée de la possibilité de faire directement citer l'auteur de l'infraction devant la juridiction pénale<sup>4</sup>, en formation de juge unique, sur les seuls intérêts civils, et ce, quand bien même l'action publique serait éteinte par l'exécution de la mesure proposée dans le cadre de la mise en œuvre d'un des modes

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 283 et s.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 291 et s.

<sup>3</sup> Il est prévu, au dernier alinéa de l'article 41 du CPP, que le procureur de la République peut recourir à une association d'aide aux victimes pour porter assistance aux victimes.

<sup>4</sup> Hormis en matière de convention judiciaire d'intérêt public où cette action est portée devant les juridictions civiles (art. 41-1-2, IV, al. 2 du CPP).

déjudiciarisés<sup>1</sup>. On soulignera qu'il existe ici, et ceci vaut pour toutes les procédures déjudiciarisées sauf pour la convention judiciaire d'intérêt public, un certain paradoxe. Alors que ces modes de règlement des suites de l'infraction sont conçus pour éviter l'encombrement des juridictions pénales, la victime peut citer l'auteur des faits, sur ses seuls intérêts civils, devant...la juridiction pénale. Pour éviter ce paradoxe, la solution pourrait privilégier le juge civil, juge naturel de l'action civile, à l'instar de la solution retenue lorsque l'auteur a été condamné et que la victime n'était pas constituée partie civile devant la juridiction de jugement, ou encore à l'instar de ce qui est prévu en matière de convention judiciaire d'intérêt public<sup>2</sup>. Une telle proposition doit cependant être appréciée à l'aune des objectifs recherchés par le procédé déjudiciarisé, car il conduit à écarter la victime du procès pénal.

## 2. La réparation du dommage causé à la victime

**386. Indemnisation.** Comme cela a pu être relevé dans le cadre du présent rapport<sup>3</sup>, la réparation du dommage causé à la victime identifiée n'est pas toujours obligatoirement proposable, ni même prévue. Sans revenir sur les précédents développements, tout au plus peut-on indiquer, s'agissant de l'étude de l'efficacité des modes déjudiciarisés, que l'obligation de proposer de réparer le dommage causé à la victime peut être vue comme permettant à la fois de mettre l'accent sur la responsabilisation de l'auteur des faits tout en permettant aux victimes d'obtenir directement satisfaction dans le cadre de la mise en œuvre des modes déjudiciarisés<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Il en va ainsi en matière de composition pénale (41-2 du CPP), en matière de convention judiciaire d'intérêt public (art. 41-1-2, IV, al. 2 du CPP), en matière de CRPC (lorsque la victime n'a pas pu se constituer partie civile en vue de la phase d'homologation de la procédure de CRPC ; art. 495-13, al. 2 du CPP), d'ordonnance pénale (si la victime identifiée n'a pu se constituer partie civile dans les conditions prévues à l'article 495-2-1 du CPP ; art. 495-5-1 du CPP) ou encore de transactions de droit pénal spécial (par exemple art. 28, IV, al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011). La même possibilité était reconnue à la victime en vertu de l'article R. 15-33-37-6 du CPP, aujourd'hui abrogé, en matière de transaction pénale de l'article 41-1-1 du CPP. Or, une telle possibilité devrait être prévue par la loi en raison de l'exception qu'elle porte au principe posé à l'article 3 du CPP. V. *supra* n° 306 et s..

<sup>2</sup> Art. 41-1-2, IV, al. 2 du CPP.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 300 et s.

<sup>4</sup> Pour ce faire, une formule inspirée de celle existant en matière de composition pénale (ou de convention judiciaire d'intérêt public dans une rédaction différente) pourrait figurer au sein des différents textes : « *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* ».

**387. Justice restaurative.** Enfin, dans un souci d'apaisement des conflits, au-delà de la réparation réduite à son seul aspect indemnitaire<sup>1</sup> (ou matériel), il serait pertinent de favoriser le recours aux mesures de justice restaurative, instaurées en droit français par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, à l'article 10-1 du CPP. Ces mesures, reposant sur une démarche pédagogique de « responsabilisation » des délinquants et de revalorisation du rôle de la victime, se révéleraient particulièrement intéressantes en la matière<sup>2</sup>. Comme cela est rappelé dans la circulaire relative à la mise en œuvre de la justice restaurative en date du 15 mars 2017<sup>3</sup>, le recours à de telles mesures est bien évidemment possible en parallèle de la mise en œuvre d'un mode déjudiciarisé. Il demande aujourd'hui à s'inscrire dans la pratique.

**388. Conclusion.** Le souci de préservation du droit à l'information de la victime et la généralisation de l'obligation de réparation du dommage qui lui a été causé permettraient de valoriser sa place dans la mise en œuvre des modes déjudiciarisés, contribuant à parfaire la réalisation de l'objectif de pacification des conflits et limitant ainsi le recours au juge.

Ici, comme dans le cadre de la recherche d'adhésion de l'auteur des faits à la mesure proposée, les logiques qualitative et quantitative de gestion du contentieux sont susceptibles de se rejoindre en un point d'équilibre. Ce point d'équilibre atteint, les modes déjudiciarisés seront pleinement efficaces.

---

<sup>1</sup> Comme l'affirme le professeur Lazerges, « indemniser n'est pas réparer ». « La réparation suppose cicatrisation, restauration et pas seulement indemnisation » : Ch. Lazerges, « L'indemnisation n'est pas la réparation », in G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2008, pp. 228-246. V. également, S. Grunvald, « La diversification de la réponse pénale : approche du point de vue des victimes », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, pp. 649 et s.

<sup>2</sup> V. *supra* n° 358 et note.

<sup>3</sup> Circ., 15 mars 2017, SG-17-007/13.03.2017, n° NOR: JUST1708302C.

## Efficacité des modes déjudiciarisés : Synthèse

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**389. Evaluation nécessaire.** Le développement continu de la déjudiciarisation, à l'initiative du législateur comme du pouvoir exécutif, en matière civile comme en matière pénale, invite inexorablement à s'interroger sur son efficacité. Et ce d'autant plus que les dispositions emportant déjudiciarisation s'inscrivent souvent symboliquement dans les textes en lien avec l'efficacité de la procédure judiciaire elle-même<sup>1</sup>.

L'évaluation sous cet angle des différents modes déjudiciarisés devrait être un préalable nécessaire à leur extension sous quelque forme que ce soit : élargissement du champ d'application d'un procédé préexistant, prévision d'un nouveau domaine ou d'un nouveau procédé déjudiciarisé... Or tel ne semble pas toujours le cas. On s'attendrait à ce que de tels éléments d'évaluation figurent plus particulièrement dans deux documents privilégiés à ce titre du processus législatif : en amont, l'étude d'impact du projet de loi, puis, en aval, le rapport d'évaluation de la loi présenté par le gouvernement au parlement. La quête est pourtant fort décevante, ce dont on peut prendre deux illustrations portant sur les « grands » textes emportant déjudiciarisation adoptés ces toutes dernières années.

La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, dite loi « Taubira », introduisait ainsi ce qui avait été conçu comme une mesure phare de la déjudiciarisation en matière pénale : la transaction par officier de police judiciaire de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Or celle-ci a été introduite sur simple amendement en cours de débats parlementaires, donc hors étude d'impact. Et le rapport dans les deux ans de sa promulgation sur la mise en œuvre de la loi présenté par le garde de Sceaux le 21 octobre 2016 n'en dit pas plus au motif que toutes les mesures adoptées par la loi « n'appellent pas nécessairement de bilan pertinent », ainsi de la

---

<sup>1</sup> Ainsi les dispositions relatives aux alternatives et aux poursuites des articles 36 et 37 du projet de loi de programmation de la justice pour les années 2018-2022 s'inscrivent dans un titre 4 intitulé « Dispositions portant simplification et renforcement de l'efficacité de la procédure pénale », tout comme d'autres dispositions en matière civile figurent dans un sous-titre 2 (du titre 1) « Assurer l'efficacité de l'instance » ; dans la même idée, v. déjà l'introduction des mesures de l'article 41-1 et de la composition pénale par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 « renforçant l'efficacité de la procédure pénale », *JORF* du 24 juin 1999, p. 9247.



transaction pénale pour laquelle « le ministère de la justice ne dispose pas toujours d'informations précises »<sup>1</sup> !

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle comportait elle aussi nombre de notables dispositions en matière de déjudiciarisation civile et pénale. L'étude d'impact du projet de loi du 31 juillet 2015<sup>2</sup> consacrait donc son titre 2 aux modes alternatifs de règlement des litiges. On serait bien en peine, toutefois, d'y trouver quoi que ce soit sur le divorce sans juge ou la convention judiciaire d'intérêt public. Le premier n'a été introduit que le 30 avril 2016 sur amendement du gouvernement. Et la seconde avait initialement disparu du projet de loi à la suite de l'avis défavorable du Conseil d'Etat, pour ne refaire surface que dans un second temps<sup>3</sup>. Quant aux développements de l'étude d'impact relatifs à la déjudiciarisation (le terme y est employé deux fois), resterait encore à savoir s'ils emportent bien évaluation. Cela n'est pas certain au regard des difficultés que pose la mesure (III) de l'efficacité (I) de la déjudiciarisation (II).

## I. Quelle efficacité ?

**390. Objet ou objectifs ?** Si l'efficacité renvoie à l'aptitude à produire les effets attendus, à parvenir aux buts affichés<sup>4</sup>, il ne faut pas en matière de déjudiciarisation confondre l'objet d'étude et ses objectifs.

Définir et appliquer l'efficacité à l'objet, reviendrait en effet en la matière à considérer que dès lors qu'il y a évitement du juge la déjudiciarisation est *ipso facto* efficace<sup>5</sup>. L'on ne pourrait alors que constater l'effet « auto-réalisant » des transferts opérés du juge à un autre professionnel du droit : officier d'état civil dans le changement de prénom, avocats et notaire dans le divorce, huissier dans le recouvrement simplifié des petites créances<sup>6</sup> etc. Plus le juge serait évincé, plus la déjudiciarisation serait efficace !

---

<sup>1</sup> Rapport, p. 8 et note 4.

<sup>2</sup> NOR : JUSX1515639L.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 219.

<sup>4</sup> V. *supra* n° 331 et 355.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 331.

<sup>6</sup> V. *supra* n° 340.

Or le raisonnement, à peine de tourner court, ne peut être conduit ainsi. L'efficacité, à la différence de l'effectivité, doit être recherchée non au regard de l'objet de la déjudiciarisation mais des objectifs poursuivis par elle, qui peuvent être multiples.

## II. Quelle déjudiciarisation ?

**391. Unicité ou pluralité ?** Au-delà d'une inspiration commune, la déjudiciarisation ne se présente pas de la même façon en matière civile et en matière pénale ce qui interfère nécessairement avec son efficacité.

S'agissant, en premier lieu, des *sources* de la déjudiciarisation, alors que la déjudiciarisation en matière civile peut puiser sa source dans la loi comme dans la volonté des parties<sup>1</sup>, seule la première est concevable en matière pénale au regard de son caractère d'ordre public. La question de l'efficacité des techniques conventionnelles de déjudiciarisation ne se pose donc qu'en matière civile, qu'il s'agisse de conventions de substitution au procès<sup>2</sup> ou au jugement<sup>3</sup>.

S'agissant, en second lieu, des *caractères* de la déjudiciarisation, la déjudiciarisation légale (ou réglementaire) peut, en matière civile, s'avérer plus ou moins contraignante selon qu'est mis en place à l'égard des parties un mécanisme simplement incitatif ou obligatoire<sup>4</sup>. L'incitation dépourvue de sanction pourrait n'être qu'incantatoire<sup>5</sup>, alors que la méconnaissance d'une obligation préalable de conciliation ou médiation débouche sur l'irrecevabilité de la demande en justice consécutive<sup>6</sup>. En matière pénale, en revanche, la quasi-totalité des modes déjudiciarisés ne peuvent être imposés car ils reposent sur l'accord de l'auteur de l'infraction. Il n'en va différemment que dans le cadre de l'amende forfaitaire qui ne suppose pas l'acceptation de l'intéressé. La plus souvent donc, à l'exception de la composition pénale, une incitation à l'obtention d'une telle acceptation prend la forme de la perspective d'une sanction réduite. La possibilité existe aussi d'ailleurs avec le montant minoré de l'amende forfaitaire mais elle nous semble participer, là encore, davantage de l'effectivité de la procédure que de son efficacité.

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 333.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 343 et s.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 349 et s.

<sup>4</sup> *V. supra* n° 335.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 336 et s.

<sup>6</sup> *V. supra* n° 339.

S'agissant, enfin, des *objectifs* de la déjudiciarisation, au regard desquels seulement l'efficacité de cette dernière saurait être appréciée, une première difficulté d'évaluation vient de leur pluralité. En matière civile comme en matière pénale, la déjudiciarisation a des visées à la fois pour la justice (désengorgement de la voie judiciaire et recentrage du juge sur son cœur de métier) et les justiciables (apaisement du conflit, responsabilisation)<sup>1</sup>. À cela s'ajoute une difficulté supplémentaire en matière pénale dans la mesure où un même procédé peut s'inscrire dans une double politique de déjudiciarisation mais aussi de réponse pénale systématique<sup>2</sup>. Dès lors constater, chiffres et graphiques à l'appui, une augmentation du nombre de réponses pénales et corrélativement une baisse des classements sans suite traduit-il forcément une efficacité de la déjudiciarisation ? Il ne le semble pas. Tel n'est pas le cas, en effet, lorsque le procédé se substitue en réalité à l'absence de poursuites et non pas aux poursuites pénales devant le juge, tout comme, on le sait, le contrôle judiciaire peut « mordre » sur la liberté plus que sur la détention provisoire. Lorsqu'une affaire fait, par exemple, l'objet d'une des mesures de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, alors que sans elle il y aurait eu classement sans suite, on peut certes se réjouir de la réponse pénale ainsi apportée mais non conclure à l'efficacité de la déjudiciarisation. Le taux de réponse pénale peut être un objectif mais n'est pas un objectif de la déjudiciarisation.

Même circonscrite à ses seuls véritables objectifs, l'efficacité pose encore des difficultés de méthode de mesure.

### III. Quelle mesure ?

**392. Statistique ? Economique ? Sociologique ? Juridique ?** Comment mesurer l'efficacité de la déjudiciarisation en matière civile et pénale ? Plusieurs méthodes seraient sans doute utiles sans que, pour autant, l'on puisse en disposer.

S'agissant des statistiques en matière pénale, on a vu que mesurer le taux de réponse pénale n'est pas forcément mesurer l'efficacité de la déjudiciarisation. Pour y parvenir, il faudrait arriver à déterminer la part des affaires qui, à défaut de mise en œuvre du procédé déjudiciarisé, auraient suivi le circuit pénal classique.

---

<sup>1</sup> *V. supra*, chapitre 2, « Rôle et intérêt de la déjudiciarisation », n° 63 et s. pour la matière civile, et n° 105 et s. pour la matière pénale.

<sup>2</sup> *V. supra*, n° 356.

L'étude menée sur l'efficacité de la déjudiciarisation en matière civile a aussi montré que d'autres méthodes pourraient être mobilisées. Une analyse économique pourrait s'intéresser à la diminution de coût engendrée pour la justice judiciaire comme à la répercussion de coût pour les justiciables<sup>1</sup>. La participation active des justiciables au règlement de leurs différends relèverait d'une étude psychologique et leur satisfaction lors du recours à un procédé déjudiciarisé d'une démarche sociologique<sup>2</sup>.

À défaut, les juristes ne peuvent qu'insister sur l'analyse des dispositions à même, selon eux, d'interférer avec l'efficacité de la déjudiciarisation au regard de ses objectifs.

Du côté de la justice ou plus exactement du juge, et au regard de l'objectif de désencombrement du prétoire, se pose la question du maintien ou du retour du juge. En matière civile, la qualification des clauses de conciliation ou de médiation obligatoires a, paradoxalement s'agissant de clauses de déjudiciarisation, généré un contentieux qu'il serait sans doute possible, si ce n'est de supprimer, du moins de limiter<sup>3</sup>. Cela incite aussi à s'interroger, au cas par cas, sur l'opportunité du maintien d'une homologation judiciaire au sein d'un procédé déjudiciarisé. L'exercice est alors plus contraint en matière pénale qu'en matière civile<sup>4</sup>, au regard de la jurisprudence constitutionnelle liant intervention du juge judiciaire et atteinte à la liberté individuelle même prise dans une acception restreinte<sup>5</sup>. Et, en tout état de cause, doit être préservée, au regard du droit à un accès juridictionnel effectif, la possibilité de saisir le juge pour contester l'accord conclu<sup>6</sup>.

Du côté des justiciables, demandeur et défendeur, créancier et débiteur, auteur de l'infraction et victime, la prévision de mesures adaptées et le respect des droits des uns et des autres, objet d'une autre problématique de la présente recherche<sup>7</sup>, serait aussi gage d'efficacité<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 332.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 339.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 347.

<sup>4</sup> *V. supra* n° 354.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 367.

<sup>6</sup> *V. supra* n° 369.

<sup>7</sup> *V. supra* n° 270 et s.

<sup>8</sup> *V. supra* n° 379 et s., 384 et s.

## Chapitre 6 : Synthèse générale

Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER

**393. Ambitions.** Articulée autour de la comparaison des matières civile et pénale, la recherche menée avait pour objectif initial la mise en évidence d'un droit commun de la déjudiciarisation ; une telle ambition partait du postulat, vérifié au cours de la recherche, d'un même intérêt de la déjudiciarisation pour la matière civile et pour la matière pénale. Le premier intérêt est en effet d'offrir aux parties la possibilité de recourir à un mode déjudiciarisé, de mettre à l'écart le juge, pour leur permettre de se réapproprier le règlement du litige ; une telle logique se retrouve particulièrement en matière civile, où les procédés sont nombreux, mais elle se diffuse également dans la matière pénale, ne serait-ce qu'à travers la médiation pénale. Cela étant, une telle présentation serait réductrice en ce qu'elle ignore un autre intérêt, qui semble être aujourd'hui principalement recherché : l'évitement de la voie judiciaire pour décharger le juge d'un contentieux particulier. En effet, la déjudiciarisation est surtout conçue comme un moyen de rationaliser le fonctionnement de la justice, tant civile<sup>1</sup> que pénale<sup>2</sup>, pour recentrer le juge sur ses missions, en particulier celle de juger<sup>3</sup>.

**394. Ajustements.** Si la déjudiciarisation présente des vertus qui peuvent intéresser les matières étudiées, la recherche menée pendant vingt-quatre mois, les rencontres avec les magistrats, avocats et autres praticiens, ainsi que les échanges entre les membres de l'équipe de recherche ont mis en évidence des différences irréductibles entre ces matières, au regard tant des méthodes mises en œuvre que de l'encadrement spécifique des procédés déjudiciarisés. Loin de traduire un échec, ce constat invitait à repenser les enjeux de la déjudiciarisation, non plus de façon abstraite mais en prenant en compte les premiers résultats de la recherche.

---

<sup>1</sup> V. ce rapport n° 66 et s.

<sup>2</sup> V. ce rapport n° 106.

<sup>3</sup> J.-J. Urvoas, Discussion en séance publique du projet de loi de modernisation pour la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, Ass. nat., mardi 17 mai 2016. V. déjà pour un appel en ce sens, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, La doc. fr., 2008, p. 36 ; la Commission Nadal avait pareillement proposé de recentrer l'office du parquet sur les poursuites individuelles, *Refonder le ministère public*, Rapport de la Commission de modernisation de l'action publique présidée par J.-L. Nadal, 2013, p. 45. Cette question était encore l'une de celles posées par la mission d'information sur le redressement de la justice, et l'objectif semble toujours être poursuivi comme en atteste le rapport de D. Raimbourg et Ph. Houillon, *Chantiers de la justice Adaptation du réseau des juridictions*, Ministère de la justice, 15 janvier 2018, lequel appelle (p. 9) à un « recentrage du juge sur ses missions par la déjudiciarisation ».

Ces derniers ont également conduit à ajuster la méthode utilisée par l'équipe de recherche, notamment concernant l'étude empirique et les études comparées. Pour la première, malgré la large diffusion du questionnaire auprès des magistrats<sup>1</sup>, les retours n'ont pas permis d'obtenir des résultats exploitables, si ce n'est pour certains thèmes<sup>2</sup>. À cet égard, l'on peut regretter que certains magistrats, et particulièrement du siège, n'aient pas saisi l'occasion de faire état de leurs pratiques. Afin de pouvoir utilement orienter les propositions faites dans le cadre de la présente recherche, l'équipe a fait le choix de privilégier les rencontres individuelles et les échanges à l'occasion de journées d'études<sup>3</sup>, profitant ainsi de ces retours d'expérience.

Pour les secondes, les propositions recueillies ont confirmé l'adage selon lequel « comparaison n'est pas raison ». Les très grandes diversités de pratiques et de logiques sous-tendant les procédés déjudiciarisés dans les systèmes étudiés n'ont souvent pas permis de tirer des enseignements utiles pour la recherche en cours. Il est également apparu que la réalisation d'entretiens avec les chercheurs étrangers est bien plus pertinente que la collecte de contributions écrites spontanées. Une étude spécifique portant sur le divorce sans juge en droit espagnol est reproduite, en ce qu'elle est le fruit d'un tel entretien et porte sur un modèle pertinent en éclairant notamment la question du domaine de ce procédé en présence d'enfants mineurs<sup>4</sup>.

**395. Définitions.** Ces ajustements nécessaires ont permis de mieux définir les deux principaux enjeux de la déjudiciarisation : ses perspectives de développement (I), lesquelles sont d'une actualité brûlante au regard des multiples propositions faites en ce sens, tant en matière civile que pénale, dans le cadre du projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, et son nécessaire encadrement (II), lequel semble paradoxalement oublié dans ce texte. Cela étant, l'étude du développement et de l'encadrement de la déjudiciarisation suppose, au préalable, de définir l'objet étudié. Or, il est apparu que cette définition est loin d'être aisée tant la notion semble « ambiguë »<sup>5</sup>. La déjudiciarisation peut en effet être totale, lorsque le règlement du litige a lieu hors du juge, soit qu'il soit réglé par les parties elles-

---

<sup>1</sup> En annexe 1.

<sup>2</sup> Les résultats sont présentés en annexe 2, notamment concernant la composition pénale, la transaction pénale, la justice restaurative ainsi que, à titre de comparaison, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

<sup>3</sup> Deux journées ont ainsi été organisées, la première à Clermont-Ferrand, en octobre 2016, à laquelle ont participé des magistrats du siège et du parquet du TGI de Clermont-Ferrand, ainsi que des avocats, la seconde à Aix-en-Provence, à laquelle ont participé des magistrats du siège et du parquet ds TGI de Tarascon et d'Aix-en-Provence, des avocats mais aussi des médiateurs et notaires ; v. *infra* annexe 3.

<sup>4</sup> En annexe 4.

<sup>5</sup> Elle relèverait « tantôt de la simple déformalisation, tantôt de la déjuridictionnalisation, tantôt de la déjudiciarisation *stricto sensu* », A. Jeammaud, « Judiciarisation/déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (dir.), 2004, p. 677.

mêmes, soit qu'elles aient recours à un professionnel du droit ou à un tiers<sup>1</sup>, et ce en matière civile comme en matière pénale<sup>2</sup>; elle peut également être partielle lorsque le juge n'intervient pas pour trancher le litige, mais simplement pour valider ou homologuer un accord conclu<sup>3</sup>. Si elle traduit un recul du rôle du juge, la mise en œuvre de procédés déjudiciarisés est conçue avant tout comme une méthode, à savoir un mode de règlement des différends reposant sur l'accord des parties ou sur une décision prise par l'une d'elles<sup>4</sup>, que le recours au procédé soit librement choisi, fortement incité ou même imposé<sup>5</sup>.

Ainsi délimitée, la déjudiciarisation peut se prêter à une définition, qui ne peut toutefois qu'être très générale, compte tenu de la diversité des méthodes pouvant être mises en œuvre. La déjudiciarisation renvoie à **un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer une nature juridictionnelle**. Une fois la déjudiciarisation définie, il est possible d'en préciser les enjeux, lesquels appellent à la prudence et révèlent une nécessité.

## **I. La prudence : le développement de la déjudiciarisation**

**396. Les voies du développement.** Si les modes déjudiciarisés ont incontestablement le vent en poupe, il faut sans doute être prudent avant de lancer de nouveaux chantiers ou d'appeler à un développement massif de la déjudiciarisation. En effet, plutôt que d'étendre aveuglement

---

<sup>1</sup> V. ce rapport n° 8 et s.

<sup>2</sup> Une telle déjudiciarisation totale s'observe s'agissant des mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale, pour lesquelles le juge du siège n'intervient pas, ou encore pour certaines transactions, proposées par l'administration compétente, et pour l'amende forfaitaire, le juge n'intervenant dans cette dernière hypothèse qu'en cas de contestation.

<sup>3</sup> L'on pense ici à l'homologation des transactions ou des médiations prévue par les articles 1565 et suivants du code de procédure civile, et une telle logique renvoie à la composition pénale et à l'actuelle transaction par officier de police judiciaire prévue par l'article 41-1-1 du code de procédure pénale.

<sup>4</sup> Cela conduit à exclure des déjudiciarisations purement formelles, notamment pour le changement de prénom, dans lesquelles il n'y a ni contentieux ni accord.

<sup>5</sup> Lorsqu'elle est imposée, cette entrave à l'accès au juge est soumise à des conditions qui permettent de considérer que le dispositif est conforme aux droits européens ; sur cette méthode, v. n° 12.

les procédés déjudiciarisés à des domaines où ceux-ci n'ont pas de raison d'être (A), il apparaît préférable d'évaluer les procédés existants pour les améliorer (B).

### A. L'extension mesurée du domaine de la déjudiciarisation

**397. Le refus d'une généralisation.** En matière civile comme en matière pénale, la déjudiciarisation a longtemps répondu à une logique de choix ciblés, pour décharger le juge de questions techniques (changement de régime matrimonial en l'absence d'enfants mineurs<sup>1</sup>, administration légale<sup>2</sup> en matière civile ; contentieux fiscal, douanier ou routier en matière pénale), ou modiques, avec le règlement simplifié des petites créances en matière civile et la sanction des infractions de faible gravité en matière pénale. Dans chaque hypothèse, le recours à un procédé déjudiciarisé répond à un objectif spécifique et permet souvent de décharger le juge d'un contentieux de masse, voire, sur des questions qui n'encombrent pourtant pas la justice, de trouver une voie adaptée au règlement du litige en tenant compte de l'accord des parties<sup>3</sup>. Or, cet effet « décongestionnant » de la déjudiciarisation semble être aujourd'hui regardé avec un vif intérêt, à tel point qu'une généralisation des procédés déjudiciarisés est envisagée.

Un mouvement continu d'extension des domaines de la déjudiciarisation se constate en effet, tant en matière pénale que civile ; les procédés de généralisation à l'œuvre dans la première se retrouvent dans la seconde. Pourtant, des études antérieures se montraient déjà prudentes sur cette généralisation de la déjudiciarisation en certains domaines<sup>4</sup>, tandis que les études de droit comparé ont souligné que les nouvelles voies déjudiciarisées auraient pu, et sans doute dû, être différenciées : tel est le cas du divorce par consentement mutuel, déjudiciarisé en Espagne mais restant l'affaire du juge en présence d'enfants, pour protéger leurs intérêts<sup>5</sup>. Surtout, et alors que le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 propose d'étendre plus encore les domaines de certains procédés déjudiciarisés, ceux-là même qui avaient déjà été étendus par la loi du 18 novembre 2016, les entretiens réalisés dans le cadre de la présente recherche ont révélé que cette déjudiciarisation à marche forcée est mal perçue

---

<sup>1</sup> Art. 1397 code civil.

<sup>2</sup> Art. 387 et s. code civil, modif. par ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015.

<sup>3</sup> Si l'on pense ici au divorce par consentement mutuel, cette logique ne s'observe pas qu'en matière civile : elle sous-tend l'introduction de la convention judiciaire d'intérêt public par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

<sup>4</sup> La commission Guinchard s'était, par exemple, montrée hostile, en matière pénale, à la déjudiciarisation du contentieux routier, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport préc., p. 145 et s.

<sup>5</sup> *V.*, en annexe 4, M. Perena Vicente, « Le divorce sans juge en droit comparé. Institutions équivalentes ? ».



et donc mal reçue<sup>1</sup>, surtout lorsqu'elle s'impose dans des domaines où elle n'est pas souhaitée par les parties.

**398. Le choix de la libéralisation.** La prudence à laquelle appellent ces différents constats ne signifie pas pour autant que toute extension du domaine des procédés déjudiciarisés doit être refusée. Ce ne sont pas l'existence d'un mode déjudiciarisé ni son application à tel ou tel autre contentieux qui soulèvent des difficultés, mais l'obligation de recourir à un procédé déjudiciarisé. En matière pénale, cette distinction prend un sens particulier au regard des propositions faites dans le cadre du projet de loi de programmation pour la justice. L'extension proposée du domaine de la composition pénale aux délits punis de dix ans ne semble, certes, pas correspondre à un souhait des magistrats du parquet<sup>2</sup>, mais l'appréciation de l'opportunité des poursuites leur permettra de ne pas recourir à ce procédé toutes les fois où ils considéreront que les faits présentent une gravité trop importante. En revanche, l'extension du domaine de l'amende forfaitaire délictuelle, alors même que le dispositif n'est pas encore opérationnel pour les infractions de conduite sans permis et conduite sans assurance, interpelle en ce qu'elle se traduirait par une orientation quasi-systématique du règlement de ces infractions vers un tel procédé, sans appréciation de son utilité.

En matière civile, une telle obligation peut parfois être perçue comme un obstacle pour les justiciables, voire comme une perte de temps. Elle peut également être contreproductive en ce qu'elle se traduit par une attente forcée pour le règlement du litige en imposant aux parties la recherche préalable d'un accord amiable, alors qu'il est évident que toute recherche en ce sens est vaine ou inopportune. Dans de telles hypothèses, le recours au juge est inévitable et le retard de son intervention peut conduire à enraciner le conflit plus profondément encore. Dès lors, si le recours obligatoire, dans certaines matières, à une tentative de médiation ou, dans d'autres matières, à un procédé déjudiciarisé pour apporter une réponse à un litige ou à une infraction de très faible gravité peut se comprendre, **il convient de privilégier, pour les nouvelles perspectives d'extension, une simple incitation.**

À travers ces perspectives d'extension, se dessinent déjà les contours d'une réflexion sur la méthode mise en œuvre.

---

<sup>1</sup> Tel était le sentiment de certains juges d'instance ou des juges coordonateurs des juges d'instance, qui observaient que dans certains domaines, le recours à un mode déjudiciarisé n'est pas pertinent, notamment lorsque les parties n'ont pas de liens, et la déjudiciarisation imposée est alors dans ces matières contreproductive car elle fait souvent perdre plus de temps qu'elle n'en fait gagner.

<sup>2</sup> V. sur ce point, en annexe 2, les résultats du sondage réalisé.

## B. L'amélioration proposée des méthodes de la déjudiciarisation

**399. Inciter à la mise en œuvre du procédé.** La déjudiciarisation est un mouvement commun aux matières civile et pénale<sup>1</sup>, mais elle ne peut obéir à un modèle unique ne serait-ce qu'en raison des spécificités de chacune de ces matières. Pourtant, et malgré ces différences, l'on observe une tendance commune à imposer le recours à un procédé déjudiciarisé.

Les nouvelles mesures prévues par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 illustrent parfaitement cette tendance : la procédure participative marquerait une nouvelle avancée avec l'acceptation par les époux du principe de la rupture du mariage par acte sous signature privé contresigné par avocats<sup>2</sup> ; au divorce « sans juge » même en présence d'enfants mineurs pourrait s'ajouter le changement de régime matrimonial sans homologation du juge même en présence d'enfants mineurs ; le pouvoir d'injonction du juge de rencontrer un médiateur serait généralisé en tout état de la procédure, y compris en référé<sup>3</sup> ; le préalable obligatoire de conciliation instauré par la loi J21 en 2016, à peine d'irrecevabilité, pour la saisine du tribunal d'instance<sup>4</sup> serait étendu à celle du tribunal de grande instance<sup>5</sup>. En matière pénale, en revanche, la déjudiciarisation n'est le plus souvent qu'une simple possibilité, qu'elle prenne la forme de mesures alternatives, composition pénale, transactions diverses, convention judiciaire d'intérêt public. Il n'y a guère que le recours à l'amende forfaitaire, qu'elle soit contraventionnelle ou délictuelle, qui s'avère en pratique imposé<sup>6</sup>.

**Or, l'avis de l'ensemble des membres de l'équipe de recherche est qu'il est préférable d'offrir une option aux justiciables et non de leur imposer de recourir inutilement à un mode alternatif**, afin que ceux-ci puissent choisir le procédé déjudiciarisé et régler ainsi durablement leur différend<sup>7</sup>, évitant ainsi « une déjudiciarisation plus opportuniste qu'opportune »<sup>8</sup>. En matière pénale, un tel choix prend un sens particulier puisqu'il apparaît que les procédés déjudiciarisés sont mis en œuvre quasi exclusivement à l'initiative du

---

<sup>1</sup> Et même au-delà : sur la déjudiciarisation en droit public opérée au regard de la justice administrative, *cf. supra* n° 3.

<sup>2</sup> Art. 11, I, du projet de loi.

<sup>3</sup> Art. 1, I, du projet de loi.

<sup>4</sup> *V. supra* n° 167 et s.

<sup>5</sup> Art. 1, II, du projet de loi.

<sup>6</sup> Les articles 495-17 et 529 du c. pr. pén. n'ouvrent pas une faculté mais indiquent que « lorsque la loi le prévoit, l'action publique est éteinte par le paiement de l'amende forfaitaire ».

<sup>7</sup> On remarque à ce titre que pour le divorce espagnol dit « notarial », les époux ont le choix entre ce dernier et un divorce continuant à relever de l'institution judiciaire, là où la loi du 18 novembre 2016 a fait le choix d'une voie unique, *v.*, en annexe 4, M. Perena Vicente, *préc.*

<sup>8</sup> Expression de A. Fautré-Robin, *v. supra* n° 81.

ministère public ; mais il n'en demeure pas moins que l'auteur des faits a le choix d'accepter ou non la mesure proposée, ce qui est de loin préférable à la réclamation formée contre une mesure s'imposant à lui. L'existence d'un choix permettrait ainsi de profiter de l'ensemble des vertus de la déjudiciarisation<sup>1</sup>, et non pas uniquement de l'allègement à court-terme de la charge de travail des magistrats ; il suppose toutefois de développer une culture « populaire » de la déjudiciarisation<sup>2</sup>, pour que les justiciables répondent à cette invitation, culture qu'il ne suffit pas de décréter pour qu'elle existe<sup>3</sup>.

**400. Repenser la place du juge.** Si la déjudiciarisation peut permettre de désengorger les juridictions, il n'est pas certain que l'intervention du juge soit pour autant inutile en toute hypothèse. En matière civile, les textes les plus récents mettent en œuvre la forme la plus poussée de déjudiciarisation par exclusion du juge en confiant la résolution des différends à d'autres professionnels du droit : avocats et notaire dans le divorce « sans juge », huissier pour le recouvrement simplifié des petites créances, ou encore organisme débiteur des prestations familiales quant à la délivrance d'un titre exécutoire pour certaines pensions alimentaires<sup>4</sup>. La déjudiciarisation en matière pénale, au contraire, est le plus souvent, une déjudiciarisation « avec juge » auquel un rôle est conservé, même si celui-ci est allégé ou simplifié<sup>5</sup>. Il n'y a guère que dans les mesures de l'article 41-1 et dans l'amende forfaitaire que le juge n'intervient pas, du moins dans la mise en œuvre de principe de cette dernière<sup>6</sup>. Or, il serait faux de croire que le juge disparaît en matière civile et ne peut se retirer en matière pénale. Le juge civil peut être saisi pour l'homologation des accords, sur le fondement des articles 1565 et suivants du code de procédure civile, tandis que l'intervention du juge pénal ne s'impose, à bien y regarder, que lorsque le procédé déjudiciarisé comporte une mesure susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle ou à une liberté fondamentale

---

<sup>1</sup> Il ne faut pas oublier que « les modes alternatifs de règlement des différends participent indéniablement d'une pacification sociale », X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 218.

Les entretiens réalisés dans le cadre de la mission de recherche ont permis de constater que les praticiens étaient plus sensibles au rôle pacificateur de la déjudiciarisation qu'à son intérêt en termes de gestion des contentieux ; le premier semble donc devoir être privilégié.

<sup>2</sup> Le travail des médiateurs, des conciliateurs et les vertus de la négociation pourraient être mieux présentés, sous forme de brochures, certains membres de la mission de recherche proposant même la réalisation d'une série télévisée ou d'un téléfilm portant sur le travail d'un médiateur.

<sup>3</sup> V. l'intitulé du premier chapitre du projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 ; « Développer la culture du règlement amiable des différends ».

<sup>4</sup> V. *supra* n° 175 et s.

<sup>5</sup> V. *supra* n° 212.

<sup>6</sup> V. *supra* n° 211.

nécessitant son contrôle<sup>1</sup>. Cette déjudiciarisation totale en matière pénale et cette « rejudiciarisation » partielle en matière civile invitent alors à repenser le rôle du juge lors d'un procédé déjudiciarisé. Le juge peut en effet intervenir en amont du procédé déjudiciarisé, pour inviter les parties à y recourir, mais aussi lors du procédé, pour homologuer l'accord, ou encore en aval du procédé, en cas de difficulté ou de contestation. Cette diversité d'interventions est particulièrement intéressante s'agissant de son rôle lors de la contestation de l'accord, la matière civile semblant pouvoir utilement enrichir la matière pénale.

Il est ainsi apparu que l'intervention du juge doit pouvoir être conservée, lorsque les parties le souhaitent, malgré la mise en œuvre d'un procédé déjudiciarisé ; le consensualisme ne peut se faire au détriment de la protection d'autres droits et libertés. **En matière civile, une simplification de la procédure d'homologation, notamment en supprimant l'obligation de comparution, est préférable à une disparition pure et simple du juge<sup>2</sup>. En matière pénale, les parties à un procédé déjudiciarisé devraient pouvoir contester l'accord conclu<sup>3</sup>, qu'il ait été ou non homologué par un juge, selon des modalités permettant un exercice véritablement effectif de ce recours<sup>4</sup>.**

Ce rôle du juge permettrait de garantir le respect des droits des personnes concernées et il laisse entrevoir sur ce point le nécessaire encadrement des procédés déjudiciarisés.

## **II. La nécessité : l'encadrement de la déjudiciarisation**

**401. Une protection équivalente.** Le développement des modes déjudiciarisés semble être recherché par les gouvernements successifs, pour tenter de désencombrer les juridictions, mais si cette logique ne doit pas être dénoncée, elle ne peut être la seule finalité de la simplification du règlement des différends. À cet objectif gestionnaire doit en effet être ajouté un impératif : « la résolution des différends fût-elle contractualisée, doit garantir la protection des libertés des personnes »<sup>5</sup>. Le recours à un mode alternatif ou simplifié de règlement des litiges ne peut en effet se traduire par une moindre protection des droits des parties au mode

---

<sup>1</sup> Le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 envisage à ce titre d'écarter l'intervention du juge lors d'une composition pénale, dès lors que celle-ci ne comporte qu'une amende ou une mesure de dessaisissement.

<sup>2</sup> En ce sens, v. *supra* n° 94.

<sup>3</sup> Le plus souvent, la victime ne peut donc contester cet accord, n'étant qu'un tiers à l'accord conclu, sauf pour la médiation pénale où elle a bien la qualité de partie.

<sup>4</sup> Une telle exigence conduit à refuser les modalités actuellement prévues concernant l'amende forfaitaire pour la requête en exonération et la réclamation.

<sup>5</sup> N. Fricero, « Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ? », in *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, préc. p. 12.

déjudiciarisé ou des droits des tiers à ce mode, et ce tout particulièrement lorsque la déjudiciarisation n'est pas choisie par les parties mais imposée par la loi<sup>1</sup>. Les études réalisées dans le cadre de cette mission de recherche aboutissent à un même constat, une telle protection s'impose quelle que soit la matière en cause, pour les parties (A) comme pour les tiers (B). Si la protection des droits aurait pu participer d'un droit commun de la déjudiciarisation, il apparaît surtout et paradoxalement qu'elle est moins bien assurée en matière pénale, ce qui appelle à une évolution.

### **A. L'amélioration souhaitable des droits des parties**

**402. L'amélioration des droits processuels.** Outre le droit au juge, déjà envisagé sous l'angle des méthodes de la déjudiciarisation et de la possible contestation de l'accord devant le juge<sup>2</sup>, l'amélioration des droits des parties renvoie, d'abord, à la question de la protection de leurs droits processuels, tant ceux-ci semblent menacés par la mise en œuvre d'un procédé déjudiciarisé. **La première amélioration devant être envisagée porte sur l'information des parties quant aux droits dont elles disposent lors du procédé déjudiciarisé.** S'il est souhaitable que certains autres droits soient également renforcés, leur effectivité suppose avant tout que l'intéressé en ait connaissance. Or, si la question ne soulève que peu de difficultés en matière civile, quoique certaines améliorations soient possibles, le droit à l'information doit être renforcé en matière pénale, notamment quant à l'infraction pour laquelle le mode déjudiciarisé est mis en œuvre, au droit à l'assistance d'un avocat ou encore au droit à un interprète. Toujours en matière pénale, et afin d'être certain que la mesure est acceptée librement et sans équivoque, l'accès au dossier semble devoir être offert lors de la mise en œuvre d'un procédé déjudiciarisé. Par ailleurs, si en matière civile la souplesse du procédé permet le plus souvent aux parties de prendre ce temps, en matière pénale, il conviendrait en revanche de reconnaître à l'auteur des faits le droit à bénéficier d'un délai de réflexion en toute hypothèse et de le rendre effectif<sup>3</sup>, afin de permettre à l'intéressé de prendre sa décision en connaissance de cause et d'éviter toute pression.

---

<sup>1</sup> L'on pense par exemple au divorce par consentement mutuel en matière civile ou à l'amende forfaitaire en matière pénale.

<sup>2</sup> *V. supra* n° 400.

<sup>3</sup> *V. supra* n° 278.

Parmi les droits dont la garantie doit être assurée, le droit à l'assistance d'un avocat semble encore devoir être renforcé, au-delà de la correcte information des intéressés sur ce point<sup>1</sup>. De façon concrète en effet, la possibilité de recourir à un procédé déjudiciarisé ou de pouvoir se défendre utilement lors d'un tel procédé imposait d'élargir à toute hypothèse le bénéfice de l'aide juridictionnelle ; le principe est certes acquis, en matière civile comme en matière pénale, mais les entretiens réalisés lors de la mission de recherche ont mis en évidence la nécessité d'une meilleure information sur ce point<sup>2</sup>. Enfin, il conviendrait de renforcer la formation des avocats en ces domaines, notamment s'agissant des procédés en matière pénale.

**403. La garantie des droits substantiels.** L'intérêt des procédés déjudiciarisés, pour les parties comme pour le système judiciaire, suppose encore que les mesures négociées ou acceptées puissent être exécutées. Cette question de l'efficacité des modes déjudiciarisés a conduit l'équipe de recherche à s'interroger sur le point de savoir si les parties doivent bénéficier d'un droit à l'exécution de l'accord conclu, s'entendant d'un droit à l'exécution forcée. Il est ressorti des débats que cette question ne peut trouver une réponse unique, tant la possibilité de recourir à l'exécution forcée d'une mesure acceptée à l'occasion d'un procédé déjudiciarisé est liée aux raisons qui ont poussé les parties à recourir à un tel procédé.

En matière civile, le choix ou l'acceptation d'une telle voie vise avant tout à permettre aux parties de trouver elles-mêmes la solution à leur différend, en évitant de recourir au juge ; la force exécutoire qui peut être conférée aux accords prolonge cette logique en leur permettant d'obtenir l'exécution de l'accord sans avoir à solliciter le juge autrement que par la voie d'une requête en homologation<sup>3</sup>. Une même faculté doit être offerte à la victime de l'infraction, pour obtenir l'exécution des engagements pris par l'auteur à l'occasion d'une médiation pénale. Si cette possibilité rappelle la nature contractuelle de l'accord ainsi conclu, elle permet surtout à la victime de choisir de poursuivre l'exécution de l'accord, si besoin en recourant à la procédure d'injonction de payer, ou de poursuivre l'auteur devant la juridiction pénale<sup>4</sup>.

En revanche, s'agissant des autres procédés alternatifs en matière pénale, une telle exécution forcée ne semble pas devoir être recherchée car l'esprit qui sous-tend les alternatives aux poursuites conduit à les regarder comme des mesures favorables<sup>5</sup>. L'intéressé se voit proposer

---

<sup>1</sup> V. également sur l'information de la victime quant à son droit à l'avocat lors d'une médiation pénale, *supra* n° 285.

<sup>2</sup> Tel est le retour quasi unanime des avocats rencontrés.

<sup>3</sup> V. *supra* n° 280.

<sup>4</sup> V. *supra* n° 286.

<sup>5</sup> Un tel sentiment ressort des entretiens réalisés avec les magistrats ainsi que des résultats du sondage réalisé en annexe 2.

une voie alternative et ainsi, à terme, une absence de poursuites ; il doit, pour cela, exécuter spontanément les mesures acceptées, à défaut son comportement ne traduit pas la responsabilisation recherchée et des poursuites doivent être envisagées. Au surplus, la menace de poursuites pénales systématiques en cas de mauvaise exécution est sans doute plus efficace que le recours à l'exécution forcée. Enfin, compte tenu du contexte dans lequel ces mesures sont proposées, une contrainte à l'exécution de sanctions, certes acceptées, ne paraît pas souhaitable tant la non-exécution pourrait être le signe d'une difficulté que le juge doit trancher ; *a fortiori*, au regard de la possible disparition à l'avenir de la validation du juge pour certaines mesures, notamment l'amende, l'exécution forcée de la composition pénale et des transactions ne semble pas opportune.

## **B. La préservation souhaitée des droits des tiers**

**404. La relativité du procédé déjudiciarisé.** Dans certaines hypothèses particulières, la situation des tiers conduit à évincer le procédé déjudiciarisé<sup>1</sup> ; une telle éviction tient aux matières en cause et ne semble pas devoir être étendue à d'autres hypothèses, sauf, selon l'avis des membres de l'équipe de recherche, au divorce par consentement mutuel qui ne pourrait alors se réaliser sans intervention du juge en présence d'enfant(s) mineur(s)<sup>2</sup>. Plus encore que dans l'éviction du mode déjudiciarisé, la préservation des droits des tiers est assurée par la possibilité qui leur est reconnue de saisir le juge, nonobstant l'extinction du litige entre les parties. L'effet relatif des conventions est ici le miroir de l'effet relatif des jugements et il n'est dès lors pas surprenant que les tiers puissent saisir le juge de leurs demandes, lesquelles n'ont pas été réglées par le procédé déjudiciarisé. La surprise tient en revanche à la possibilité reconnue à la victime de l'infraction de saisir le juge pénal malgré l'extinction de l'action publique<sup>3</sup> et alors que l'action civile doit, en principe, être exercée en même temps que l'action publique devant la juridiction répressive compétente pour la seconde<sup>4</sup>. Cette dérogation au principe du caractère accessoire de l'action civile est justifiée par la nécessaire protection des droits des victimes, tiers à l'alternative aux poursuites, mais

---

<sup>1</sup> *V. supra* n° 254 et s..

<sup>2</sup> Sur ce point, *v. supra* n° 283.

<sup>3</sup> Art. 41-2 du c. pr. pén.; art. R. 15-33-37-6 du c.pr. pén. texte abrogé par la décision du Conseil d'Etat du 24 mai 2017, n° 395321, préc.

<sup>4</sup> Art. 3 c. pr. pén.

elle interpelle quant à l'intérêt du mécanisme alternatif, puisque l'infraction est tout de même portée à la connaissance du juge pénal, saisi des seuls intérêts civils<sup>1</sup>.

**405. La nécessaire information des tiers.** Quelle que soit la matière en cause, l'information des tiers quant à la mise en œuvre du procédé déjudiciarisé est perçue comme une condition de la préservation de leurs droits. Si elle peut prendre la forme d'une publicité conférée à l'accord conclu<sup>2</sup>, elle peut également consister en une simple information, notamment en matière pénale au titre du droit à l'information des victimes d'infraction. Or, une telle information est trop rarement prévue, en matière civile comme en matière pénale ; elle n'est reconnue que lorsque le tiers en cause est dans une situation particulière, pour l'enfant du couple divorçant ou encore pour la victime de l'infraction. Pour la plupart des tiers, y compris ceux susceptibles d'être intéressés par le contenu de l'accord, une telle information n'est pas prévue. Certes, cette absence d'information du tiers implique que la solution à laquelle aboutit l'accord ne lui est pas, en principe, opposable, mais l'action ultérieure du tiers peut être privée de son intérêt ; il semble dès lors nécessaire de renforcer l'information des tiers lorsqu'un accord est conclu<sup>3</sup>, pour leur permettre d'agir en temps utile faire respecter leurs droits.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 306.

<sup>2</sup> En matière civile, pour le changement de régime matrimonial, art. 1397 du c. civ.; en matière pénale, pour la convention judiciaire d'intérêt public, art. 41-1-2, II, al. 6, c. pr. pén.

<sup>3</sup> **En matière pénale, il serait possible de renforcer l'information des tiers en étendant l'article R. 15-33-66-3 du c. pr. pén. aux procédés déjudiciarisés.**



## **Annexes**

- Annexe 1 : Questionnaire aux magistrats sur les enjeux de la déjudiciarisation
- Annexe 2 : Analyse statistique des réponses au questionnaire
- Annexe 3 : Montserrat PERENA VICENTE : Le divorce en droit comparé : institutions équivalentes ? »



# Annexe 1

## Les enjeux de la déjudiciarisation

### *Questionnaire aux magistrats<sup>1</sup>*

#### 1 – Conciliation en matière civile

##### **1-1 - Tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance (art. 830 CPC)**

1-1-1 - Avez-vous déjà été saisi(e) d'une demande de tentative de conciliation sur le fondement de l'article 830 du code de procédure civile ?

- Oui  Non

1-1-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 50  Entre 10 et 50  Moins de 10

1-1-3 - Avez-vous répondu favorablement à cette demande ?

- Toujours  Fréquemment  Rarement  Jamais

1-1-4 - Quels ont été le ou les critères déterminant votre décision ?

- Simplicité du litige  
 Faible importance du litige  
 Engorgement de la juridiction  
 Mérite d'une procédure amiable  
 Démarche consensuelle des parties et volonté d'éviter le conflit

1-1-6- Avez-vous délégué la conciliation à un conciliateur de justice ?

- Oui  Non

1-1-7- Pour quelles raisons estimez-vous que la délégation est utile ?

- Sauvegarder l'impartialité du juge en cas d'échec  
 Difficulté d'organisation des audiences de conciliation  
 Autre

1-1-8 - Les parties ont-elles trouvé un accord à l'issue de la conciliation préalable ?

- Toujours  Fréquemment  Rarement  Jamais

1-1-9 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier la situation des parties pour pouvoir efficacement mettre en œuvre une telle conciliation ?

1    2    3    4    5    6    7    8    9    10

---

<sup>1</sup> Le présent questionnaire a été rédigé par Natalie Fricero et Jean-Baptiste Perrier, avec l'aide de Laurent Mucchielli. Il a été diffusé aux magistrats du siège et du parquet des TGI d'Aix-en-Provence, de Clermont-Ferrand, de Marseille et de Moulins sur Allier, par l'intermédiaire des chefs de juridiction. S'agissant de la matière pénale, le choix a été fait d'interroger les magistrats à propos de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui n'est pas un procédé déjudiciarisé, afin de pouvoir comparer les réponses données.

1-1-10 - Quels sont, selon vous, les points à améliorer et les pistes intéressantes ?

- Exiger une plus grande précision des demandes
- Pouvoir facilement demander des pièces et documents
- Pouvoir orienter les parties vers un médiateur
- Aucune

**1-2 - Conciliation au cours de l'instance (art. 845 CPC)**

1-2-1 - En cas de déclaration au greffe, pratiquez-vous la « double convocation », devant un conciliateur, puis devant le juge ?

- Oui
- Non

1-2-2 - Les parties se rendent-elles devant le conciliateur de justice ?

- Toujours
- Fréquemment
- Rarement
- Jamais

1-2-3 - Invitez-vous les parties à rencontrer un conciliateur de justice à l'audience (art. 845 CPC) ?

- Toujours
- Fréquemment
- Rarement
- Jamais

1-2-4 - Quels ont été le ou les critères déterminant votre décision ?

- Simplicité du litige
- Faible importance du litige
- Engorgement de la juridiction
- Maintien du lien entre les parties
- Autre

1-2-5 - La représentation des parties par avocat facilite-t-elle la conciliation ?

- Oui
- Non

1-2-6 - Quels sont, selon vous, les points à améliorer et les pistes intéressantes

- Prévoir l'irrecevabilité de la demande à défaut de tentative de conciliation préalable devant un conciliateur de justice
- Organiser systématiquement un entretien d'information avec un conciliateur de justice au cours de l'instance
- Assurer une meilleure information sur la conciliation
- Prévoir la présence d'un conciliateur de justice à toutes les audiences
- Autre mesure

1-2-7 – Les parties ont-elles demandé l'homologation d'un accord de conciliation ?

- Fréquemment
- Rarement
- Jamais

1-2-8 - Si oui, combien ?

- Plus de 50
- Entre 10 et 50
- Moins de 10

1-2-9 - Quel contrôle avez-vous exercé ?

- Ordre public
- Régularité formelle de l'acte
- Concessions réciproques
- Aucun

1-2-10 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier la situation des parties pour pouvoir constater cette conciliation ?

1      2      3      4      5      6      7      8      9      10

1-2-11 - Avez-vous refusé une homologation ?

- Oui
- Non

1-2-12 - Avez-vous déjà été saisi(e) d'une demande de donner acte de désistement sans homologation ?

- Oui
- Non

## **2 – Médiation en matière civile**

### **2-1 - Médiation devant le tribunal d'instance**

2-1-1 Avez-vous proposé une médiation judiciaire (art. 131-1 CPC) ?

- Oui
- Non

2-1-2 Quels sont les obstacles ?

- Le coût
- Le manque d'information quant à la situation des parties
- Le manque d'intérêt de la part des parties
- Autre

### **2-2 - Médiation devant le tribunal de grande instance**

2-2-1 - Les mentions relatives aux diligences en vue de parvenir à une résolution amiable du litige vous paraissent-elles utiles (art. 56 CPC)?

- Oui
- Non

2-2-2 - Que proposeriez-vous pour améliorer leur efficacité ?

- L'irrecevabilité de la demande
- La nullité de l'assignation
- Autre (précisez)

2-2-3 - Avez-vous proposé une médiation judiciaire (art. 131-1 CPC) ?

- Oui
- Non

2-2-4 - Quels critères avez-vous utilisés ?

- La complexité du litige
- L'ancienneté du litige
- Le maintien du lien entre les parties
- L'importance économique du litige
- La nécessité de trouver une solution adaptée que la règle de droit n'autorise pas
- Autre

2-2-5 - Comment avez-vous choisi le médiateur ?

- Sur la proposition des parties
- En désignant une association locale de médiateurs
- Autre

2-2-6 - Les parties sont-elles parvenues à un accord ?

- Oui
- Non

2-2-7 - Les parties ont-elles demandé l'homologation ?

- Oui
- Non

2-2-8 - Quelles explications pensez-vous que l'on peut donner au faible taux de médiations judiciaires ?

- Le coût
- L'absence de liste officielle de médiateurs judiciaires
- Les réticences des parties
- Autre

2-2-9 - Selon vous, faudrait-il permettre au TGI de proposer aux parties une conciliation devant un conciliateur de justice?

- Oui
- Non

### **2-3 - Médiation familiale**

2-3-1 - Avez-vous déjà été juge aux affaires familiales ?

- Oui
- Non

2-3-2 - Si oui, avez-vous déjà eu recours à une médiation ?

- Oui
- Non

2-3-3 - Si oui, quelles étaient vos raisons :

- Souhait de régler durablement le conflit
- Souci d'économie de temps
- Encouragement à ce dispositif au sein de la juridiction
- Volonté de maintenir les liens familiaux

2-3-4 - Dans l'ensemble, le recours à ce procédé vous semble-t-il :

- Utile
- Inutile
- Rapide
- Long
- Simple
- Complexe

2-3-5 - Selon votre expérience, un tel procédé devrait-il être étendu à d'autres contentieux ?

- Non, car il doit être réservé aux conflits familiaux en vue de la réconciliation
- Non, car il serait inutile
- Non, car cela déposséderait le juge de ses prérogatives
- Oui, car cela pourrait être souvent utile
- Oui, car cela permettrait de se reconcentrer sur les tâches principales

### 3 - Homologation en matière civile

3-1 - Avez-vous déjà été saisi(e) d'une requête en homologation sur le fondement de l'article 1565 du code de procédure civile (autrefois 1441-4) d'une transaction ou d'un accord conclu à la suite d'une médiation ou d'une conciliation conventionnelle ?

- Oui  Non

3-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 50  Entre 10 et 50  Moins de 10

3-3 - Quels ont été les critères déterminant votre décision ?

- (In)égalité entre les parties  
 Faible importance du litige  
 Engorgement de la juridiction  
 Mérite d'une procédure amiable

3-4 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion des parties à la solution négociée ?

- 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

3-5 - Avez-vous déjà été saisi(e) d'une requête en homologation sur le fondement de l'article 1565 du code de procédure civile d'une transaction ou d'un accord conclu à la suite d'une procédure participative assistée par avocat ?

- Oui  Non

3-6 - Si oui, combien ?

- Plus de 50  Entre 10 et 50  Moins de 10

3-7 - Quels ont été les critères déterminant votre décision ?

- (In)égalité entre les parties  
 Faible importance du litige  
 Engorgement de la juridiction  
 Mérite d'une procédure amiable

3-8 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion des parties à la solution négociée ?

- 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

### 4 – Divorce par consentement mutuel

4-1 - Avez-vous déjà été juge aux affaires familiales ?

- Oui  Non

4-2 - Si oui, comment décririez-vous votre rôle lors d'un divorce par consentement mutuel ?

- Inutile, je ne fais que valider un accord  
 Peu utile, je vérifie seulement que les parties n'ont pas changé d'avis  
 Utile, je vérifie que les parties aient bien compris la portée de leur engagement  
 Indispensable, je vérifie que l'accord ne soit pas déséquilibré et que l'un des époux ne soit pas lésé.

## 5 – Composition pénale

### 5-1 – Recours à la composition pénale

5-1-1 - Au parquet, avez-vous proposé une composition pénale ?

- Oui  Non

5-1-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 50  Entre 10 et 50  Moins de 10

5-1-3 - Quels ont été les critères déterminant votre décision de recourir à la composition pénale ?

- Passé pénal de l'auteur des faits  
 Faible gravité des faits  
 Absence de victime  
 Engorgement de la juridiction  
 Repentir de l'auteur  
 Infractions relevant de celles pour lesquelles une composition pénale est proposée, sauf exception, selon une politique concertée

5-1-4 - Quels ont été les critères déterminant le contenu de la composition pénale ?

- Passé pénal de l'auteur des faits  
 Faible gravité des faits  
 Absence de victime  
 Ressources de l'auteur  
 Repentir de l'auteur  
 Contexte sociologique  
 Application d'un "barème", déterminé dans le cadre d'une politique concertée

5-1-5 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion de l'auteur à la composition pénale avant sa proposition ?

- 1    2    3    4    5    6    7    8    9    10

5-1-6 - Faites-vous proposer la composition pénale lors de la garde à vue ?

- Jamais  Exceptionnellement  Rarement  Fréquemment  Systématiquement

5-1-7 - Avez-vous proposé une composition pénale sans amende ?

- Jamais  Exceptionnellement  Rarement  Fréquemment  Systématiquement

5-1-8 - Dans l'ensemble, le recours à ce procédé vous semble-t-il :

- Utile  Inutile  
 Rapide  Long  
 Simple  Complexe

5-1-9 - Selon votre expérience, un tel procédé devrait-il être généralisé ?

- Non, car je ne le proposerai pas pour des infractions punies d'une peine supérieure à cinq ans  
 Oui, car cela pourrait être opportun  
 Oui, car cela permettrait de se reconcentrer sur les autres missions



## **5-2 – Validation de la composition pénale**

5-2-1 - Avez-vous déjà rendu une ordonnance de validation d'une composition pénale ?

- Oui  Non

5-2-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 50  Entre 10 et 50  Moins de 10

5-2-3 - Quels ont été les critères déterminant votre décision ?

- Passé pénal de l'auteur des faits  
 Faible gravité des faits  
 Faiblesse des mesures acceptées (amende...)  
 Absence de victime  
 Engorgement de la juridiction  
 Repentir de l'auteur  
 Infractions relevant de celles pour lesquelles une composition pénale est proposée, sauf exception, selon une politique concertée

5-2-4 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion de l'auteur à la composition pénale ?

- 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

5-2-5 - Avez-vous, lors de ces décisions, déjà rencontré l'auteur des faits ?

- Jamais  Exceptionnellement  Rarement  Fréquemment  Systématiquement

5-2-6 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous l'intensité du contrôle effectué lors de la validation de la composition pénale ?

- 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10

5-2-7 - Comment décririez-vous votre rôle lors d'une validation de composition pénale ?

- Inutile, je ne fais que valider systématiquement un accord  
 Peu utile, je vérifie seulement que l'auteur n'ait pas changé d'avis  
 Utile, je vérifie que l'auteur ait bien accepté la composition pénale  
 Indispensable, je vérifie que les mesures ne soient pas disproportionnées

5-2-8 - Selon votre expérience, un tel procédé pourrait-il être généralisé ?

- Non, car je n'homologuerais pas pour des infractions punies d'une peine supérieure à cinq ans  
 Oui, car cela pourrait être opportun pour certaines infractions  
 Oui, car cela permettrait de se reconcentrer sur les autres missions

## **6 – Transaction pénale**

6-1 - Au parquet, avez-vous proposé ou avait été sollicité pour une transaction pénale ?

- Oui  Non

6-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 50  Entre 10 et 50  Moins de 10

6-3 - Quels ont été ou seraient les critères déterminant votre décision de recourir à la composition pénale ?

- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Engorgement de la juridiction
- Repentir de l'auteur

6-4 - Quels seraient les modalités de choix du montant de l'amende ?

- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Ressources de l'auteur
- Repentir de l'auteur
- Application d'un "barème", déterminé dans le cadre d'une politique concertée

6-5 – Quel regard portez-vous sur la transaction pénale, que vous la pratiquiez ou non ?

- Inutile, car la faiblesse des faits en cause ne mérite pas une transaction
- Irréalizable, compte tenu de l'engorgement des services de police
- Utile pour traiter plus simplement un contentieux qui engorgeait la juridiction
- Utile pour apporter une réponse à des infractions qui ne faisaient l'objet d'aucune réponse
- Sans avis

## **7 – Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**

### **7-1 – Recours à la CRPC**

7-1-1 - Au parquet, avez-vous proposé une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ?

- Oui
- Non

7-1-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 50
- Entre 10 et 50
- Moins de 10

7-1-3 - Quels ont été les critères déterminant votre décision de recourir à la CRPC ?

- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Engorgement de la juridiction
- Repentir de l'auteur
- Infractions relevant de celles pour lesquelles une CRPC est proposée, sauf exception, selon une politique concertée

7-1-4 - Quels ont été les critères déterminant la peine proposée ?

- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Ressources de l'auteur
- Repentir de l'auteur
- Contexte sociologique
- Application d'un "barème", déterminé dans le cadre d'une politique concertée

7-1-5 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion de l'auteur à la composition pénale ?

1      2      3      4      5      6      7      8      9      10

7-1-6 - Avez-vous proposé une peine alternative (hors amende et emprisonnement, avec ou sans sursis) ?

Jamais     Exceptionnellement     Rarement     Fréquemment     Systématiquement

7-1-7 - Avez-vous recours à la technique de la double convocation (CRPC + COPJ) ?

Jamais     Exceptionnellement     Rarement     Fréquemment     Systématiquement

7-1-8 - Faites-vous apprécier les chances de succès d'une CRPC lors de la garde à vue ?

Jamais     Exceptionnellement     Rarement     Fréquemment     Systématiquement

7-1-9 - Dans l'ensemble, le recours à ce procédé vous semble-t-il :

Utile             Inutile  
 Rapide         Long  
 Simple         Complexe

7-1-10 - Avez-vous le sentiment d'une modification de votre rôle ?

Oui                             Non

7-1-11 - Avez-vous eu l'impression d'une charge supplémentaire de travail ?

Oui                             Non

7-1-12 - Selon votre expérience, un tel procédé devrait-il être permettre de proposer une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans ?

Non, car je ne la proposerai pas  
 Peut-être, si elle est assortie du sursis  
 Oui, car cela pourrait être opportun

## **7-2 – Homologation de la CRPC**

7-2-1 Avez-vous déjà rendu un jugement d'homologation d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ?

Oui                             Non

7-2-2 - Si oui, combien ?

Plus de 50                     Entre 10 et 50                     Moins de 10

7-2-3 - Quels ont été les critères déterminant votre décision ?

Passé pénal de l'auteur des faits  
 Faible gravité des faits  
 Faiblesse des mesures acceptées (amende...)  
 Absence de victime  
 Engorgement de la juridiction  
 Repentir de l'auteur  
 Infractions lesquelles une CRPC est proposée, sauf exception, selon une politique concertée

7-2-4 - Comment décririez-vous votre rôle lors d'une homologation de CRPC ?

- Inutile, je ne fais que valider systématiquement un accord
- Peu utile, je vérifie seulement que l'auteur n'ait pas changé d'avis
- Utile, je vérifie que l'auteur ait bien accepté la peine proposée
- Indispensable, je vérifie que la réalité des faits, la qualification de l'infraction et que la peine ne soit pas disproportionnée

7-2-5 - Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'individualisation de la sanction lors d'une CRPC ?

1      2      3      4      5      6      7      8      9      10

7-2-6 - La victime (lorsqu'il y en a une) est-elle présente lors de l'audience d'homologation ?

- Jamais
- Exceptionnellement
- Rarement
- Fréquemment
- Systématiquement

7-2-7 - Dans l'ensemble, le recours à ce procédé vous semble-t-il :

- Utile                       Inutile
- Rapide                     Long
- Simple                     Complexe

7-2-7 - Avez-vous l'impression d'avoir été dépossédé de votre rôle ?

- Oui
- Non
- Parfois

7-2-8 - Selon votre expérience, un tel procédé devrait-il être permettre de proposer une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans ?

- Non, car je ne l'homologuerais pas
- Peut-être, si elle est assortie du sursis
- Oui, car cela pourrait être opportun

### **7-3 – Instruction et CRPC**

7-3-1 - Magistrat instructeur, avez-vous déjà renvoyé un mis en examen en vue d'une CRPC ?

- Jamais
- Exceptionnellement
- Rarement
- Fréquemment

7-3-1-1 - Si non :

- La question ne s'est pas posée
- Je n'y ai pas pensé
- Je ne l'ai pas souhaité

7-3-1-2 - Si oui : Quels ont été les critères déterminant votre décision de recourir à la CRPC ?

- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Engorgement de la juridiction
- Repentir de l'auteur
- Infractions relevant de celles pour lesquelles une CRPC est proposée, sauf exception, selon une politique concertée

## 8 – Justice restaurative

8-1 - Avez-vous déjà eu l'occasion de mettre en œuvre une mesure de justice restaurative (art. 10-1 du code de procédure pénale) ?

- Oui  Non

8-2 - Si oui, combien ?

- Plus de 10  Entre 5 et 10  Moins de 5

8-3 - Si non :

- La question ne s'est pas posée  Je n'y ai pas pensé  Je ne l'ai pas souhaité

8-4 – Quel regard portez-vous sur la justice restaurative, que vous la connaissiez en pratique ou non ?

- Inutile, car le condamné est dans une démarche intéressée et non sincère
- Contreproductive, car la victime risque de subir de nouveau le choc d'être confronté à un délinquant
- Utile pour favoriser la réinsertion du condamné
- Utile pour aider les victimes à se reconstruire
- Sans avis



## Annexe 2

### Analyse statistique des réponses au questionnaire sur la déjudiciarisation<sup>1</sup>

Avertissement : La présente analyse statistique est limitée à la production de statistiques descriptives sur la base des réponses que les magistrats ont apportées au questionnaire qui leur a été soumis, sans relier le profil des répondants (âge, lieu d'affectation, etc.) à leurs pratiques professionnelles (par exemple par le biais d'analyses de régression ou d'analyses des correspondances multiples). Par ailleurs, les réponses au questionnaire en matière civile n'étaient, très souvent, que partielles, en raison notamment de la spécialisation des fonctions et du caractère récent de certains procédés, de telle sorte que les résultats obtenus ne pouvaient donner lieu à une analyse représentative.

#### Sommaire

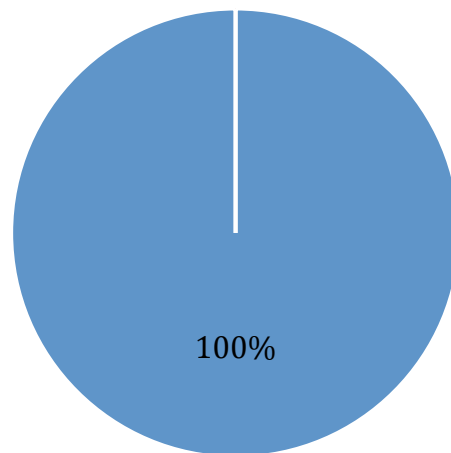
<i>La composition pénale</i> .....	327
<i>La transaction pénale</i> .....	331
<i>La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité</i> .....	332
<i>La justice restaurative</i> .....	338

---

<sup>1</sup> La présente analyse a été réalisée par M. Julien Larrègue.

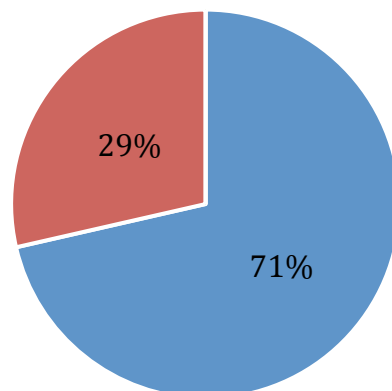
## La composition pénale<sup>1</sup>

Au parquet, avez-vous proposé une composition pénale ?



■ Oui ■ Non

Si oui, combien ?



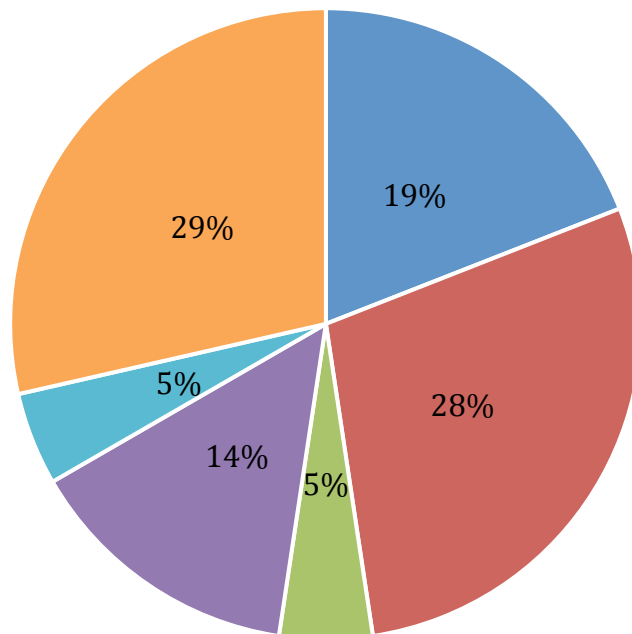
■ Plus de 50 ■ Entre 10 et 50 ■ Moins de 10

---

<sup>1</sup> L'ensemble des résultats sont exprimés en pourcentage du total des répondants de la rubrique concernée (composition pénale, CRPC, transaction pénale et justice restaurative).

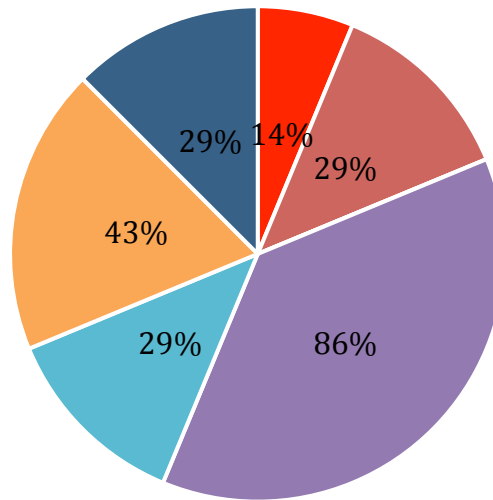


Quels ont été les critères déterminant votre décision de recourir à la composition pénale ?



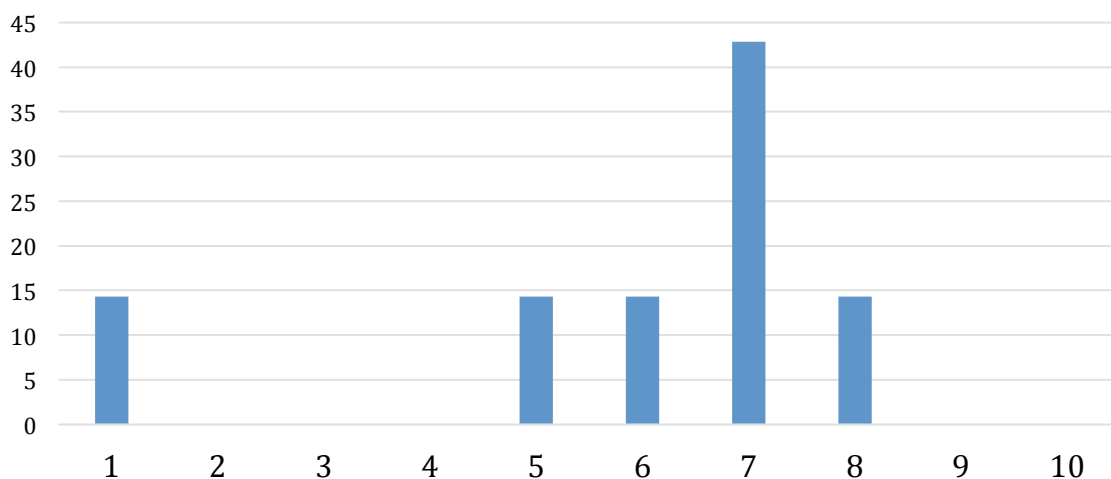
- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Engorgement de la juridiction
- Repentir de l'auteur
- Infractions relevant de celles pour lesquelles une composition pénale est proposée

Quels ont été les critères déterminant le contenu de la composition pénale ?



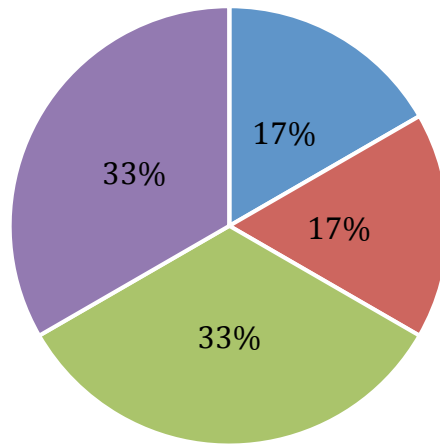
- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Ressources de l'auteur
- Repentir de l'auteur
- Contexte sociologique
- Application d'un barème

Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion de l'auteur à la composition pénale avant sa proposition ?



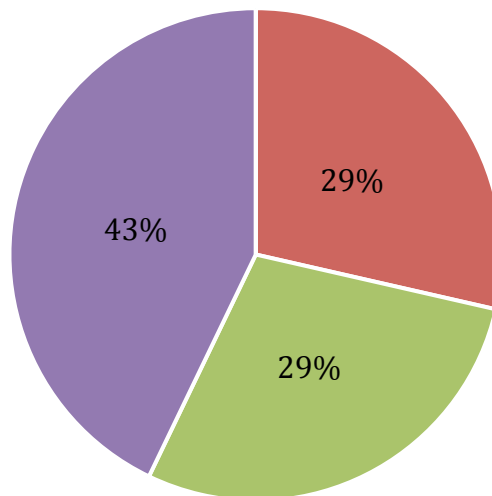
Moyenne des réponses : 5,9

Faites-vous proposer la composition pénale lors de la garde à vue ?



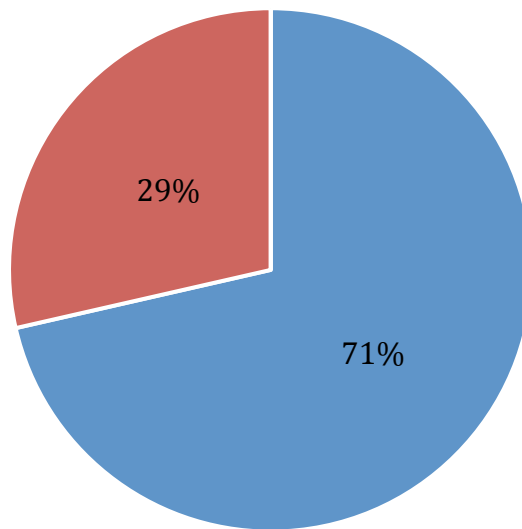
- Jamais
- Exceptionnellement
- Rarement
- Fréquemment
- Systematiquement

Avez-vous proposé une composition pénale sans amende ?



- Jamais
- Exceptionnellement
- Rarement
- Fréquemment
- Systematiquement

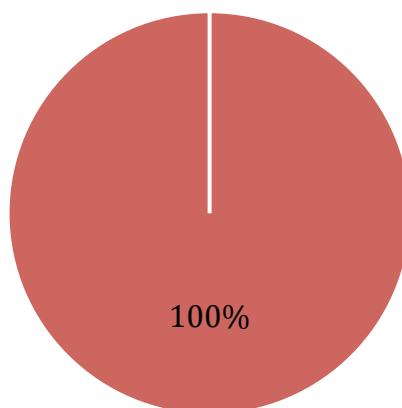
Selon votre expérience, un tel procédé devrait-il être généralisé ?



- Non, car je ne le proposerai pas pour des infractions punies d'une peine > à 5 ans
- Oui, car cela pourrait être opportun pour s'adapter à la personnalité de l'auteur
- Oui, car cela permettrait de se reconcentrer sur les autres missions

## La transaction pénale

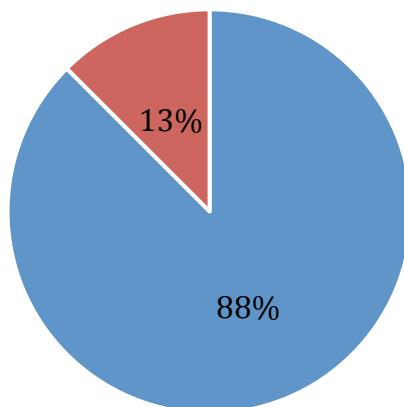
Au parquet, avez-vous proposé ou avait été sollicité(e) pour une transaction pénale ?



■ Oui ■ Non

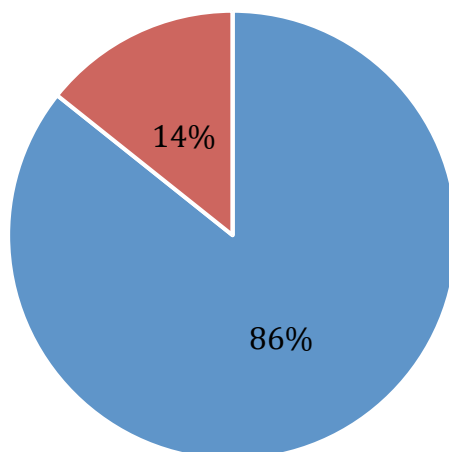
## La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

Au parquet, avez-vous eu recours à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ?



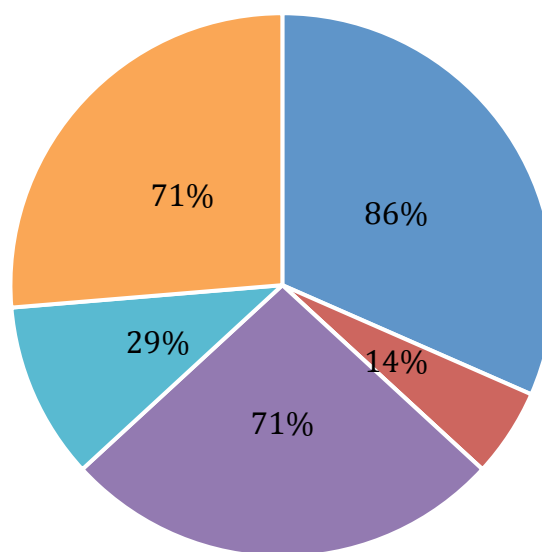
■ Oui ■ Non

Si oui, combien ?



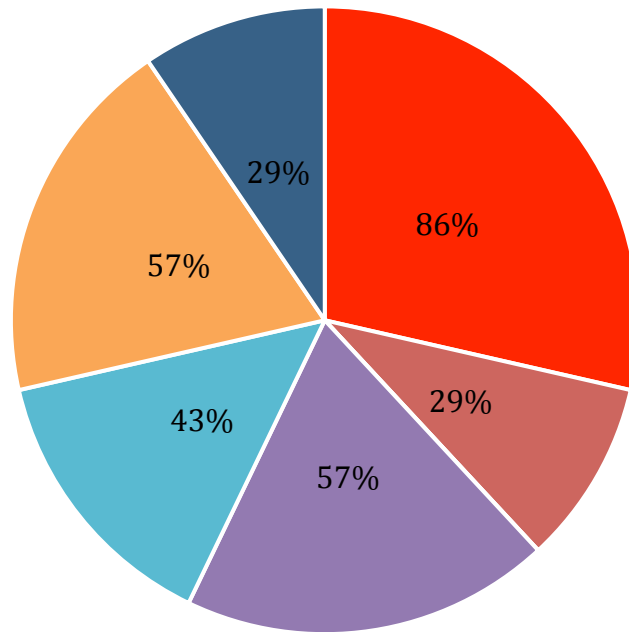
■ Plus de 50 ■ Entre 10 et 50 ■ Moins de 10

Quels ont été les critères déterminant votre décision de recourir à la CRPC ?



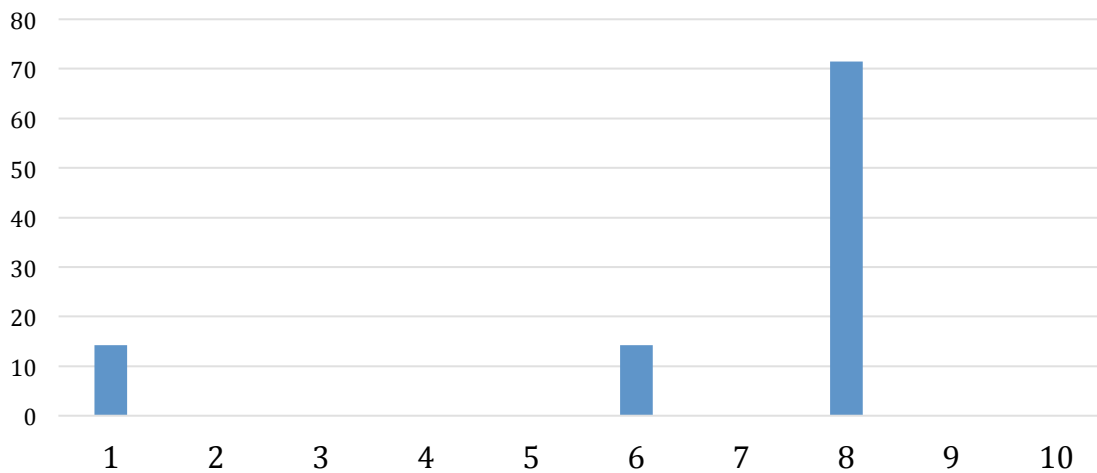
- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Engorgement de la juridiction
- Repentir de l'auteur
- Infractions relevant de celles pour lesquelles une composition pénale est proposée

Quels ont été les critères déterminant la peine proposée ?



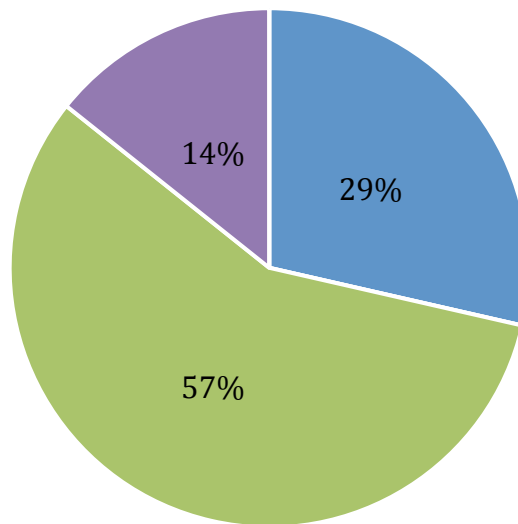
- Passé pénal de l'auteur des faits
- Faible gravité des faits
- Absence de victime
- Ressources de l'auteur
- Repentir de l'auteur
- Contexte sociologique
- Application d'un barème

Sur une échelle de 1 à 10, à combien noteriez-vous la suffisance des informations vous permettant d'apprécier l'adhésion de l'auteur à la CRPC ?



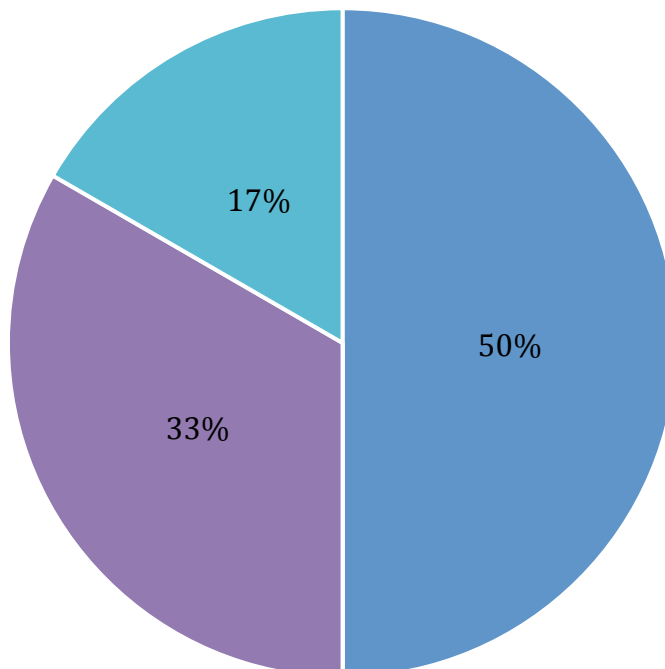
Moyenne des réponses : 6,7

Avez-vous proposé une peine alternative (hors amende et emprisonnement, avec ou sans sursis) ?



- Jamais
- Exceptionnellement
- Rarement
- Fréquemment
- Systématiquement

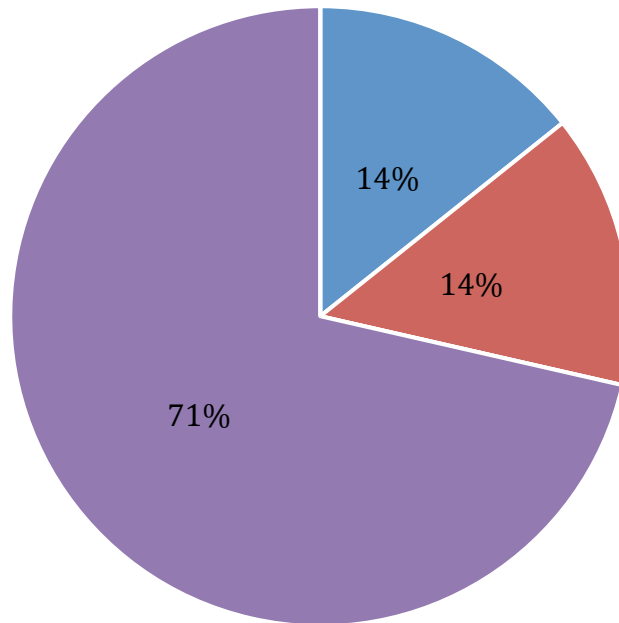
Avez-vous recours à la technique de la double convocation (CRPC + COPJ) ?



- Jamais
- Exceptionnellement
- Rarement
- Fréquemment
- Systématiquement

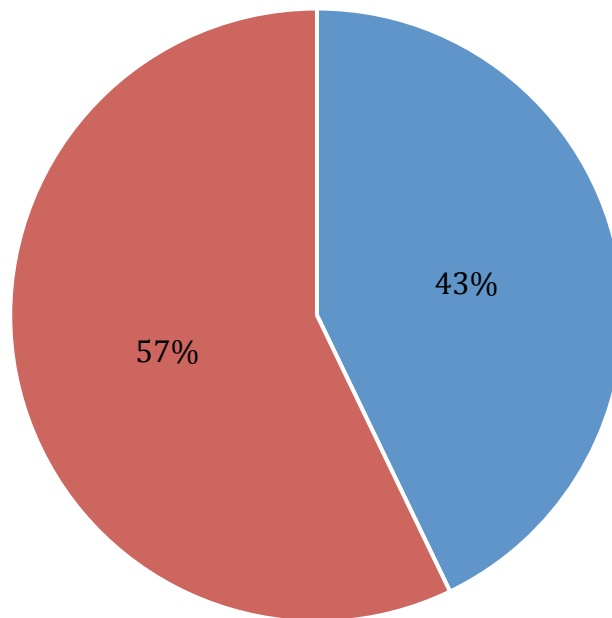


Faites-vous apprécier les chances de succès d'une CRPC lors de la garde à vue ?



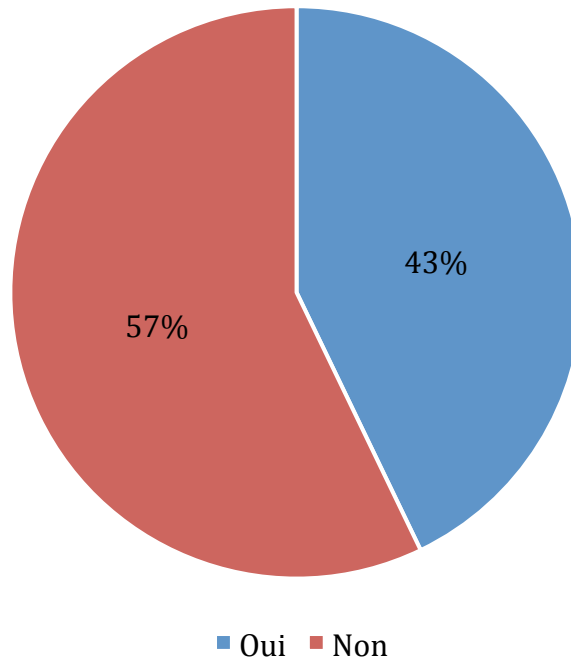
■ Jamais ■ Exceptionnellement ■ Rarement ■ Fréquemment ■ Systématiquement

Avez-vous le sentiment d'une modification de votre rôle ?

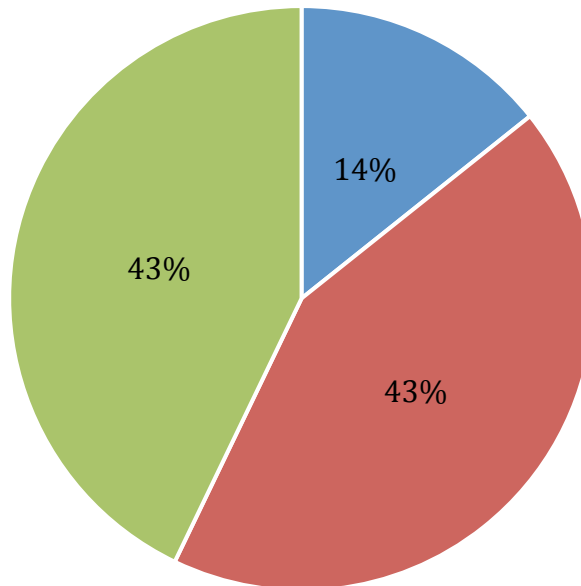


■ Oui ■ Non

Avez-vous eu l'impression d'une charge supplémentaire de travail ?



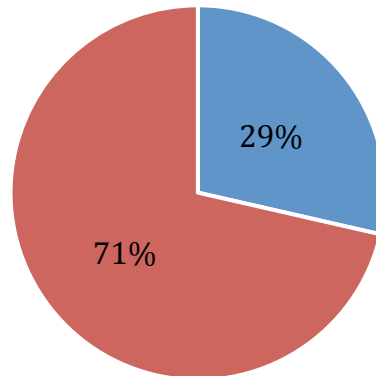
Selon votre expérience, un tel procédé devrait-il être permettre de proposer une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans ?



- Non, car je ne la proposerai pas
- Peut-être, si elle est assortie du sursis
- Oui, car cela pourrait être opportun

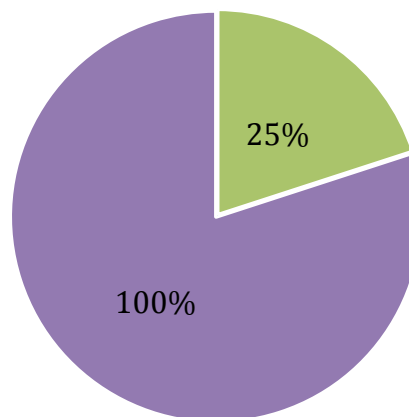
## La justice restaurative

Avez-vous déjà mis en œuvre une mesure de justice restaurative (art. 10-1 c.p.p) ?



■ Oui ■ Non

Quel regard portez-vous sur la justice restaurative, que vous la connaissiez en pratique ou non ?



- Inutile, le condamné est dans une démarche intéressée et non sincère
- Contreproductive, la victime risque de subir de nouveau le choc d'être face à un délinquant
- Utile pour favoriser la réinsertion du condamné
- Utile pour aider les victimes à se reconstruire
- Sans avis



## Annexe 3

### Tables rondes – rencontres avec les professionnels et spécialistes

#### Les enjeux de la déjudiciarisation

Tables rondes – Rencontres avec les professionnels et spécialistes

1<sup>ère</sup> table ronde : Clermont-Ferrand, le 26 octobre 2016

Participants :

- Cédric BOCHEREAU (Magistrat, Vice-président du TGI de Clermont-Ferrand, juge coordonnateur des juges d'instance)
- Corinne BLERY (Mcf, Univ. Caen)
- Alain LEROI (Magistrat réserviste, ancien Vice-président du TGI de Clermont-Ferrand)
- Eric MAILLARD (Procureur de la République de Clermont-Ferrand)
- Catherine PERRAUDIN (Avocate au barreau de Clermont-Ferrand, médiatrice)
- Simon VICAT (Avocat au barreau de Clermont-Ferrand)

*Membres de l'équipe de recherche : Sylvie Cimamonti (Pr, AMU), Aurélia Fautré-Robin (Mcf UDA), Vincent Mazeaud (Pr UDA), Julien Larrègue (doctorant AMU), Jean-Baptiste Perrier (Pr UDA), Evan Raschel (Mcf UCA)*

#### Les enjeux de la déjudiciarisation

Tables rondes – Rencontres avec les professionnels et spécialistes

2<sup>ème</sup> table ronde : Aix-en-Provence, le 26 avril 2017

Participants :

- Alexis ALBARIAN (Mcf AMU, directeur du DU Médiation)
- Philippe BONFILS (Doyen de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, avocat)
- Jean BOUDOT (Avocat au Barreau de Marseille)
- Rémi CHARLES (Notaire)
- Danièle GUEYDAN (Médiatrice)
- Achille KIRIAKIDES (Procureur de la République d'Aix-en-Provence)
- Marc JUSTON (Président du TGI de Tarascon)
- Anne LEBORGNE (Pr AMU)
- Catherine PARAHY (Médiatrice)
- Montserrat PERENA VICENTE (Pr Univ. Madrid)

*Membres de l'équipe de recherche : Nicolas Catelan (Mcf AMU), Sylvie Cimamonti (Pr, AMU), Florian Engel (doctorant AMU), Aurélia Fautré-Robin (Mcf UDA), Vincent Mazeaud (Pr UDA), Julien Larrègue (doctorant AMU), Jean-Baptiste Perrier (Pr UDA), Evan Raschel (Mcf UCA)*



## Annexe 4

### Le divorce sans juge en droit comparé : institutions équivalentes ?

Montserrat PEREÑA VICENTE  
*Professeure Titulaire de Droit civil*  
*Université Rey Juan Carlos, Madrid*

Ces dernières décades, s'est produit en Espagne, comme dans la plupart des grands pays qui nous sont proches, un processus de déjudiciarisation du droit privé, et plus concrètement du droit de la personne et de la famille. Dans un domaine qui avait été traditionnellement réservé à des normes de caractère impératif et à l'intervention de l'Etat investi de l'*imperium*, se développe de plus en plus le jeu du principe d'autonomie de la volonté avec comme corollaire l'éviction du juge.

Cette déjudiciarisation répond à des raisons ou motifs conjoncturels, comment essayer d'alléger la surcharge de travail des tribunaux, et à d'autres plus profondes : la volonté de non intervention ou d'intervention *a minima* de l'Etat pour préserver au maximum le principe d'autonomie ou de respect de la volonté de la personne. Seul le temps nous montrera la pertinence du chemin que nous avons pris, car comme le dit si bien le professeur Egéa<sup>1</sup> pour le droit français, mais est tout aussi valable pour le droit espagnol, « au delà de l'enjeu strictement juridique, ce qui se joue avec la déjudiciarisation du divorce relève de l'ordre symbolique ».

En droit espagnol, la déjudiciarisation a pris un double chemin : substantiel et procédural.

a) D'un point de vue substantiel, le domaine de la déjudiciarisation a été augmenté en permettant l'autorégulation dans des institutions traditionnellement réglées par des normes de caractère impératif, à l'image de la tutelle. Ont même été créées des institutions alternatives qui ont la même finalité, où le jeu du principe d'autonomie de la volonté est presque illimité, et qui permettent d'éviter de recourir à l'autorité judiciaire.

b) D'un point de vue procédural, cette évolution a été renforcée avec le développement des méthodes dites alternatives de résolution des conflits comme la conciliation, la médiation ou

---

<sup>1</sup> Egéa V., *Droit de la famille*, LexisNexis 2016, p. 131.

l'arbitrage et avec l'attribution de compétences, avant réservées aux juges à d'autres fonctionnaires comme le greffier (secrétaire judiciaire) ou le notaire.

Un des moments culminants de cette évolution en droit espagnol s'est produit avec la Loi de Juridiction Volontaire<sup>1</sup> de 2015 qui a attribué aux notaires des compétences en matière de droit de la personne, de la famille et patrimoniales qui étaient auparavant du ressort des juges.

Dans le domaine du droit de la famille, le notaire a assumé des compétences, tant en matière de mariage que de divorce. Il sera donc possible de célébrer un mariage devant notaire, devant le juge ou le maire<sup>2</sup>, mais il sera aussi faisable de divorcer devant un notaire si toutes les conditions exigées par la loi sont réunies. Nous reviendrons par la suite sur cette question.

Toutefois - première différence avec le droit français - la loi n'impose pas aux conjoints le divorce notarial même si toutes les conditions sont réunies, mais leur permet de choisir librement entre un divorce notarial et un divorce judiciaire. Il s'agit donc d'une compétence partagée et alternative, au libre choix des époux. En outre, en matière de divorce judiciaire, la loi a introduit une autre nouveauté : en cas de divorce par consentement mutuel, la compétence est attribuée au greffier (secrétaire judiciaire) et non au juge.

Les liens historiques qui unissent l'Espagne et les pays latino-américains font que traditionnellement il y a eu une grande influence du droit espagnol sur les ordonnancements juridiques de ces pays. L'influence a été en sens inverse dans le cas du divorce notarial.

Le Code civil de 1889, en grande mesure inspiré par le Code de Napoléon, a été en vigueur à Cuba, avec quelques modifications, du 5 novembre 1889 jusqu'en 1987, date de l'adoption du Code civil cubain. Le droit de la famille avait déjà été préalablement détaché faisant l'objet d'un Code du droit de la famille adopté le 14 février 1975. Cuba a été pionnière quant à la déjudiciarisation du divorce et nous pourrions dire, à l'instar du professeur et notaire cubain Perez Gallardo<sup>3</sup>, que « le fantasma » du divorce notarial circule en Amérique Latine depuis des dizaines d'années. Ainsi, avec des procédures et des arguments différents, Colombie,

---

<sup>1</sup> Loi 15/2015, de 2 juillet de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>2</sup> Article 51 du Code civil dans sa rédaction suite à la loi du 15/2015.

<sup>3</sup> Pérez Gallardo, L. B., *Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial*, Anuario de la Facultad de Derecho vol. XXVII, 2009, pp. 329-371, La Havane.



Equateur, Brésil ou Pérou<sup>1</sup> ont ouvert la porte au divorce hors du siège judiciaire, pendant que d'autres comme l'Argentine résistaient<sup>2</sup>. Ce « fantasme » est arrivé en Espagne en 2015.

Le législateur espagnol a pris exemple sur ce qui se passait de l'autre côté de l'Atlantique, ainsi que le réclamait la doctrine depuis des années<sup>3</sup>. Mais nous ne pouvons pas dire qu'il y a eu une influence directe du divorce notarial cubain dans la régulation espagnole vu que comme nous le verrons, les conditions et prérequis sont très différents entre les deux législations. Néanmoins, la régulation cubaine et celles qui l'ont suivie, précédant l'espagnole, ont servi de modèle ou de guide au législateur espagnol pour déterminer les options qui définissent la nature de notre divorce notarial : est-il ou non obligatoire, est-il possible ou non en présence de mineurs, l'intervention de l'avocat est-elle obligatoire ou non, quel est le rôle du notaire etc ? Toutes questions qui dessinent l'essence et la nature du divorce hors du siège judiciaire.

De fait, comme nous le verrons, la caractéristique commune des régulations française, espagnole ou de quelques pays sud-américains est que le divorce peut se produire hors du siège judiciaire, mais les ressemblances sont dans quelques cas, minimales. Nous sommes en présence de divorces de nature très différentes, d'où la question : s'agit-il ou non d'institutions équivalentes ?

Pour analyser le divorce sans juge conçu par le législateur espagnol, nous allons différencier les conditions exigées pour un divorce extrajudiciaire (II), avant d'envisager sa procédure (III) son contenu et ses effets (IV). Nous commencerons par analyser la nature du divorce sans juge en droit espagnol (I), en le comparant avec les ordonnancements juridiques de pays de notre tradition juridique, notamment la France et Cuba.

---

<sup>1</sup> Au Pérou, la loi n° 29227/2008 du 16 mai, a introduit une procédure non contentieuse de séparation conventionnelle et de divorce qui peut être traitée dans les mairies et chez les notaires. V. Cabello matamala, C.J., « Le Divorce en Droit péruvien » in *Le divorce en Droit iberoaméricain* Acedo Penco, A., y Perez gallardo, L.B., Temis 2009, pp. 525-417.

<sup>2</sup> Culaciati, M. M., *Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina*, IUS, n° 36, juillet-décembre de 2015, pp. 389-417.

<sup>3</sup> Cerdeira Bravo de la Mansilla, G., « Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España », *Revista de Derecho Privado* n° 95, 2011, pp. 3-56.

## **I. Nature juridique du divorce sans juge en droit espagnol**

### **A. Terminologie**

La dénomination d'une institution présuppose qu'on l'ait qualifiée. Mais à aucun moment la loi espagnole n'utilise la dénomination « divorce notarial », c'est celle que la doctrine a unanimement adoptée. Ainsi, la réforme simplifie au maximum et se limite à modifier les articles 82 à 87 du Code civil qui régulent la séparation et le divorce, en permettant que, dans certaines circonstances, les deux puissent être établis devant notaire. La régulation cubaine se réfère expressément au divorce par accord mutuel devant notaire. Elle fait contraste avec la complexe dénomination utilisée par le législateur français : « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire » : Cette dénomination traduit-elle une nature juridique différente ?

### **B. Système**

En Espagne, comme en France, le divorce sans juge n'a pas fait l'objet d'une attention particulière du législateur. Il ne lui a pas consacré une loi spéciale mais l'a introduit dans une loi à contenu variable, celle de Juridiction Volontaire en Espagne et celle de modernisation de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle en France.

Il s'agit ainsi d'une première différence avec la législation cubaine, pionnière en la matière, qui, en 1994, a approuvé un décret-loi sur le divorce par accord mutuel devant notaire<sup>1</sup>. De même la Colombie a voté une loi spéciale en date du 8 juillet 2005.

D'un point de vue systématique, le Code civil espagnol intègre le divorce sans juge dans la régulation générale du divorce sous la forme d'une possible voie sans y consacrer un chapitre ou même une section spéciale, à la différence du code civil français qui consacre une section au « divorce par consentement mutuel »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> D n° 154/1994 du 6 septembre sur le divorce par accord mutuel devant notaire.

<sup>2</sup> Sect. 1, Chapitre 1, titre VI, LIVRE I.

### C. Le divorce sans juge : un divorce contractuel ?

La méthode d'introduction et la dénomination précitées sont-elles un reflet de la nature juridique de ce divorce ? Le divorce par consentement mutuel du droit français est-il de nature contractuelle tandis que le divorce notarial cubain ou espagnol ne le serait pas ? Ou vu d'une autre perspective : ce sont les époux qui « se » divorcent dans le divorce sans juge français tandis que pour les cubains et les espagnols c'est le notaire qui divorce ?

Hormis quelques auteurs<sup>1</sup> qui qualifient le divorce par consentement mutuel de droit français de « processus amiable à six mains », la majorité de la doctrine<sup>2</sup> qualifie ce nouveau divorce de contrat. Si l'on admet ce présupposé, ce sont les époux qui « se » divorcent et l'intervention du notaire ou de toute autre autorité est inexistante. Cela est clair pour le professeur Beignier<sup>3</sup> : « Qui prononce le divorce ? Personne ». On peut dire qu'il s'agit d'un consentement mutuel à la rupture<sup>4</sup> qui, indirectement, contribue aussi à souligner le caractère contractuel du mariage. Et même, selon le professeur précité, la cohérence de la loi exigerait aussi un mariage qui ne soit pas prononcé par une autorité publique.

La doctrine espagnole s'est à peine occupée de la question de la nature juridique de ce divorce alors que la doctrine cubaine affirmait que le divorce ne peut avoir le même traitement que le consentement mutuel à la rupture comme cause d'extinction du contrat vu que le mariage « a un sens éthique et social différent », y compris dans les ordonnancements juridiques qui le régulent comme contrat<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Casey, J., « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p. 14, spéc. p. 2: « Mieux même, le législateur a été assez habile pour laisser croire que le divorce amiable devenait contractuel, alors qu'il n'en est rien. C'est plutôt un "processus amiable à six mains" qui a été créé, lequel est rétif à toute classification connue, tenant un peu de la figure conventionnelle et beaucoup de la figure processuelle ».

<sup>2</sup> Couzigou-Suhas, N., « Réflexions pratiques sur le divorce sans juge », *Deffrénois* 30/01/2017, n° 2, p. 131: « Il s'agira d'un contrat aux termes duquel les époux pourront envisager leur séparation »; Thouret, S., « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge », *AJ Famille* 2016, p. 568, déclarant : « Il devient donc un contrat parmi d'autres ».

<sup>3</sup> Beignier, B., « *Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille* », *Droit de la famille* n° 4, avril 2017, repère 4.

<sup>4</sup> Thouret, S., « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge », *AJ Famille* 2016, p. 568, : « Mais surtout, ce nouveau divorce n'est plus prononcé par qui que ce soit: ni par le juge qui disparaît purement et simplement de son champ d'application, ni par les avocats dont le rôle est de rédiger la convention par laquelle les époux recourent à ce type de divorce, ni par le notaire dont le rôle est de recevoir le dépôt de cette convention au rang de ses minutes. Ce sont donc les époux qui se divorcent l'un et l'autre par consentement mutuel ».

<sup>5</sup> Pérez Gallardo, L. B., *Un "fantasma" recorre Latinoamérica... op. cit.* p. 333.

La question est intimement liée au rôle du notaire dans ce divorce sans juge. En droit français, ce rôle se réduit au minimum, la doctrine<sup>1</sup> se demandant même si le notaire doit faire une lecture de la convention qui ne soit pas uniquement formelle, mais porte sur le fond<sup>2</sup>. Nous reviendrons par la suite sur cette question. Mais, pour poursuivre dans la détermination de la nature juridique du divorce sans juge, nous nous posons la question suivante : quelle est la nature de l'intervention du notaire ? Se limite-t-il à donner une authenticité à l'accord de divorce des époux ? Ou, au contraire, doit-il réaliser un double contrôle de légalité et de justice ou d'équité ?

Pour le professeur Perez Gallardo<sup>3</sup>, la réponse à cette dernière question est positive en ce qui concerne le droit cubain car il considère qu'il existe des intérêts publics en jeu qui impliquent un contrôle de la rupture du lien. De même, en droit espagnol, la rupture du lien affecte l'état civil d'où la difficulté de soutenir qu'il s'agit d'un divorce contractuel où la liberté de pacte est absolue et sans aucun contrôle. Sans l'éclaircir expressément, l'Exposition de Motifs de la Loi de Juridiction Volontaire établit que la loi attribue au notaire « les fonctions qui correspondent au juge ». C'est conforme à ce que souhaitait la doctrine<sup>4</sup>, avant la réforme, vu que comme le souligne Carrion<sup>5</sup> « la volonté commune de époux ne peut être en soi suffisante, l'intervention d'une autorité qui déclare et supervise la dissolution du mariage doit être exigée ».

---

<sup>1</sup> Blanchard, C., « *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé* », *JCP N*, n° 1, 6 janvier 2017, 1002; Torricelli-Chrifi, S., « *Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?* », *JCP N*, n° 16, 21 avril 2017, 1159.

<sup>2</sup> Champenois, G., « *Le notaire doit-il lire la convention de divorce par consentement mutuel ?* » *Defrénois*, 15 avril 2017, n° 7, p. 1: « La seconde branche de l'alternative implique une lecture de la convention qui ne serait pas purement formelle. La question n'est pas anodine. Si la vérification est une obligation, la responsabilité du notaire pourrait être engagée ».

<sup>3</sup> Pérez Gallardo, L. B., *Un "fantasma" recorre Latinoamérica... op. cit.* p. 333: « Al legislador en materia de Derecho de Familia le interesa, y de qué manera, la existencia de un control en la ruptura del vínculo matrimonial. Los cónyuges no lo pueden hacer a su antojo, existen intereses públicos que no pueden ser manejados a su libre albedrío, a pesar de que en la actualidad resulta casi imposible detener el irreversible proceso de ruptura del matrimonio cuando los cónyuges así lo han decidido, por muchas vías de conciliación o mediación que puedan establecerse ».

<sup>4</sup> Amunátegui Rodríguez, C., « *Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos* », *Diario La Ley* n° 7838, 13 avril 2013, p. 2: « Lo que ya no está tan claro es cuál será el papel del notario en el aspecto relativo a la formalización del acuerdo, pues si éste se limita sin más a protocolizar el convenio en escritura, su función, en mi opinión, no servirá absolutamente para nada, por no mencionar que se contravendría lo dispuesto en el Reglamento del Notariado en cuanto a la labor desempeñada por aquél. Parece contradictorio acudir al colectivo notarial para que su intervención se circunscriba sencillamente a plasmar en escritura el convenio presentado por las partes. La función del notario no puede reducirse a recoger la voluntad de los sujetos de querer divorciarse, comprobando que tienen la capacidad adecuada para ello, junto con la manifestación de voluntad de que han llegado a un acuerdo de ruptura que se presenta para su elevación a escritura pública ».

<sup>5</sup> Carrión García de Parada, P., « *El divorcio ante notario* », *El Notario del Siglo XXI*, n° 43, mai-juin 2012.

Ainsi, le divorce n'est pas devenu une affaire « privée » en droit espagnol, le notaire intervenant en qualité de fonctionnaire public revêtu de l'autorité afférente mais avec un rôle évidemment différent de son rôle habituel. Les nouvelles compétences accentuent son caractère d'autorité publique<sup>1</sup>. Il ne doit pas seulement réaliser le contrôle de légalité habituel, mais aussi un contrôle d'équité vu que l'article 90.2 du Code civil dispose que si le notaire considère que les accords peuvent être dommageables et gravement préjudiciables pour l'un des époux ou pour les enfants majeurs ou émancipés affectés, il arrêtera la procédure et les époux devront recourir au juge.

Le divorce ne se produit pas par le simple accord des époux. Néanmoins, nous ne pouvons comprendre qu'il s'agisse d'autre chose que d'un acte juridico-familial basé sur un accord entre les conjoints et par conséquent de caractère contractuel, soumis aux limites du principe d'autonomie de la volonté de l'article 1255 du Code civil : la loi, la morale et l'ordre public. De plus, il sera soumis à d'autres limites propres à ce type d'acte juridique : n'être pas dommageable ou gravement préjudiciable aux conjoints, de la même manière que pour le contrat de mariage l'article 1328 du code civil détermine la nullité des pactes contraires aux bonnes coutumes ou limitatifs de l'égalité des droits entre conjoints.

## **II. Conditions exigées pour le divorce extrajudiciaire**

### **A. Un délai de trois mois**

Condition commune à toutes les procédures de divorce, il est nécessaire qu'un délai de trois mois se soit écoulé depuis la célébration du mariage. En droit espagnol nous sommes passés, en l'espace de trente ans de la prohibition du divorce à son autorisation par la loi de 7 juillet de 1987 et à le réguler sans exiger ni cause ni aucune condition, si ce n'est ce délai imposé par la loi de 8 juillet de 2005 qui a consacré le divorce express.

---

<sup>1</sup> Barrio del Olmo, C. P., « *Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria* », *El Notario del Siglo XXI* n° 67, mai-juin 2016, p. 3 : « La función notarial sustancialmente no ha variado tras la LJV que lo que ha venido es a acentuar una de las facetas del notario. La Ley refuerza su condición de funcionario público inescindible de su naturaleza profesional (art. 1, II RN). El carácter de autoridad pública se ha fortalecido pero no se ha alterado la esencia de la función notarial. Por supuesto que las nuevas atribuciones suponen un cambio en nuestro quehacer diario, como ya estamos comprobando en nuestros despachos, y por tanto nos exigen un esfuerzo suplementario, y en muchos casos ser muy cuidadosos para adaptarnos a los nuevos expedientes, más cuando, tratándose de nuevas competencias en muchos casos complejas y siempre con peculiaridades, el legislador no ha regulado el procedimiento para su ejercicio ».

## **B. Accord des conjoints**

La première condition qu'exige le Code civil espagnol est l'existence d'un accord entre les conjoints. Cet accord doit se référer à la volonté de divorcer mais aussi aux effets du divorce y compris la liquidation du régime économique matrimonial préexistant, bien que, comme nous le verrons par la suite, il n'est pas essentiel que la liquidation se réalise dans l'acte notarié même du divorce.

Néanmoins la loi ne se prononce pas sur la capacité exigée pour solliciter le divorce notarial. Le régime général s'appliquera empêchant ceux dont la capacité a été modifiée judiciairement d'y recourir vu que pour veiller à la meilleure défense de leurs intérêts on exigera toujours l'intervention du ministère public, ce qui est impossible dans le cadre notarial.

## **C. Absence ou non des enfants**

Une des questions les plus controversées du divorce sans juge est son application quand il existe des enfants mineurs. Option retenue par le droit français qui, paradoxalement, exclut l'intervention du juge y compris en présence d'enfants mineurs ou sous régime de protection, mais octroie à ces enfants le « pouvoir » de transformer le divorce de leurs parents en un divorce judiciaire.

De même les droits cubain et colombien autorisent le divorce extrajudiciaire en présence d'enfants mineurs ou à la capacité judiciairement modifiée (incapables selon l'ancienne terminologie). Toutefois ces deux ordonnancements judiciaires rendent cela possible parce que l'on n'a pas supprimé les instruments de contrôle de l'intérêt supérieur du mineur, c'est-à-dire l'intervention du ministère public. Ce dernier intervient dans ce qu'on pourrait appeler une procédure mixte, sur requête du notaire, sans que pour autant le divorce devienne judiciaire. La procédure se poursuit en l'étude du notaire.

Ainsi la législation cubaine impose expressément au notaire un devoir de contrôle strict des conventions des époux qui touchent à l'exercice de l'autorité parentale et à l'obligation alimentaire. Dans ce contrôle, le notaire fait un jugement de valeur similaire à celui du juge dans une procédure de divorce : il vérifie que les mesures adoptées n'affectent pas le développement et la surveillance normale des enfants communs, la relation harmonieuse avec

leur géniteurs, la satisfaction de leurs nécessités économiques, la sauvegarde de leurs intérêts et l'observation par les parents des devoirs qui leurs incombent<sup>1</sup>.

Si le notaire estime que les accords entre conjoints ne respectent pas les critères que nous avons énumérés, la loi prévoit qu'il doit transférer la demande de divorce au ministère public. Ce dernier émet une résolution établissant si les accords respectent l'intérêt des enfants. Si la résolution est favorable, le notaire pourra continuer la procédure. Si elle est négative, les conjoints devront modifier leurs propositions dans le sens indiqué par le ministère public. S'ils ne le font pas, le notaire doit clore la procédure avec recours à la voie judiciaire.

C'est cette procédure visant à sauvegarder l'intérêt supérieur du mineur qui permet dans le droit cubain le divorce devant notaire en présence d'enfants mineurs. Elle est similaire à celle retenue par le droit colombien avec la différence que, quand il existe des enfants mineurs, le notaire doit toujours notifier les accords au Défenseur de la famille, sans nécessité d'en faire l'appréciation.

Cette option n'a pas été retenue par le législateur espagnol. La Loi de Juridiction Volontaire est claire : la déjudiciarisation n'est pas possible quand sont en jeu les intérêts de mineurs ou de personnes judiciairement protégées. Le législateur n'a pas opté pour une procédure mixte où le notaire sollicite l'intervention du ministère public pour que ce dernier se prononce sur le respect ou non de l'intérêt supérieur du mineur dans les accords entre les conjoints<sup>2</sup>.

Ainsi, en droit espagnol, le divorce notarial ne sera possible qu'en l'absence d'enfants mineurs ou de personne dont la capacité a été judiciairement modifiée. Ce ne sera pas non plus possible quand l'épouse est enceinte au moment du divorce<sup>3</sup>. Toutefois l'article 82 du texte ne se réfère pas expressément à des « enfants communs » d'où un doute sur la possibilité de recourir au divorce notarial quand il existe des enfants mineurs d'un seul des conjoints. Cette possibilité, niée par certains auteurs, n'a pas été encore résolue par la jurisprudence et la pratique.

---

<sup>1</sup> Art. 4 du décret-loi de 1994.

<sup>2</sup> La loi organique 8/2015 du 22 juillet de modification du système de protection de l'enfance et de l'adolescence consacre dans son article 2 ce que l'on comprend par intérêt supérieur du mineur ainsi que les garanties procédurales qu'exige son respect. Entre autres, le droit d'être informé, écouté et entendu.

<sup>3</sup> Gomá, F., *Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo*, [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

Le divorce notarial sera possible quand il existe des enfants majeurs, mais si les mesures accordées par leurs géniteurs les affectent, l'article 82 exige qu'ils les acceptent sans établir clairement les conséquences d'un éventuel refus. Peuvent-ils empêcher l'établissement de l'acte notarié de divorce ?

### III. Procédure

#### A. L'intervention du notaire

L'intervention du notaire qui rédige un acte notarié génère trois effets intimement liés à son ministère : date certaine, force exécutoire et force probante. Si l'intervention *a minima* que le législateur français a réservé au notaire dans le divorce sans juge fait douter de l'effectivité de ces trois effets dans un simple « enregistrement au rang des minutes », l'intervention du notaire, dans la législation espagnole, a été conçue pour être plus en accord avec son rôle traditionnel.

Mais avant d'insister sur ce thème, la première question que nous devons aborder est la suivante: quel est le notaire compétent ? A Cuba et en Colombie, le notaire a compétence universelle, d'où la possibilité pour les conjoints de choisir librement celui qu'ils préfèrent, ce qui a été critiqué comme entraînant un défaut de sécurité juridique<sup>1</sup>. L'ordonnancement juridique péruvien est plus restrictif. Il limite la compétence au notaire du lieu de célébration du mariage ou du dernier domicile commun.

En droit espagnol, afin de renforcer le caractère de fonctionnaire public du notaire quand il intervient, la loi n'établit pas une compétence universelle pour le divorce notarial. En parallèle avec la compétence judiciaire des procédures de divorce, l'article 54 de la Loi du Notariat établit que sera compétent le notaire du dernier domicile commun ou celui du domicile ou de la résidence habituelle de n'importe lequel des sollicitants. Les époux peuvent librement choisir parmi les notaires compétents dans cette circonscription notariale.

En ce qui concerne le caractère de l'intervention du notaire, nous avons mis en évidence les différences entre le droit français et l'espagnol. En droit français, le notaire est seulement

---

<sup>1</sup> Pérez Gallardo, L. B., *Un "fantasma" recorre Latinoamérica... op. cit.*, p. 346.



chargé de déposer la convention de divorce au rang de ses minutes, ce qui réduit au maximum le rôle du notaire. Comme le signale Mme Torricelli-Chrifi<sup>1</sup>, il ne pourra effectuer le travail de contrôle de la légalité vu qu'il ne s'agit pas d'un acte que le notaire a rédigé mais seulement enregistré. M. Brenner<sup>2</sup> insiste : « l'on n'a pas voulu faire du notaire une autorité d'homologation de la convention de divorce par consentement mutuel en remplacement du juge ».

En droit espagnol, le notaire ne se limite pas à « enregistrer ». Le divorce ne se produit pas par acte privé enregistré par le notaire mais par acte notarié. En cela, le législateur a suivi le sentiment de la doctrine<sup>3</sup>, sans réduire le rôle du notaire. Au contraire, celui-ci intervient pleinement dans le cadre de toutes les obligations et fonctions habituelles de la profession, c'est-à-dire la fonction de conseil, l'appréciation de la capacité des époux et le contrôle de légalité.

Le notaire assume un rôle capital vu qu'il doit réaliser un contrôle de légalité sur la forme et le fond de l'accord que présentent les époux. En plus, il doit apprécier l'équilibre de la convention de sorte qu'il peut refuser de poursuivre la procédure de divorce s'il considère qu'elle porte préjudice à l'un des époux. Toutefois cela doit être interprété dans le sens d'une «intervention *a minima*», le dommage ou préjudice doit être évident<sup>4</sup>, un simple déséquilibre apparent ne suffit pas. Hijas Cid<sup>5</sup> se prononce en ce sens : le contrôle de légalité et d'équité doit se baser sur le principe d'intervention *a minima* pour éviter de générer un conflit là où les

---

<sup>1</sup> Torricelli-Chrifi, S., « Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux? », *JCP N*, n° 16, 21 avril 2017, p. 2: “Le contrôle de légalité se distinguerait-il de l'obligation de validité telle que conçue par la jurisprudence? Cette obligation signifie que le notaire doit procéder à certaines vérifications qui concernent les données de fait autant que les données de droit. Celles-ci visent les droits des parties mais aussi la conformité de l'acte au droit positif. Le notaire est donc le garant de la validité de l'acte, laquelle conditionne nécessairement son efficacité. Le contrôle de légalité semblerait alors se fondre dans cette obligation de validité. Le terme “légalité” aurait seulement l'inconvénient de n'appréhender le droit positif qu'à travers la loi, ignorant les autres sources du droit, au premier rang desquelles se situe la jurisprudence. Toutefois, ces obligations de validité et d'efficacité ne concernent que les actes rédigés par le notaire. Or, si l'acte de dépôt est bien rédigé par lui, il n'en est pas ainsi de la convention de divorce. Seul le premier aurait pu être soumis à de telles obligations. Remarque cependant, en précisant que les époux ne sont pas reçus par le notaire, la circulaire rend cette éventualité fictive”.

<sup>2</sup> Brenner, C., « *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II?* » *JCP N*, n° 8, 24 février 2017, p. 10: “Il en résulte assurément que le notaire n'est pas habilité à vérifier l'équilibre de la convention, la liberté et le caractère éclairé du consentement des époux, non plus qu'à procéder à une vérification d'écriture et de signature ainsi qu'il procède à l'accoutumée en cas de dépôt authentifiant, puisque cette dernière vérification relève de l'office même de l'avocat dans l'acte contresigné par lui”.

<sup>3</sup> Amonátegui Rodríguez, C., « *Divorcio notarial y convenio regulador* », préc. p. 4.

<sup>4</sup> Gomá, F., « *Escritura de divorcio ante Notario...* », préc. p. 2.

<sup>5</sup> Hijas Cid, E., « *El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites* », *El Notario del Siglo XXI*, n° 67, mai-juin 2016.

parties ont abouti à un accord. Mais, comme le signale Haro grande, le notaire doit s'assurer que l'accord ne porte pas préjudice à l'un des conjoints<sup>1</sup>.

Les problèmes peuvent surgir quand un notaire, dans son contrôle de légalité ou dans son appréciation d'équilibre, considère que l'accord porte gravement préjudice à l'un des conjoints et refuse de poursuivre la procédure. La loi ne prévoyant pas l'enregistrement de cette décision, les conjoints ont la possibilité de s'adresser à un autre notaire qui, avec un critère différent, va considérer l'accord comme valide car n'impliquant aucun préjudice.

### **B. L'assistance d'un avocat**

Dans les législations qui admettent le divorce sans juge, la loi a cherché d'autres professionnels du droit comme protagonistes du nouveau divorce, qui en aucun cas ne devient une affaire à résoudre entre les seuls conjoints<sup>2</sup>. En droit français, l'intervention des avocats est essentielle et « leur rôle est accru quantitativement et qualitativement ».

Comme nous l'avons vu dans les autres législations évoquées, le rôle principal a été attribué au notaire, mais cela ne suppose pas la non intervention d'avocats. Celle-ci peut être imposée par la loi ou être optionnelle.

Généralement l'intervention du notaire rend superflue l'assistance des avocats, vu le rôle de conseil du notaire et son obligation de veiller aux intérêts de la partie la plus faible. Cela n'empêche pas que si les parties le désirent, elles peuvent être assistées d'un avocat. On peut suivre cette règle générale en matière de divorce à l'exemple du législateur cubain qui dans l'art 2 du décret-loi de 1994 établit comme optionnelle, et non obligatoire, l'assistance d'un avocat. Au Pérou et en Equateur, on exige que la demande soit signée par un avocat sans que le divorce ne devienne pour autant un acte d'avocats comme en droit français.

En Espagne, comme nous l'avons déjà indiqué, la philosophie qui sous-tend la réforme est que le notaire se substitue au juge et non aux avocats dont le rôle sera le même qu'en présence du juge, c'est-à-dire de conseil de son client. La loi rend son intervention obligatoire et, bien

---

<sup>1</sup> Haro Grande, E., « *El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad* », 5 novembre 2016, [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)

<sup>2</sup> Blanchard, C., « La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé », préc. p. 1.

que la rédaction du texte ne soit pas claire, des auteurs comme Haro Grande<sup>1</sup> ont interprété que les époux peuvent être assistés d'un seul avocat puisque c'est déjà le cas pour le divorce par accord mutuel judiciaire. Dans tous les cas, l'avocat doit comparaître et signer l'acte notarial de divorce.

### **C. Intervention personnelle ou par représentation**

Une des questions les plus débattues dans le nouveau divorce notarial espagnol est l'obligation pour les époux de comparution personnelle ou la possibilité d'être représentés. La teneur littérale de l'article 82 du code civil établit que « les conjoints devront intervenir en personne dans la procédure ». Cet article ne semble pas être suffisamment clair car, pour certains auteurs<sup>2</sup>, il n'est pas justifié que les époux soient empêchés de comparaître par représentation. Pour d'autres auteurs<sup>3</sup>, le critère est que les époux doivent être, ensemble, présents.

La Direction Générale des Registres et du Notariat s'est prononcée en ce sens dans une décision du 7 juin 2016 qui exige l'intervention personnelle et simultanée des conjoints, s'éloignant ainsi de la solution du droit cubain qui prévoit expressément la possibilité de demander le divorce devant notaire par l'intermédiaire d'un représentant. De plus si la représentation est faite par un avocat, un seul pourra représenter les deux parties.

### **D. Procédure**

La concision de la réforme du droit espagnol se manifeste par l'absence de régulation d'un minimum de procédure. Seul l'article 54 de la loi du notariat, qui fait référence aux demande et procédure et délivrance de l'écriture publique en accord avec ce qui est prévu dans la

---

<sup>1</sup> Haro Grande, E., « *El notario y las nuevas competencias matrimoniales* », préc. p. 2.

<sup>2</sup> Pérez Hereza, J., « Divorcio notarial: problemas prácticos », [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es), p. 2: "En definitiva, no parece que exista una justificación a esta limitación habida cuenta que, ya sea en el otorgamiento de la escritura de poder o en el otorgamiento de la escritura de divorcio el cónyuge prestará su consentimiento ante la misma autoridad (el notario) y que, si se quiere limitar la representación por la importancia del acto, bastaría con rodear al otorgamiento del poder de los mismos requisitos que se exigen a la escritura de divorcio (asistencia letrada e incorporación del convenio regulador).

<sup>3</sup> Gomá, F., « Escritura de divorcio ante Notario... », préc., p. 1: "Los cónyuges deben estar presentes y a la vez, sin que sea admisible poder o representación verbal por mandatario u otorgamientos sucesivos: el 82 CC dice claramente que los cónyuges "deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal". Es el medio para recibir la asistencia letrada, y decidir definitivamente sobre el convenio, de una sola vez".

propre loi du notariat, a été modifié. Comme dans la législation française, on ne prévoit même pas un délai de réflexion.

La demande n'est pas non plus soumise à des exigences particulières. Il faut apporter un brouillon ou projet de convention du divorce - nous nous référerons postérieurement à son contenu – sur lequel le notaire réalisera son jugement de légalité et d'équité.

Si les mesures proposées par les conjoints affectent les enfants majeurs ou émancipés qui n'ont pas de revenus propres et cohabitent au domicile familial, l'article 82 exige leur consentement, d'où l'obligation pour eux de comparaître devant le notaire pour le prononcer, au même titre que les conjoints. Nous nous sommes déjà référés au doute suscité par la rédaction de la disposition relative à l'obligation ou non de se présenter personnellement : nous nous inclinons en faveur de l'obligation en raison de la portée de l'acte qui affecte l'état civil, et parce que c'est le seul moyen pour que le notaire puisse exercer son obligation de conseil et réaliser un jugement de capacité pour s'assurer que le consentement des époux est éclairé. Fernandez Tresguerres<sup>1</sup>, notaire et avocat de la DGRN, est très clair : la comparution personnelle des deux conjoints est obligatoire lors du divorce sans que l'on puisse recourir à une représentation ni même à un simple *nuntius*, « vu la validation très spéciale qui doit être faite des intérêts concurrents ».

#### **IV. Contenu et effets de l'accord de divorce**

##### **A. Questions formelles**

Le divorce est prononcé par acte notarié. C'est sa date qui détermine la date du divorce vu que l'article 89 du code civil établit que les effets de la dissolution du mariage par divorce se produiront « à partir de la manifestation de consentement de chaque conjoint transcrit en écriture publique ».

---

<sup>1</sup> Fernández-Tresguerres García, A., « Novedades sobre el matrimonio o divorcio notarial? », 21 de julio de 2017, [www.notariatresguerres.es](http://www.notariatresguerres.es).

Il n'est pas nécessaire que le divorce soit inscrit dans un registre pour produire des effets, bien qu'en accord avec ce même principe, il ne portera pas préjudice à des tiers de bonne foi jusqu'à ce qu'il soit inscrit au registre civil.

### **B. Contenu obligatoire**

En accord avec l'article 82 du code civil espagnol, la convention qui régle le divorce devra contenir « la volonté sans équivoque » de divorcer (ou de se séparer s'il s'agit d'une simple séparation légale) et les mesures qui vont régler les effets dérivés du divorce ».

Cette disposition renvoie à l'article 90 du code civil qui régle le contenu minimal obligatoire de la convention régulatrice du divorce envisageant toutes les possibilités, qu'il s'agisse d'un divorce contentieux ou d'un divorce par accord mutuel, d'où le fait que certaines parties ne s'appliqueront pas, comme ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale.

Il sera nécessaire que la convention traite de l'attribution de l'usage du domicile familial, de la prestation compensatoire qu'un époux doit, le cas échéant, assumer ainsi qu'à l'occasion de la liquidation du régime économique matrimonial.

Alors que l'attribution de l'usage de la résidence familiale est une condition essentielle pour prononcer le divorce, il n'en est pas de même de la liquidation du régime économique vu qu'en droit espagnol, comme cubain, colombien ou équatorien il est possible que ladite liquidation se produise *a posteriori*, le divorce ayant un caractère préalable. Le droit péruvien ne suit pas ce critère, la loi 29227/2008 exige qu'au préalable, le régime économique du couple soit liquidé quand il s'agit de communauté aux acquêts.

### **C. Effets**

L'établissement de l'écriture publique du divorce produit deux effets immédiats : le lien matrimonial et le régime économique des époux sont dissous.

L'écriture publique (acte notarié) est un titre exécutoire qui peut être rendu effectif par la contrainte. Pour garantir sa réalisation, les parties peuvent prévoir les garanties réelles ou

personnelles qu'elles estiment opportunes<sup>1</sup>. La réforme s'occupe aussi de la modification de mesures accordées dans la convention qui pourra être faite dans un nouvel accord, lequel devra aussi prendre la forme d'un acte notarié<sup>2</sup>.

La loi ne prévoit rien sur l'après divorce. Une fois de plus, le manque de précision du législateur entraîne des doutes sur les implications du divorce notarial. Son caractère contractuel est renforcé par la possibilité qu'il soit modifié par un nouvel accord des époux. Mais que se passe-t-il en cas de possible contestation de la convention ? Est-elle soumise aux règles d'inefficacité des contrats en général, en étant par exemple annulable s'il existe un vice du consentement ? Si c'est le cas, cette inefficacité suppose-t-elle la remise en question du divorce en lui-même ou seulement de la convention en régulant les effets ?

Trop de questions sans réponses pour un divorce qui commence à faire ses premiers pas. La pratique nous dira s'il a besoin de contours plus précis qui mèneront à une nouvelle réforme ou au moins à un décret d'application renforçant la sécurité juridique qui doit caractériser l'intervention du notaire.

---

<sup>1</sup> Art. 90.4 du code civil.

<sup>2</sup> Art. 90.3 du code civil.

# Bibliographie

## I. Matière civile

### ➤ Manuels, traités et cours

Sans mention du numéro d'édition, l'ouvrage est une première parution

#### 1. Introduction au droit et Philosophie du droit

- **J. GHESTIN, G. GOUBEAUX** avec le concours de **M. FABRE-MAGNAN**, *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, Traités, 1994, 4<sup>ème</sup> éd.
- **G. CORNU**, *Droit civil – Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, Domat Droit privé, 2007, 13<sup>ème</sup> éd.
- **Ch. LAROUMET et A. AYNÈS**, *Traité de droit civil – Tome 1 : Introduction à l'étude du droit*, Paris, Economica, Corpus Droit privé, 2013, 6<sup>ème</sup> éd.
- **Ph. MALAURIE et P. MORVAN**, *Introduction générale*, Paris, Defrénois, Droit civil, 2016, 6<sup>ème</sup> éd.
- **H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS**, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, Leçons de droit civil, 2000, 12<sup>ème</sup> éd.
- **B. OPPETIT**, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, Précis, 1999, avant-propos F. TERRÉ
- **F. TERRÉ**, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 2015, 10<sup>ème</sup> éd.
- **E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC**, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, Thémis, 2015

#### 2. Droit judiciaire privé et droit de l'arbitrage

- **S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER**, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 2014
- **S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET et J. NORMAND**, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, Thémis, 2013, 2<sup>ème</sup> éd.
- **L. CADIET et E. JEULAND**, *Droit judiciaire privé*, Paris, Lexis Nexis, Manuels, 2017, 10<sup>ème</sup> éd.
- **C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD**, *Procédure civile – Droit interne et européen du procès civil*, Paris, Dalloz, Précis, 2016, 33<sup>ème</sup> éd.
- **G. CORNU et J. FOYER**, *Procédure civile*, Paris, Thémis, Droit privé, 1996, 3<sup>ème</sup> éd.
- **G. COUCHEZ et X. LAGARDE**, *Procédure civile*, Sirey, Université, 2014, 17<sup>ème</sup> éd.

- **N. FRICERO**, *et alii*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, Guides, 2017, 3<sup>ème</sup> éd.
- **S. GUINCHARD**, *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, Précis, 2017, 9<sup>ème</sup> éd.
- **J. HÉRON et T. LEBARS**, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, Domat, 2015, 6<sup>ème</sup> éd.
- **E. JEULAND**, *Droit processuel général*, Paris, LGDJ, Domat, 2014, 3<sup>ème</sup> éd.

### **3. Droit de la famille**

- **A. BÉNABENT**, *Droit de la famille*, Paris, Montchrestien, Domat, 2014
- **G. CORNU**, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9<sup>ème</sup> éd., 2006
- **P. COURBE et A. GOUTTENOIRE**, *Droit de la famille*, Paris, Sirey, Université, 2017, 7<sup>ème</sup> éd.
- **V. ÉGÉA**, *Droit de la famille*, Paris, Lexis Nexis, Manuels, 2016
- **D. FENOUILLET, C. GOLDIE-GENICON et F. TERRÉ**, *Droit civil : la famille*, Paris, Dalloz, Précis, 2018, 9<sup>ème</sup> éd.
- **H. FULCHIRON et Ph. MALAURIE**, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, Droit civil, 2018, 6<sup>ème</sup> éd.
- **M.-F. NICOLAS-MAGUIN**, *Droit de la famille*, La découverte, coll. Repères, Paris 1998

### **4. Droit des obligations**

- **Ch. ATIAS**, *Le contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, LUAM, 2008, 4<sup>ème</sup> éd.
- **C. AUBRY et C. RAU**, *Cours de droit civil français*, Tome 4, 6<sup>ème</sup> éd. par M. E. BARTIN, Paris, 1943
- **J. BART**, *Histoire du droit privé – De la chute de l'Empire romain au XIX<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Montchrestien, Domat, 1998
- **G. BAUDRY-LACANTINERIE**, *Traité théorique et pratique du Droit civil : Des obligations*, Paris, Librairie de la société du recueil, 1902, t. 2
- **A. BÉNABENT**, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, Domat Droit privé, 2016, 15<sup>ème</sup> éd.
- **A. BÉNABENT**, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, Domat Droit privé, 2015, 11<sup>ème</sup> éd.
- **M. BILLIAU, J. GHESTIN et G. LOISEAU**, *Traité de droit civil : le régime des créances et des dettes*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, 2005, LGDJ, Traités



- **H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Tome 2 : obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris, Dalloz, Grands arrêts, 2015, 13<sup>ème</sup> éd.
- **C. DEMOLOMBE**, *Traité des contrats ou des obligations*, tome V, 1975
- **J. CARBONNIER**, *Droit civil – Tome 2 : les biens et les obligations*, Paris, PUF, Quadrige manuels, 2004
- **F. CHÉNEDÉ**, *CHÉNEDÉ*, *Le nouveau droit des obligations et des contrats – Consolidations – Innovations – Perspectives*, Paris, Dalloz, 2017
- **F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE**, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, Précis, 2015, 10<sup>ème</sup> éd.
- **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, Corpus Histoire du Droit, 2012, 2<sup>ème</sup> éd.
- **M. DONNIER et J-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Lexis Nexis, Litec, 2016, 8<sup>ème</sup> éd.
- **M. FABRE-MAGNAN** :
  - ⇒ *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, Themis droit, 2016, 4<sup>ème</sup> éd.
  - ⇒ *Droit des obligations 2 – Responsabilité civile et quasi contrats*, Paris, PUF, Themis droit, 2013, 3<sup>ème</sup> éd.
- **J. GAUDEMET**, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, Domat, 1998
- **A. LEBORGNE**, *Droit de l'exécution – Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Dalloz, Précis, 2014, 3<sup>ème</sup> éd.
- **Ph. LETOURNEAU (dir.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2015/2016
- **J. FRANCOIS**, *Traité de droit civil – Tome IV : le régime général*, Paris, Economica, 2013, 3<sup>ème</sup> éd.
- **J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX** :
  - ⇒ *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Paris, Sirey, Université, 15<sup>ème</sup> éd., 2012
  - ⇒ *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Paris, Sirey, Université, 14<sup>ème</sup> éd., 2011
  - ⇒ *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Paris, Sirey, Université, 9<sup>ème</sup> éd., 2015

- **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK**, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, Droit civil, 2017, 9<sup>ème</sup> éd.
- **Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P-Y. GAUTIER**, *Les contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, Droit civil, 2017, 9<sup>ème</sup> éd.
- **Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI**, *Droit des obligations*, Paris, Lexis Nexis, Manuel, 2013, 13<sup>ème</sup> éd.
- **G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ**, *Droit civil – Les obligations – Tome 2 : le régime*, Paris, 1989, 2<sup>ème</sup> éd.
- **H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS**, *Leçons de Droit civil – Tome II : Obligations – théorie générale*, Paris, Montchrestien, 1998, 9<sup>ème</sup> éd.
- **M. PLANIOL, G. RIPERT, J. RADOUANT, P. ESMEIN et G. GABOLDE**, *Traité pratique de droit civil français – Tome VII : Obligations, deuxième partie*, Paris, LGDJ, 1931
- **R-J. POTHIER**, *Traité des obligations*, Paris, rééd. 2001, Dalloz, Bibliothèque, préface J-L. HALPERIN
- **A. SÉRIAUX**, *Droit des obligations*, Paris, PUF, Droit fondamental, 1998
- **F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 2013, 11<sup>ème</sup> éd.
- **F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET**, *Cours de droit civil – Obligations, Régime*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2013

##### **5. Droit civil – Droit patrimonial de la famille**

- **Ph. MALAURIE et L. AYNÈS**, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, Droit civil, 2015
- **Ph. MALAURIE et C. BRENNER**, *Droit des successions et des libéralités*, Paris, LGDJ, Droit civil, 2016
- **M. GRIMALDI**, *Droit des successions*, Paris, Lexis Nexis, Manuels, 2017, 7<sup>ème</sup> éd.
- **A. SÉRIAUX**, *Les successions, les libéralités*, Paris, Ellipses, 2018, 2<sup>ème</sup> éd.
- **F. TERRÉ et Ph. SIMLER**, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, Précis, 2015
- **F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET**, *Droit civil – Les successions*, Paris, Dalloz, Précis, 2013, 4<sup>ème</sup> éd.

## **6. Droit civil – Droit des sûretés**

- **A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF**, *Les sûretés personnelles*, Paris, Lextensoéd.s, Traités, *Les sûretés personnelles*, 2010
- **L. AYNÈS et P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2017
- **Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE**, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, Précis, 7<sup>ème</sup> éd., 2016
- **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Paris, PUF, Thémis, 2016, 3<sup>ème</sup> éd.
- **Ph. SIMLER**, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Paris, Lexis Nexis, Traités, 2015, 5<sup>ème</sup> éd.
- **S. PIEDELÈVRE**, *Droit des sûretés*, Paris, Ellipses, Cours magistral, 2015, 2<sup>ème</sup> éd.

## **7. Droit commercial**

- **A. JACQUEMONT et R. VABRES**, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Lexis Nexis, Manuel, 2015, 9<sup>ème</sup> éd.
- **M. PÉDAMONT et H. KENFACK**, *Droit commercial*, Paris, Dalloz, Précis, 2011, 3<sup>ème</sup> éd.
- **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, Domat Droit privé, 2016, 10<sup>ème</sup> éd.

## **8. Droit de la consommation**

- **J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE**, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, Précis, 2015, 9<sup>ème</sup> éd.
- **J. JULIEN**, *Droit de la consommation*, Paris, LGDJ, Domat Droit privé, 2017, 2<sup>ème</sup> éd.
- **Y. PICOD**, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, Université, 2015, 3<sup>ème</sup> éd.
- **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de la consommation*, Paris, Economica, Corpus, 2014, 2<sup>ème</sup> éd.
- **N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX**, *Traité de droit civil – Les contrats de consommation – Règles communes*, Paris, LGDJ, Lextensoéd.s, 2013

## 9. Droit bancaire et boursier

- **T. BONNEAU**, *Droit bancaire*, Paris, LGDJ, Domat Droit privé, 2015, 11<sup>ème</sup> éd.
- **C. GALVALDA** et **J. STOUFFLET**, *Droit bancaire*, Paris, Lexis Nexis, Manuel, 2015, 9<sup>ème</sup> éd.
- **S. PIEDELIÈVRE** et **E. PUTMAN**, *Droit bancaire*, Paris, Economica, Corpus, 2011

### ➤ Dictionnaires et encyclopédies

- **R. CABRILLAC** (sous la dir de.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2017, LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2017
- **L. CADIET**, « Les clauses relatives aux litiges », J.-Cl. Distribution, 2016, n° 21
- **G. CORNU** (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2016, 11<sup>ème</sup> éd.
- **H. CROZE** :
  - ⇒ *JurisClasseur Procédures*, Fascicule 10 « Médiation », octobre 2017
  - ⇒ *JurisClasseur Procédures* Fascicule 10 « Conciliation », octobre 2017
- **M. DOUCHY-OUDOT** et **J. JOLY-HURARD**, « Médiation et conciliation », *Rép. civ. Dalloz*, sept. 2006
- **J. NORMAND**, « Office du juge », in *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2004, p. 925 et s.

### ➤ Monographies et thèses

- **F. AGOSTINI**, **N. MOLFESSIS**, *Chantiers de la justice Amélioration et simplification de la procédure civile*, Ministère de la justice, janv. 2018
- **S. AMRANI-MEKKI**, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, tome XI, préface L. CADIET
- **P. ANCEL**, **M.-C. RIVIER** (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001
- **A. BÉDON**, *Délais, modalités et voies de recours*, Paris, Justice et procès, Collection pratique, 2009
- **G. BIGOT**, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration – Vicissitudes d'une ambition*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, tome 15, 1999
- **F. BOULAN**, *La transaction*, thèse, Aix-Marseille, 1971

- **L. CADIET et Th. CLAY**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 2017, 2<sup>ème</sup> éd.
- **J. CARBONNIER** :
  - ⇒ *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1996, 8<sup>ème</sup> éd.
  - ⇒ *Droit et passion du droit sous la Ve République*, éd. Flammarion, 1996
- **J. COMMAILLE**, *Familles sans justice ? – Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, Paris, Le Centurion, Justice Humaine, 1982
- **D. CHOLET**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006, tome 466, préface G. GIUIDICELLI-DELAGE
- **G. CORNU**, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, Doctrine juridique, 1998
- **D. D'AMBRA**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1994, tome 236, préface G. WIEDERKEHR
- **P. DELMAS-GOYON (sous la dir. de)**, *Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle Un citoyen acteur, une équipe de justice*, rapport remis par Pierre Delmas Goyon, décembre 2013
- **R. DIJOUX**, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2012, n° 476
- **V. ÉGÉA**, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2010, préface A. LEBORGNE
- **B. FAGES**, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997
- **B. FAUCHER**, *La conciliation judiciaire*, th. Paris II, 1980
- **A. FAUTRÉ-ROBIN**, *Le juge et l'évolution contemporaine du droit de la famille*, th., Dijon, 2012
- **M-A. FRISON-ROCHE**, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2014 réimprimé
- **J. HABERMAS**, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, Essai, 1997
- **P. HÉBRAUD**, *La réforme de la procédure*, LGDJ, 1936
- **A. GARAPON**, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odil Jacob, Bibliothèque, 2010
- **M. GUILLAUME, J-G. LIEBERHERR et J-B. DAGNAUD**, *Plaidoyer pour la médiation*, Paris, Descartes & cie, 2017
- **S. GUINCHARD (sous la direction de)**, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée – Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard*, Paris, La documentation française, 2008

- **HYGIN DIDACE AMBOULOU**, *La déjudiciarisation et les procédures non contentieuses en Afrique*, L'Harmattan, coll. Etudes africaines, 2015
- **G. HELLERINGER**, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012
- **E. JEAMMIN-PETIT**, *La mission de conciliation du juge (Réflexions sur l'office du juge)*, th. Nantes, 2006
- **J. JOLY-HURARD**, *Conciliation et médiation judiciaire*, Aix-en-Provence, PUAM, IDA, 2003, préface S. GUINCHARD
- **W. KYMLICKA**, *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte, Poche, 2003
- **B. DE LAMY**, « Procédure et procédés », in *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 163
- **A. LEBORGNE**, *La médiation familiale*, Dossier spécial du Bulletin d'Aix, 2005-3, p. 3 et s.
- **P. MILBRUN**, *La médiation : expériences et compétences*, La découverte, coll. Alternatives sociales, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 156
- **H. MOTULSKY** :
  - ⇒ *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, éd. Dalloz 1948
  - ⇒ *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Bibliothèque, réédité en 2010, préface G. BOLARD
- **F. NERVÉ**, *Essai sur la déjudiciarisation en droit civil*, thèse Limoges, 2013
- **J. NORMAND**, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965
- **J-B. PERRIER**, *La transaction en matière pénale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, tome 61, 2014, préface S. CIMAMONTI
- **PLATON**, *La République*, établi et traduit par E. Chambry, coll. tel, Gallimard, 2002, Livre III, XIV
- **A. SUPIOT**, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologie du droit*, Paris, Seuil, La Couleur des idées, 2005
- **J-Ph. TRICOIT**, *La médiation judiciaire*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2008
- **Y. CAPDEPON**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, volume 122, 2013
- **E. VERGÈS**, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès civil*, thèse, Aix-en-Provence, 2000

- **H. VIZIOZ**, *Études de procédures*, Paris, Dalloz, Bibliothèque, réédité en 2011, préface S. GUINCHARD

➤ ***Jurisprudence***

**Conseil constitutionnel**

- Cons. constit., 2 février 1995, 95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* D. 1995, p. 171, note J. Pradel ; *ibid.*, p. 201, note J. Volff ; *RFDC*, 1995, p. 405, obs. Th. S. Renoux ; *Justices*, 1995, p. 302, note Y. Mayaud ; *LPA*, 20 octobre 1995, p. 4, comm. B. Mathieu et M. Verpeaux
- Cons. constit., 2 mars 2004, 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, D. 2004, p. 2756, obs. B. de Lamy ; *JCP G*, 2004, II 10049, note J.-Cl. Zarka ; *RSC*, 2005, p. 122, obs. V. Bück ; *RTD civ.* 2005, p. 553, obs. R. Encinas de Munagorri

**Cour européenne des droits de l'homme**

- CEDH, *Momčilović c./ Croatie*, 26 mars 2015, n° 11239/11 *RTD. civ.*, 2015, 698, obs. P. THÉRY
- CEDH, 3e section, 24 octobre 2017, nos 20199/14 et 20655/14, *Nesterenko et Gaydukov c. Russie*, Procédures, déc. 2017, comm. N. FRICERO.

**Cour de justice de l'Union**

- CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli contre Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C-75/16

**Cour de cassation**

- Civ. 1re, 14 janv. 1997, n° 94-20.276 ; *RTD Civ.* 1997, 985, obs. B. VAREILLE ; *JCP éd.* 1997, II, 22912, note E. Paillet ; *D.* 1997, 273, rapp. X. SAVATIER ; *Rép. Def.* 1997, 420, obs. G. CHAMPENOIS
- Ass. plén., 4 juillet 1997, 93-43375
- Civ. 1re, 12 déc. 2000, n° 98-19.147 ; *D.* 2001.1496, note T. GARÉ ; *JCP G.* 2002, I, 103, n° 9, obs. G. Wiederkher ; *Rép. Def.* 2001.604, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.* 2001, comm. n° 32, obs. B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2001, 120, obs. J. HAUSER

- Chambre mixte, 14 févr. 2003, 00-19423, 00-19424, *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN, p. 2480, obs. T. CLAY, *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES, p. 349, obs. R. PERROT
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, 03-19392.
- Soc. 24 mai 2006, n° 04-45877
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 novembre 2006, Bull. civ. II, n° 320
- Crim., 24 juin 2008, *Bull. crim.* n° 162 ; *Gaz. Pal.* 28 septembre 2008, p. 7, note S. DETRAZ ; *AJ Pénal*, 2008, p. 422, note C. SAAS ; *Droit pénal*, 2008, comm. 147, obs. A. MARON et M. HAAS ; *D.* 2009, p. 44, obs. P. Chaumont et E. DEGORCE
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 fév. 2010, n° 08-14.441, *D.* 2010, 582, obs. V. EGÉA ; *Rép. Def.* 2010, 1159, note J. MASSIP ; *RDC* 2010, 941, obs. C. GOLDIE-GENICON
- Civ. 1<sup>ère</sup> 16 nov. 2010, n° 09-68415
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 mai 2011, 06-19527
- Com., 15 octobre 2013, 12-21704, *RTD civ.* 2014, p. 120, obs. H. BARBIER, p. 705, obs. Ph. THÉRY
- Com., 29 avril 2014, 12-27004, publié, *D.* 2014, p. 2541, obs. T. Clay, *AJCA* 2014, p. 176, obs. N. Fricero, *D.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero, *JCP G* 2014, 711, O. Sabard, *Gaz. Pal.* 7-9 sept. 2014, p. 16, obs. S. Amrani-Mekki, *RTD civ.* 2014, p. 655, obs. H. Barbier, *JCP E* 2014, 1290, obs. N. Dissaux, *RDC* 2014, p. 704, obs. N. Cayrol, *LPA* 6 oct. 2014, p. 5, note A. Albarian. Adde : M. Foulon, Y. Strickler, Clauses conventionnelles de médiation hors instance, *JCP G* 2014, 1128
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juin 2014, 13-17272
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 septembre 2014, 13-11843, *AJCA* novembre 2014, note N. Fricero, p. 328, *JCP G.* 2014, chron. Procédure civile, obs. R. Libchaber
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 1er octobre 2014, 13-17920, *D.* 2014, p. 2004, 2541, obs. T. Clay, et 2015, p. 287, obs. N. Fricero
- Chambre mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *D.* 2015, p. 298, note C. Boillot, p. 287, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2015. 131, obs. H. Barbier, p. 187, obs. Ph. Théry
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 janvier 2015, 13-27377
- Com., 2 juin 2015, 14-13.289
- Com. 30 mars 2016, 14-24874
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mai 2016, 15-14464, *D.* 2016, p. 2377, note V.M., *RTD civ.* 2016, p. 621, obs. H. Barbier, *LEDC* juillet 2016, p. 2, obs. G. Guerlin, *Gaz. Pal.* 2016, n° 29, p. 61, obs. L. Mayer



- Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 octobre 2016, 15-17989
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 2 février 2017, 16-13521, publié, *RGDA* 2017, p. 172, note A. Péliissier
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 2017, n° 15-24.480
- Com., 24 mai 2017, 15-25457
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 juin 2017, 16-11975
- Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 novembre 2017, 16-24642

### **Cours d'appel**

- CA Paris, 26 février 2016
- CA Limoges, 24 octobre 2016, n° 16/00971
- CA Nîmes, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16/00435
- CA Douai, 6 juin 2017, n° 16/03664
- CA Douai, 14 septembre 2017, n° 16/04503
- CA Aix-en-Provence, 19 octobre 2017, n° 16/00567
- CA Paris, 17 octobre 2017, n° 16/08186
- CA Douai, 21 décembre 2017, n° 17/00094
- CA Lyon, 30 janvier 2018, n° 17/03696
- CA Paris, 14 février 2018, n° 17/14662

### **Tribunaux**

- TGI Paris, 18 mars 2016, 15/16255

#### ➤ Articles de doctrine

#### **S. AMRANI-MEKKI :**

- ⇒ « La clause de conciliation », in *La médiation*, Paris, Dalloz, Société de législation comparée, 2001, p. 29 et s.
- ⇒ « La déjudiciarisation », *Gazette du Palais*, 5 juin 2008, n°157, p. 2 et s.
- ⇒ « Déjudiciarisation et évolution des professions juridiques », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 137 et s.
- ⇒ « La codification de l'amiable », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER, 2016, p. 97 et s.

- ⇒ « L'acte de procédure d'avocats, signe d'une nouvelle ère de la procédure civile », in *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, sous la direction de C. BLÉRY et L. RASCHEL, Paris, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2016, p. 18 et s.
- ⇒ « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G* 2016, 1291, n° 1, p. 2237
- ⇒ « Faut-il réformer le cadre juridique de la médiation ? », *Cah. dt entr.* mai-juin 2016, 26
- **P. ANCEL** :
  - ⇒ « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 s.
  - ⇒ « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 6 s.
- **V. AVENA-ROBARDET**, « Changement de sexe : simplification sans déjudiciarisation », *AJ Famille*, 2016, p. 283 et s.
- **I. BALENSI**, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.*, 1978, p. 42
- **M. BANDRAC** :
  - ⇒ « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Draï, Dalloz, 2000, p. 171
  - ⇒ « La réforme du droit des contrats et l'évolution récente du procès civil. Dérive et confluence », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER, Paris, 2016, p. 167 et s.
- **A. BATTEUR et T. DOUVILLE**, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015, p. 2330 et s.
- **H. BATIFFOL**, « Existence et spécificité du droit de la famille », *Archives Phil. dr.*, 1975, n° 20, p. 7, spéc. p. 13.
- **E. BAZIN**, « De la médiation de la consommation », *AJ Contrat*, 2017, p. 361 et s.
- **J. BEAUME ET F. NATALI**, *Chantiers de la justice Amélioration et simplification de la procédure pénale*, Ministère de la justice, janvier 2018, 44 p.
- **J.-L. BERGEL**, « Introduction générale », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, colloque des 29 et 30 septembre 2006, p. 12
- **B. BERNABÉ**, « Une vision historique de la médiation judiciaire. Deuxième essai de génétique judiciaire », *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en*

*Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 17 et s.

- **S. BERNHEIM-DESVAUX**, « Favoriser les MARD », CCC février 2017, repère n° 2
- **B. BLOHORN-BRENNEUR**, « La médiation prud'homale en France », *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 61 et s.
- **O. BOSKOVIC**, « Déjudiciarisation et droit de l'environnement », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 441
- **M. BRUGGEMAN**, « Médiation et conflictualité : une efficacité à nuancer... », *Dr. fam.*, septembre 2009, Alertes, n° 66, p. 4
- **L. CADIET** :
  - ⇒ « Le spectre de la société contentieuse », *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 29 et s.
  - ⇒ « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2001, p. 89 et s.
  - ⇒ « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », *La médiation*, Paris, Dalloz, Société de législation comparée, 2001, p. 13 et s.
  - ⇒ « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, Paris, La documentation française, sous la direction de P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES et Ph. MILBURN, 2003, p. 255 et s.
  - ⇒ « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droit fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 71 et s.
  - ⇒ « La justice face au défi du nombre et de la complexité », *Les cahiers de la Justice*, 2010/1, ENM et Dalloz, p. 13 et s.
  - ⇒ « La déjudiciarisation – Rapport introductif », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 9 et s.

- **J. CARBONNIER**, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », *Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après*, La documentation française, 1998, p. 14 et s.
- **G. CAVALIER**, « Recherches sur le principe du contradictoire, l'expertise amiable et l'analyse économique du droit en matière de médiation commerciale internationale », *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 47 et s.
- **J. CAZALA**, « La déjudiciarisation en matière de violation massive des droits de l'homme », in O. Boskovic (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, pp. 415-440
- **N. CHAPPE, E-L. LAMBERT et C. TIRVAUDEY**, *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 31 et s.
- **C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL**, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », *Gaz. Pal.*, 19-20 décembre 2007, p. 924
- **T. CHARLES**, « Médiation des entreprises : *primum non nocere* », *AJ Contrat*, 2017, p. 366 et s.
- **Y. CHARPENEL**, « Présentation de la médiation pénale », *La médiation*, Paris, Dalloz, Société de législation comparée, 2001, p. 69 et s.
- **L. CHEDLY**, « Arbitrage et médiation », *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 93 et s.
- **F. CHÉNEDÉ**, « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJ. fam.*, février 2017, p. 26
- **A. CHEYNET DE BEAUPRÉ**, « Déjudiciarisation et contractualisation dans le droit de la famille », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 221 et s.
- **G. CANALES**, « Réforme du divorce : une querelle inutile », *Gaz. Pal.*, 25-26 janvier 2008, doct., p. 91.
- **S. CARRÉ**, « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *Les petites affiches*, 8 août 1994, n°11

- **J. CASEY** :
  - ⇒ « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial », *Dr. fam.*, janvier 2008, Études, n°1, p. 7
  - ⇒ « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p. 14 et s.
  - ⇒ « Divorce sans juge : plaidoyer pour un circuit court », avec S. DAVID, *AJ Famille*, 2017, p. 539 et s.
- **Ph. CAVALAIEROS**, « La confidentialité de l'arbitrage », *Gazette du Palais*, 11 et 15 décembre 2015, p. 6 et s.
- **J. CAZALA**, « La déjudiciarisation en matière de violation massive des droits de l'homme », in *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 415 et s.
- **N. CAYROL**, « La déjudiciarisation du droit à l'exécution », in *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 397 et s.
- **J. CHEVALLIER**, « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 et s.
- **D. CHOLET**, « Les tendances régressives dans l'évolution de la procédure civile contemporaine », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER, Paris, Panthéon-Assas, 2016, p. 71 et s.
- **Th. CLAY**, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIème siècle », *JCP G* 2016, p. 2219 et s.
- **M. CRESP**, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.*, 2014, p. 107
- **H. CROZE et Ch. LAPORTE**, « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gazette du Palais*, 2012, p. 703 et s.
- **H. CROZE et O. FRADIN**, « Transaction et force exécutoire », *La transaction dans toutes ses dimensions, op. cit.* p. 103, n° 32
- **F. COLONNA D'ISTRIA**, « La sanction de l'inexécution de la clause de médiation : pour l'octroi de dommages-intérêts », *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 197 et s.

- **I. COPE-BESSIS, A. KARILA-DANZIGER**, « Changement de prénom et contestation judiciaire », *AJ fam.*, 2017, p. 382
- **J.-M. COULON**, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 133
- **H. DALLE**, « Administration de la justice et acte juridictionnel », *L'éthique des gens de justice* sous la direction de S. GABORIAU et H. PAULIAT, Paris, Paulin, 2001
- **G. DARCY**, « Regard elliptique sur l'office du juge », *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 29 et 30 sept. 2006, p. 538
- **B. DEFFAINS**, « L'analyse économique des modes de règlement des litiges », in P. Chevallier, Y. Desdevises, Ph. Milburn, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2002, p. 89 s.
- **E. DE LAGRANGE**, « La crise de la famille, le législateur et le juge », in *Études dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 353
- **F. DEKEUWER-DEFOSSEZ**, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Pouvoirs*, 2003/4, n°107, p. 37
- **A. DEPONDT**, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le divorce », *Deffrénois*, 2006, art. 38494
- **Y. DESDEVISES** :
  - ⇒ « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables », *D.* 2000, p. 284 et s.
  - ⇒ « Brèves remarques sur l'issue des modes alternatifs de règlement des différends », *Mélanges F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 313
- **A. DUFOUR**, « Le pronostic vital de notre justice est engagé », *LPA*, 21 février 2017, n° 37, p. 4
- **G. DURRY**, « Quelques remarques sur l'arbitrage et la médiation en assurance », *Gazette du Palais*, 8-9 juin 1994, 1. 738
- **V. ÉGÉA** :
  - ⇒ « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *RD const.*, 2017, p. 97
  - ⇒ « Un semestre de droit procédural de la famille », *Dr. famille* 2017, chron. 1
- **E. FARINE**, « La déjudiciarisation. Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire social ? », *Droit*, vol., 61, n° 1, 2015, p. 185

- **F. FERRAND**, « La déjudiciarisation : les expériences étrangères entre incitations externes et politique juridique interne », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 37 et s.
- **G. FLECHEUX ET PH. LAFARGE**, « La médiation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p. 301
- **J. FOYER et C. PUIGELIER**, « Le Code de procédure civile en révolution », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER, Paris, 2016, p. 11 et s.
- **B. FRANÇOIS**, « La déjudiciarisation en droit bancaire et financier », in *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 265
- **S. FRÉMEAUX**, « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Deffrénois*, 2000, art. 37166
- **N. FRICERO** :
  - ⇒ « La déjudiciarisation – Rapport de synthèse », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 461
  - ⇒ « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », *D.* 2015, p. 1201
  - ⇒ « Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ? », *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, Thèmes & commentaires – Actes 2016, p. 10 et s.
  - ⇒ « De la procédure civile équitable à la procédure civile thérapeutique », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER, Panthéon-Assas, 2016, p. 87 et s.
  - ⇒ « Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle - Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Dr. famille* n° 1, janvier 2017, dossier 10
- **M-A. FRISON-ROCHE**, « Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils », *Droit et économie du procès civil*, sous la direction de D. COHEN, Paris, LGDJ, Droit & économie, p. 3 et s.
- **H. FULCHIRON**, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce “notarial”) », *D.*, 2008, chron., p. 365
- **S. GABORIAU** :
  - ⇒ « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la « juridiversité » », *Les petites affiches*, 14 juin 2012, p. 3 et s. ; V. également : *La déjudiciarisation*, sous

- la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 137 et s.
- **A. GARAPON**, « Vers une nouvelle économie de la justice ? Réaction au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.*, 1997, chron., p. 69
  - **T. GARBY**, « Les règles selon lesquelles la justice classique ne sont pas celles en fonction desquelles on vit », *Gazette du Palais*, 20-22 janvier 2013, p. 7 et s.
  - **L. GARNERIE**, « Déjudiciarisation : les avocats et le gouvernement en plein divorce », *Dr. et patr.*, janvier 2008, p. 10
  - **J. GAUTIER** :
    - ⇒ « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *LPA*, 21 novembre 2016, n° 232, p. 7
    - ⇒ « Du développement inexorable de la déjudiciarisation après la loi "J21" : entre outil moderne de rationalisation de l'office du juge et régression du droit », *Lexbase Hebdo* n° 701, éd. privée, 8 juin 2017
  - **M. GOBERT**, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.*, 1992, p. 344
  - **C. GOLHEN**, « La déjudiciarisation du partage et la protection des héritiers incapables, présumés absents ou défaillants », *Defrénois*, octobre 2017, n°20, p. 1413 et s.
  - **V. GORNY**, « Même le meilleur des notaires ne peut remplacer le juge et l'avocat », *Gaz. Pal.*, 20-22 avril 2008, doct., p. 861
  - **G. GUERLIN**, « L'autorité de la chose jugée et la réforme du droit des obligations », *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, sous la direction de C. BLÉRY et L. RASCHEL, Paris, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2016, p. 51 et s.
  - **M. GUILLAUME**, « La médiation hors du champ administratif. Son avenir », *Revue française d'administration publique*, 1992, p. 651 et s.
  - **S. GUINCHARD** :
    - ⇒ « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, Paris II, 2000, p. 1135 et s.
    - ⇒ S. GUINCHARD, « L'avenir du juge », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Études offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 171



- ⇒ « L'accès au juge. Le point de vue du juriste », *Droit et économie du procès civil*, sous la direction de D. COHEN, Paris, LGDJ, Droit & économie, 2010, p. 25 et s.
- ⇒ « Le Code de procédure civile : entre son passé et son avenir », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*, (1975-2015), sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER, Paris, Panthéon-Assas, 2016, p. 41 et s.
- ⇒ « Prolégomènes pour réformer la procédure civile », *D.* 2017, p. 2488 et s.
- **M. HARAVON**, « La fin de la justice civile ? Réflexions sur l'éviction du juge », *D.*, 2011, chron., p. 2427
- **J.-M. HAYAT**, « Le point de vue d'un chef de juridiction », *Gaz. Pal.*, 11 mars 2014, n° 196, p. 7
- **S. HAZOUG**, « Les MARD dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *Lexbase privé hebdo*, éd. n° 696 du 27 avril 2017
- **S. HENRY**, « État des lieux de la médiation judiciaire en France », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 313 et s.
- **J. HOUCIER et alii**, Divorce par consentement mutuel : le bilan, *AJ Famille* février 2018, p. 72 s.
- **C. JARROSSON** :
  - ⇒ « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *Revue générale des procédures*, Paris, 1994, P. 764 et s.
  - ⇒ « Les modes alternatifs de règlement des conflits – présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 326 et s.
  - ⇒ « La transaction comme modèle », in P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 58 et s.
- **A. JEAMMAUD**, « Propos introductifs », in P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 1
- **E. JEULAND**, « L'aide juridictionnelle et l'analyse économique du droit », *Droit et économie du procès civil*, sous la direction de D. COHEN, Paris, LGDJ, Droit & économie, 2010, p. 55 et s.
- **M. JUSTON** :
  - ⇒ « Divorce par consentement mutuel : l'avis d'un juge aux affaires familiales », *Gaz. Pal.*, 4-5 janvier 2008, Libres propos, p. 2.

- ⇒ « Le juge aux affaires familiales et l'évolution de la famille. Nouvelles lois, nouvelles pratiques ? », *Gaz. Pal.*, 4-5 avril 2008, doct., p. 717
- ⇒ « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », *Dr. fam.*, janvier 2010, Études, n° 2, p. 15
- **M. JUSTON ET S. GARGOULLAUD**, *Médiation familiale et contrats de co-parentalité*, Ministère des affaires sociales et de la santé, avril 2014, 31 p.
- **P. JULIEN et J-B. RACINE**, « Difficultés soulevées par les articles 1441-4 et 1015 du NCPC », *D.* 2008, p. 129
- **X. LABBÉE**, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *AJ Famille*, 2008, p. 112 et s.
- **X. LAGARDE** :
  - ⇒ « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 376 s.
  - ⇒ « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2018, p. 469
- **M. LAMARCHE**, « Changement de prénom... Après la circulaire, le décret », *Dr. fam.*, mai 2017, n° 5, p. 3
- **J. LAPLANTE** « La déjudiciarisation, sa portée au niveau communautaire (aux Etats unis) », *Actualités bibliographiques, Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 4, p. 459
- **J. LAUTOUR**, « La description des procédés de règlement amiable des différends commerciaux », *Le règlement des différends commerciaux – Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires*, Bruxelles, 5 et 6 mai 1983, Paris, Economica, 1984, p. 11 et s.
- **A. LEBEL**, « Réforme du divorce par consentement mutuel : qui a peur du grand méchant loup ? », *La lettre*, mai 2017, p. 9
- **A. LEBORGNE**, « La pratique de la médiation familiale judiciaire : étude menée dans le ressort de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence », *Gazette du Palais*, 2015, p. 14 et s.
- **C. LEVELEUX- TEIXERA**, « L'ancien droit et le règlement non judiciaire des conflits de la vengeance à la grâce », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 111 et s.
- **C. LIENHARD**, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *D.* 2017, p. 307
- **E. LOQUIN**, « Rapport de synthèse », *in Les médiateurs en France et à l'étranger*, Centre français de droit comparé et Centre français du commerce extérieur, colloque de 17 novembre 2000, publication de la Société de législation comparée, 2001, p. 105

- **J-C. MAGENDIE**, « La médiation dans les juridictions françaises », *La médiation*, Paris, Dalloz, Société de législation comparée, 2001, p. 73 et s.
- **B. MALLET-BRICOUT** :
  - ⇒ « Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges », *RTD. Civ.* 2015, p. 952 et s.
  - ⇒ « Vices et transaction », *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2006, p. 35 et s.
- **J.-J. MARTEL**, « MARD, si l'on osait ? », *AJDI*, 2017, p. 633
- **R. MARTIN**, « Quand le grain ne meurt pas...de conciliation en médiation », *JCP G*, 1996, I, 3977
- **L. MAYER**, « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD. Civ.* 2014, p. 523 et s.
- **B. MERCADAL**, « La légitimité du juge », *RID comp.*, 2002, p. 277
- **N. MOIZARD**, « Déjudiciarisation et droit social », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 241 et s.
- **J. MONÉGER**, « L'éviction du juge par la loi », *AJDI*, 2016, p. 170
- **S. MORACCHINI-ZEIDENBERG**, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.*, 2016, p. 4
- **P. MURAT**, « Droit de la famille 2030... », *Dr fam.*, 2008, repère, n° 1, p. 1
- **J. NORMAND**, « Droit judiciaire de la famille et contrat », in *La Contractualisation de la famille*, D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *Economica*, 2001, p. 211
- **M. OLIVIER**, « La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gazette du Palais*, 1996, doctrine p. 1264 et s.
- **B. OPPETIT** :
  - ⇒ « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, Dalloz-Litec, 1990, p. 317 et s.
  - ⇒ « Justice étatique et justice arbitrale », *Études offertes à P. BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 415 et s.
  - ⇒ « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, n°1, 1995, p. 53 et s.
- **H. PARCHEMINAL**, « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L. n° 93-22, 8 janvier 1993) », *JCP G*, 1994, I, 3762

- **R. PERROT**, « L'homologation des transactions », *Procédures*, 1999, Chronique 10 p. 3 et s.
- **N. PETERKA**, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. A propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP. G.*, n° 44, 26 octobre 2015, 1160
- **J. PHILIPPE**, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue de l'économiste », *Droit et économie du procès civil*, sous la direction de D. COHEN, Paris, LGDJ, Droit & économie, 2010, p. 121 et s.
- **N. PIERRE et S. PIERRE-MAURICE** :
  - ⇒ « La déjudiciarisation de l'envoi en possession du légataire », *Deffrénois*, 2016, p. 1327
  - ⇒ La déjudiciarisation de l'envoi en possession du légataire », *Deffrénois* 2016, p. 1327
- **E. PUTMAN**, « Un mot du droit dans le contexte du Code de procédure civile : la recevabilité », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER, Paris, 2016, p. 191 et s.
- **J.-L. PUYGAUTHIER**, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances : encore et toujours la déjudiciarisation », *JCP N*, n° 15, 15 avril 2016, 1127
- **G. RAOUL-CORMEIL** :
  - ⇒ « Incapacité et SCI : le dernier rôle avant trépas de la protection du mineur associé », *AJ Famille*, 2017, p. 406 et s.
  - ⇒ « PACS et tutelle : l'objet de l'autorisation judiciaire », *D.* 2018, p. 403
- **J. REVEL**, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? » , *D.* 2006, p. 2591 et s.
- **F. RONGEAT-LOUDIN**, « Médiation familiale judiciaire et déjudiciarisation ? », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 211 et s.
- **Y. ROSE**, « Le rôle du notaire dans la médiation familiale », *La médiation*, Paris, Dalloz, Société de législation comparée, 2009, p. 59 et s.
- **J.-M. ROY**, « La justice du XXIème siècle, la procédure et la démocratie », *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, sous la direction de I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER, Paris, 2016, p. 111 et s.
- **M. SAULIER**, « Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille », *Dr. fam.*, octobre 2017, n° 10, p. 14

- **L. SOUSA**, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances », *Procédures* juin 2016, Etude 6
- **Y. STRICKLER** « Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *Procédures*, n° 6, juin 2015, Etudes 6.
- **S. TANDEAU de MARSAC**, « La médiation internationale », *La médiation*, Paris, Dalloz, Société de législation comparée, 2009, p. 47 et s.
- **G. TAORMINA**, « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'*exequatur* des transactions de l'article 1441-4 NCPC », *D.* 2002, p. 2353
- **Ph. THÉRY** :
  - ⇒ « L'homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD. Civ.* 2015, p. 695 et s. spécialement deuxième paragraphe
  - ⇒ Ph. Théry, « Le juge dans le Code civil », *1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 657
- **J. THIERRY**, « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », *D.*, 1998, chron., p. 166.
- **S. THOURET**, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », *AJ fam.*, 2015, p. 212
- **J. TIMSIT**, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, 15 novembre 2001, n° 319, p. 53 et s.
- **A. TRANNOY et Y. DOUZAN**, « Aide juridictionnelle : assistance ou assurance », *Droit et économie du procès civil*, sous la direction de D. COHEN, Paris, 2010, LGDJ, Droit & économie, p. 41 et s.
- **J-Ph. TRICOIT**, « Médiateur(s), médiation(s) et procès équitable », *La médiation en matière civile et commerciale – Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en Méditerranée*, Paris, Bruylant, sous la dir. de F. OSMAN, préface de C. JARROSSON, 2012, p. 163 et s.
- **F. DE LA VAISSIÈRE** :
  - ⇒ « La loi Alur à l'épreuve du temps », *LPA*, 27 juin 2016, n°127, p. 7
  - ⇒ « Réforme de la procédure civile : jusqu'où ira-t-on ? », *AJDI*, 2017, p. 553
- **J. VALLANSAN**, « La conciliation : rapidité, souplesse et confidentialité ? », *Petites affiches*, 14 juin 2007, p. 9 et s.

- **J. VAYR**, « Le notaire qui est le conseil des familles, mais aussi l'homme du contrat, est tout à fait prêt à se positionner dans cette déjudiciarisation », *LPA*, 7 septembre 2017, p. 11
- **A. VIGNON-BARRAULT**, « Déjudiciarisation et droit des assurances », *La déjudiciarisation*, sous la direction de O. BOSKOVIC Marte & Martin, Droit privé et science criminelle, Paris, 2012, p. 341 et s.

➤ Textes officiels

- Arrêté du 12 février 2004 relatif à la création du DEMF
- Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JORF* 8 avril 2011 p. 6248 ; *Proc.* 2015, comm. 313, S. Deygas
- Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* 14 décembre 2011 p. 21105
- Décret n° 2013-1280, 29 décembre 2013, relatif à la suppression de la contribution pour l'aide juridique et à diverses dispositions relatives à l'aide juridique, *JORF* 30 déc., p. 22242
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* 18 mars 2014 p. 5400
- Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF* 21 août 2015 p. 14721
- Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, *JORF* 31 octobre 2015 p. 20408 ; S. Piédelièvre, « Le règlement amiable des litiges après l'ordonnance du 20 août 2015 », *Gaz. Pal.* 26 novembre 2015, n° 330, p. 4 ; E. Petit, « la médiation de la consommation : une procédure obligatoire pour toutes les entreprises à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016 », *D.* 2015, p. 2571
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> dans certains contentieux post-rupture, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016, et arrêté du 16 mars 2017
- Décret n° 2016-1581 du 23 novembre 2016 portant fixation du référentiel indicatif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-1 du code du travail, *JORF* n°0274 du 25 novembre 2016, texte n° 38

- Arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire, JUSC1633188A
- Circ. du 20 janvier 2017, n° JUST1701987C
- Circ. du 26 janvier 2017, n° JUSC1638274C
- Décret du n° 2017-1457 du 9 octobre 2017, *JORF* 11 oct. 2017, texte n° 9
- Arrêté du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale, *JORF* 8 mars 2018 texte n° 15

## II. Matière pénale

### Ouvrage généraux / Manuels

- **C. AMBROISE-CASTÉROT, Ph BONFILS**, *Procédure pénale*, Thémis droit, Paris, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2011, 416 p.
- **J.-L. BERGEL**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, 412 p.
- **B. BOULOC**, *Procédure pénale*, Dalloz., Coll. Précis, 26 éd., 2017, 1178 p.
- **L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI**, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., 2013, 998 p.
- **F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER**, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2015, 2416 p.
- **S. GUINCHARD, J. BUISSON**, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Manuel, 10<sup>e</sup> éd., 2014, 1510 p.
- **E. JEULAND**, *Droit processuel général*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2014, 734 p.
- **A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON**, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. Manuel, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, 947 p.
- **J. LEROY**, *Procédure pénale*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2017, 624 p.
- **R. MERLE et A. VITU**, *Traité de droit criminel, II, Procédure pénale*, Tome 2, 5<sup>ème</sup> éd., Cujas, 2001
- **J. PRADEL**, *Procédure pénale*, Cujas, 19<sup>e</sup> éd., 2017, 1088 p.

## Dictionnaires – Encyclopédies

- **C. AMBROISE-CASTÉROT**, V° « Action civile », *Rép. pén.* Dalloz, juin 2017.
- **A.-J. ARNAUD** (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 219
- **R. CABRILLAC**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2017, LexisNexis, 9<sup>ème</sup> éd., 2017, 530 p.
- **J.-P. CÉRÉ**, V° « Composition pénale », *Rép. pén.*, Dalloz, octobre 2014.
- **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, 1152 p.
- **S. GUINCHARD, Th. DEBARD** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25<sup>ème</sup> éd., 2017, 1180 p.
- **F. MOLINS**, V° « Action publique », *Rép. pén.*, Dalloz, novembre 2017
- **J.-B. PERRIER**, V° « Médiation pénale », *Rép. pén.*, Dalloz, octobre 2014
- **M. REDON**, V° « Transaction pénale », *Rép. pén.*, Dalloz, avril 2016

## Ouvrages spéciaux / Ouvrages collectifs

- **C. BECCARIA**, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris 1991, 187 p.
- **O. BOSKOVIC** (dir.), *La déjudiciarisation*, Paris, Ed. Mare & Martin, 2012, 477 p.
- **P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P. MILBURN**, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Doc. fr., Mission de recherche Droit et Justice, 2003, 287 p.
- **O. DÉCIMA** (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Actes du colloque organisé le 30 avril 2014 par l'École nationale de la magistrature (ENM) et l'Institut des sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux (ISCJ), Cujas, coll. Actes et études, 2015, 162 p.
- **M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY**, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, 191 p.
- **A. GARAPON**, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, 2010, Odile Jacob, 351 p.
- **A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABÉ**, *La prudence et l'autorité. Juges et procureurs du XXIème siècle*, préf. Ch. Taubira, Odile Jacob, 2014, 302 p.



- **A. GARAPON, P. SERVAN-SCHREIBER** (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l’obéissance mondialisée*, PUF 2013, 198 p.
- **J.-P. JEAN**, *Le système pénal*, Paris, La découverte, 2008, 122 p.
- **B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT** (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, 214 p.
- **P. MBANZOULOU**, *La médiation pénale*, 2<sup>e</sup> éd., 2004, coll. La Justice au quotidien, L’Harmattan, 118 p.

### Thèses / Monographies

- **Ph. BONFILS**, *L’action civile. Essai sur la nature juridique d’une institution*, préf. S. CIMAMONTI, PUAM, 2000, 646 p.
- **S.-M. CABON**, *La négociation en matière pénale*, LGDJ, 2016, 476 p.
- **R. CARIO**, *La médiation pénale : entre répression et réparation*, L’Harmattan, 1998, 240 p.
- **I. COLOMBANI**, *La place du consensualisme dans le droit pénal français*, Thèse, Université Aix-Marseille, 1991, 558 p.
- **R. DIJOUX**, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L’Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2012, 584 p.
- **Y. JOSEPH-RATINEAU**, *La privatisation de la répression pénale*, Connaissances et savoirs, 2017, 1126 p.
- **F. LUDWICZAK**, *Les procédures alternatives aux poursuites : une autre justice pénale*, L’Harmattan, 2015, 542 p.
- **O. MOUYSET**, *Contribution à l’étude de la pénalisation*, LGDJ, 2008, 540 p.
- **J.-B. PERRIER**, *La transaction en matière pénale*, préf. S. CIMAMONTI, LGDJ, 2014, 791 p.
- **X. PIN**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, 724 p.
- **M.-L. RASSAT**, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Paris, 1967, 283 p.
- **O. SAUTEL**, *Le double mouvement de dépenalisation et de pénalisation dans le nouveau Code pénal*, thèse, Montpellier I, 1998, 616 p.
- **C. VIENNOT**, *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, 605 p.

- **C. TZUTZUIANO**, *L'effectivité de la sanction pénale*, préface S. CIMAMONTI, 2015, thèse, Toulon, 574 p., à paraître 2018 aux éditions LGDJ

### Articles / Chroniques

- **M. ANCEL**, « La révision du programme minimum de défense sociale », *RSC* 1983, p. 533
- **A. ANDRÉ**, « Transaction pénale *versus* procès équitable », *D. actu.* 2 juin 2017
- **S. ALBERTIN**, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pén.* 2015, p. 354
- **F. ALT-MAES**, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002 p. 501
- **L. AUBERT**, « Systématisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique en trompe-l'œil », *Droit et Société*, 2010, p. 17
- **M. AUDIT, R. BISMUTH, A. MIGNON COLOMBET**, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G*, n° 1-2, 12 janvier 2015, p. 37
- **L. BELFANTI**, « De la révocabilité du rappel à la loi en particulier et des alternatives aux poursuites en général », *AJ Pénal* 2011, p. 584
- **P. BELLOIR**, « Nouvelle consécration du droit à un recours juridictionnel en matière d'actes d'enquête », *AJ Pén.* 2014, p. 368
- **G. BLANC**, « La médiation pénale », *JCP* 1994, p. 3760
- **Ph. BONFILS**, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 183
- **F. BOULAN**, « La transaction douanière », in *Études de droit pénal douanier, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, PUF, 1968, p. 219
- **S. BUSSY**, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale » *RSC*, 2007 p. 39
- **L. CADIET** :
  - « La déjudiciarisation. Rapport introductif », in O. Boskovic (dir.), *La déjudiciarisation*, Paris, Ed. Mare & Martin, 2012, p. 9
  - « Le spectre de la société contentieuse », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1997, pp. 29-50.

- **Y. CAPDEPON**, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. Pénal*, 2007, Étude 15, n° 8.
- **F. CASORLA**, « La justice pénale à l'épreuve du concept de « restaurative justice », *RPDP* 2000, p. 32
- **N. CATELAN**, « Les transactions devant l'ADLC et l'AMF : autorité ou influence sur le droit pénal ? », *AJ Pén.*, 2015, p. 467
- **J. CAZALA**, « La déjudiciarisation en matière de violation massive des droits de l'homme », in O. Boskovic (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012, pp. 415-440
- **J.-P. CÉRÉ, P. RÉMILLEUX**, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *AJ Pén.* 2003, p. 45
- **D. CHARMATZ**, « La place des victimes en dehors de l'audience correctionnelle : une simplification indispensable », *Dr. Pén.*, 2017, n° 11, p. 8
- **Y. CHARPENEL**, « Présentation de la médiation pénale », in *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 69 et s.
- **S. CHASSAGNARD-PINET**, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 241
- **J.-Y. CHEVALIER**, « Le parquetier et la troisième voie », *Rev. Pénit.*, 2003, p. 629
- **S. CIMAMONTI**,
  - « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ Pén.* 2015, p. 460
  - « Le Conseil d'État et la transaction pénale par officier de police judiciaire : acte 2 », *Lexbase éd. priv.* 2017, n° 705, LXB : A8527WD
  - « Domaine et mise en œuvre de la déjudiciarisation », in *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice*, Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson, F. Renucci, S. Zientara-Logeay (dir.), Paris, LexisNexis, 2018, pp. 457-466
- **A. CISSE**, « Justice transactionnelle et justice pénale », *RSC*, 2001, p. 509
- **L. COHEN-TANUGI, E. BREEN**, « Le Deferred prosecution agreement américain. Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », *JCP G*, 2013, n° 38, p. 954
- **R. COLSON, S. FIELD**, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010, p. 365
- **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*, PUAM, 2007, p. 189

- **T. COUSTET**, « La médiation familiale s'ouvre aux professions juridiques réglementées », *D. actu.* 5 mars 2018
- **J.-C. CROCQ** :
  - « Du droit de la transaction au droit à la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives et simplifiées » *AJ Pén.*, 2015, p. 465
  - « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant », *RSC* 2015, p. 595
- **C. CUTAJAR**, « Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ Pén.*, 2012, p. 124
- **J. DANET**, « Le rappel à la loi préambule ou “alternative” aux poursuites, au choix du ministère public », *RSC* 2011, p. 660
- **D. DECHENAUD**, « Les voies alternatives », in MALABAT (V.), DE LAMY (B.), M. GIACOPELLI, *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, 2011, p. 218
- **A. DECOCQ**, « La dépénalisation du droit de la concurrence », *Rev. jur. com.* 2001, n° 11, p. 89
- **G. DEHARO**, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *LPA* 13 févr. 2012, p. 3
- **V. DERVIEUX**, « La transaction pénale générale (TPGL) : nouvel outil de l'arsenal pénal alternatif », *Gaz. Pal.* 28 novembre 2015, n° 332, p. 5
- **F. DESPREZ**, « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », *D.* 2011, p. 2379
- **S. DETRAZ**,
  - « La juridiction pénale saisie de la seule action civile : une situation en voie de généralisation », *Proc.* 2008, étude n° 10
  - « Transaction pénale par OPJ : décret d'application Aperçu rapide », *JCP G* n° 52, 21 décembre 2015, p. 1416
- **E. DEZEUZE**, « Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public », *JCP G*, 2017, n° 3, doct. 64
- **E. DREYER**, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G*, avril 2008, n°14, doct. 131, p. 21
- **P. DUFOURQ**, « Réflexions autour de la première convention judiciaire d'intérêt public », *D. actu.* 7 décembre 2017
- **F. ENGEL** :
  - « Un pas de plus vers la mise en conformité aux droits de la défense », *AJ Pénal* 2017, p. 409

- « Transaction pénale : vers une meilleure prise en compte des droits de la défense ? », *AJ Pénal*, 2016, p. 54
- **J. FAGET**, « Les « accommodements » de la médiation pénale », *RSC*, 2009, p. 981 et s.
- **A. FALZOÏ**, « La pénalisation, âme d'une judiciarisation de la société française », *RPDP* 2008, doct. p. 531
- **F. FOURMENT**, « De quoi la transaction pénale est-elle le nom ? », *Gaz. Pal.* 3 novembre 2015, n° 307, p. 3
- **S. GALLOIS**, « Vers une justice pénale transactionnelle ? », *Lexbase Pénal*, éd. n° 3, 22 mars 2018
- **A. GAUDEMET, A. DILL**, « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *JCP G*, n° 51, 18 décembre 2017, 1331, p. 2298
- **V. GAUTRON**, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil », *APC*, 2008, vol. 30, p. 201
- **V. GAUTRON, J.-N. RETIÈRE**, « Le traitement pénal aujourd'hui : juger ou gérer ? Présentation du dossier », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, p. 579
- **M. GIACOPELLI**, « Les procédures alternatives aux poursuites, essai d'une théorie générale », *RSC*, 2012, p. 505
- **H. GROUDEL**, « L'accès aux tiers payeurs devant les juridictions répressives », *RCA*, 1990, chron. 13
- **S. GUINCHARD**, « L'avenir du juge », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 171
- **M. GUYOMAR**, « Les conditions de la transaction pénale », *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1261
- **A. JEAMMAUD**, « Judiciarisation/déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice*, L. CADIET (dir.), 2004, p. 677
- **J.-P. JEAN**, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ Pénal* 2006, p. 473
- **N. JEANNE**, Réflexion sur la transaction pénale par officier de police judiciaire, *RSC*, 2016, p.1
- **Y. JOSEPH-RATINEAU**, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du Parquet », *D.* 2008, p.1035
- **C. LACROIX**, « Aider et défendre les victimes : pour un ancrage durable de l'effectivité du droit des victimes », *AJ Pén.*, 2015, p.12
- **X. LAGARDE**, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 218

- **B. de LAMY :**
  - « Procédures et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale) » in CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p.149
  - « Où l'on apprend que la transaction pénale n'est pas pénale...parce que l'intéressé consent », *RSC*, 2015, n° 3, p. 711
  - « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC*, 2017, n° 2, p. 389
- **M. LANGER**, « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », *RSC* 2014, p. 707
- **J. LAPLANTE**, « Actualités bibliographiques : la déjudiciarisation : sa portée au niveau communautaire (aux États-Unis) », *Déviante et société*, 1977, n° 4, p. 460
- **C. LAZERGES**, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC*, 1997, p. 186
- **T. LEBÉHOT**, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pén.* 2011, p. 216
- **J. LEBLOIS-HAPPE :**
  - « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC*, 1994, p. 525
  - « De la transaction pénale à la composition pénale – Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G*, 2000, I, 198
- **J. LEROY**, « La déjudiciarisation en matière pénale », in BOSKOVIC (O.) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2013, pp. 329-340
- **G. LEVASSEUR**, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *RSC* 1991, p. 9
- **D. LUCIANI**, « Les alternatives aux poursuites pénales », in CHEVALIER (P.) Chevalier, DESDEVISES (Y.), MILBURN (P.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Doc. Fr., Mission de recherche Droit et Justice, 2003, p. 117 s.
- **C. MIANSONI**, « La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ », *AJ Pén.*, 2015, p. 469
- **A. MIGNON-COLOMBET :**
  - « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ Pén.*, 2017, p. 68

- « La justice négociée en France : un modèle en construction pour les entreprises », in GAUDEMET (A.) (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit* », éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 67
- **A. MIGNON-COLOMBET, F. BUTHIAU**, « Le Deferred Prosecution Agreement américain, une forme inédite de justice négociée », *JCP G* 2013, p. 621
- **C. MOUHANNA, B. BASTARD**, « Procureurs et substituts : l'évolution du système de production des décisions pénales », *Droit et Société*, 2010, n° 75, p. 35
- **J. MUCCHIELLI**,
  - « Un an après son application, un millier de contraintes pénales prononcées en France », *Dalloz Actu.*, 5 oct. 2015
  - « Les avocats s'opposent au projet de loi de programmation pour la justice », *D. actu* 21 mars 2018
- **Y. NOUVEL**, « L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », *Procédures*, 2007, étude 18
- **J.-M. PASTOR**, « La transaction pénale rattrapée par le droit au procès équitable », *AJDA*, 2017, n° 20, p. 1144
- **G. PELLEGRIN**, « Loi Sapin 2 - Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP G*, n° 3, 16 janvier 2017, doct. 64, p. 101
- **V. PELTIER, E. BONIS-GARÇON**, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er janvier 2017, n° 54, p. 101
- **B. PERREIRA**, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.*, 2005, p. 2041
- **J.-B. PERRIER** :
  - « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *D.*, 2011, Point de vue 2349
  - « La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ? », *D.* 2014, p. 2182
  - « La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel », *D.* 2014, p. 2503
  - « Progrès et regrets concernant le droit à l'information en matière de transaction pénale », *D.* 2014, p. 998
  - « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ Pén.*, 2015, p. 474

- « Décret relatif à la transaction « pénale » : entre déception(s) et consolation », *D.* 2016, p. 135
- « Transaction pénale et corruption : entre pragmatisme et dogmatisme », *D.* 2016, p. 1318
- « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *D.*, 2016, p. 2545
- « Victime, alternative aux poursuites et poursuites alternatives », in C. RIBEYRE (dir.) *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 171
- « La transaction pénale et le droit à l'assistance d'un avocat », *RFDC*, 2017, n° 109, p. 237
- « La transaction pénale et les apports du Conseil d'Etat », *D.* 2017, p. 1744
- « Diversification et simplification des procédés déjudiciarisés », à paraître 2018 in actes des *Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice* (30 janvier-2 février 2017)
- « Justice en boîte », *D.* 2018, p. 505.
- **V. PERROCHEAU**, « La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ? », *Droit et société*, 2010, n° 44, p. 55
- **X. PIN**, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245
- **S. POKORA**, « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58
- **P. PONCELA**,
  - « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC*, 2002, p. 638
  - « La procédure pénale au prisme de la Loi Perben II », *Droit et Société*, 2005, n° 60, p. 473
- **A. PONSEILLE**, « Conseil constitutionnel, 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC, Syndicat de la magistrature et autre », *Constitutions* 2016/4, p. 642
- **J. PRADEL**,
  - « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, p. 1
  - « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *RID pén.* vol. 66, 1995, p. 323
- **Ch. RADÉ**, « Les effets de la transaction », In V. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (sous la dir. de) *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 87
- **E. RASCHEL**, « Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJ Pén.* 2015, p. 463



- **D. REBUT :**
  - « Les entreprises au service de la lutte contre la corruption : commentaire des mesures anticorruption de la loi Sapin 2 », *BJB* 2017, p. 48
  - « La convention judiciaire d'intérêt public au service du budget de l'État », Club des juristes 4 décembre 2017 et *JCP G* n° 49, 4 décembre 2017, doctr. 1297, p. 2241
- **Th. REVET**, « Aide juridique : loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits », *RTD civ.* 1999, p. 220
- **J.-H. ROBERT :**
  - « Réforme pénale - Punir dehors (commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014) », *Droit pénal* n° 9, sept. 2014, étude 16, p. 6
  - « Réparation d'une omission : le Conseil constitutionnel valide, par la bande, la transaction pénale instituée par la loi du 15 août 2014 », *Dr. pén.*, 2014, n° 11, p. 28
  - « Transaction en matière d'environnement », *RSC*, 2014, n° 4, p. 785
- **H. ROUIDI**, « Du pouvoir de l'OPJ de transiger sur l'action publique », *Dr. Pén.* 2016, étude n°2.
- **G. ROUSSEL**, « L'essor de l'ordonnance pénale délictuelle », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, p. 607
- **S. ROZÈS**, « Une entreprise en activités judiciaires », *RFAP* 1991, p. 5
- **C. SAAS :**
  - « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p. 827
  - « Droits de la défense et alternatives aux poursuites : des (r)apports réciproques au soutien d'une politique criminelle pragmatique », *APC*, 2015/1 (n° 37), pp. 69-81
- **J.-C. SAINT-PAU**, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. Pén.*, 2007, n° 9, étude 14
- **O. SAUTEL**, « Les alternatives aux poursuites, un exemple de "dérive" », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 797
- **M. SEGONDS :**
  - « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *Droit pénal* 2017, n° 2, étude 4, p. 13
  - « De l'art de l'ombre au l'art du clair-obscur », *Dr. pénal* janvier 2018, comm. 14
- **V. TELLIER-CAYROL, M. NORQUET**, « Une décennie de réponse pénale », *Gaz. Pal.*, 21 août 2014 n° 233, p. 4

- **M. THOMAS**, « La pratique de la transaction en matière environnementale », *AJ Pén.*, 2015, p. 473
- **S. VAN PRAET**, « L'évaluation de la justice pénale aux prises avec la satisfaction des usagers », *Rev. Dr. pén. crim.* 2005, p. 603
- **E. VERGÈS** :
  - « Procès civil, procès pénal : différents mais pourtant si semblables », *D.* 2007, p. 1441 et s.
  - « Un *corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations », *RSC* 2013, p. 121
  - « La procédure pénale hybride À propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *RSC* 2017, p. 579
- **J. VERIN**, « La médiation à San Francisco, à New York et à Kitchener », *RSC*, 1983, p. 293 et s.
- **J. VOLFF**, « L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D.*, 2003, chron., p. 2777
- **J. WALTHER**, « À justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC*, 2007, p. 23 et s.

## Rapports

- **J. BEAUME et F. NATALI**, *Chantiers de la justice Amélioration et simplification de la procédure pénale*, Ministère de la justice, janvier 2018
- **J.-M. COULON (dir.)**, *La dépenalisation de la vie des affaires*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2008
- **J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-HEVANS, Y. LE GALL**, *Prescription, amnistie et grâce en France* (synthèse), Mission de recherche Droit et Justice, 2006
- **P. DELMAS-GOYON**, « Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle » *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013, 128 p.
- **S. GUINCHARD**, *Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La doc. Fr., 2008
- **Ph. LEGER**, *Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, La documentation française, septembre 2009, 59 p.
- **J.-L. NADAL**, *Refonder le ministère public*, 2013
- **F. ZOCCHETTO**, *Juger vite, juger mieux ? Rapport d'information sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*, Paris, Les rapports du Sénat, 2005-2006, n° 17

- *Conférence de consensus - Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, Rapport remis au Premier ministre, fév. 2013
- Assemblée nationale, rapport d'information n° 595 du 25 janvier 2018 en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants

## **Textes législatifs et réglementaires**

### **A. Lois organiques**

- **Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011** relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497

### **B. Lois ordinaires**

- **Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991** relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, *JORF* n°1 du 1 janvier 1992, p. 12
- **Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993** portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0003 du 4 janvier 1993, p. 215
- **Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998** relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, *JORF* n°296 du 22 décembre 1998, p. 19343
- **Loi n° 99-515 du 23 juin 1999** renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JORF* du 24 juin 1999, p. 9247
- **Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002** d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* n° 211 du 10 septembre 2002, p. 14934
- **Loi n° 2005-882 du 2 août 2005** en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 0179 du 3 août 2005, p. 12639
- **La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006** renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises sur les mineurs, *JORF* n°81 du 5 avril 2006, p. 5097
- **Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007** tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JORF* 6 mars 2007 p. 4206
- **Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007** relative à la prévention de la délinquance, *JORF* n° 0056 du 7 mars 2007, p. 4297

- **Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011** relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* n° 0289 du 14 décembre 2011, p. 21105
- **La loi n° 2012-304 du 6 mars 2012** relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif, *JORF* n° 0057 du 7 mars 2012, p. 4200
- **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, *JORF* n° 0181 du 6 août 2013, p. 13338
- **Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013** relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* n° 0284 du 7 décembre 2013, p. 19941
- **Loi n° 2014-813 du 4 août 2014** pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949
- **Loi n° 2015-990 du 6 août 2015** pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537
- **Loi n° 2014-896 du 15 août 2014** relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* du 17 août 2014, p. 13647
- **Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016** de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016
- **Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016** relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016
- **Loi n° 2017-259 du 28 février 2017** relative à la sécurité publique, *JORF* 1<sup>er</sup> mars 2017, texte n° 3
- **Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022** (version diffusée par le ministère de la justice le 9 mars 2018)

### C. Ordonnances

- **Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945** relative à l'enfance délinquante, *JORF* du 4 février 1945, p. 530
- **Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012** portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, *JORF* n° 0010 du 12 janvier 2012, p. 564

- **Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012** relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, *JORF* n° 0062 du 13 mars 2012, p. 4533

#### **D. Décrets**

- **Décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013** portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale, *JORF* n° 0251 du 27 octobre 2013, p. 17550
- **Décret n° 2014-368 du 24 mars 2014** relatif à la transaction pénale prévue à l'article L. 173-12 du code de l'environnement, *JORF* n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5957
- **Décret n° 2015-1272 du 13 octobre 2015** pris pour l'application des articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure, *JORF* n° 0239 du 15 octobre 2015, p. 19102
- **Décret n° 2017-429 du 28 mars 2017** pris pour l'application des articles 495-25 et 706-111-1 du code de procédure pénale, *JORF* n°0076 du 30 mars 2017
- **Décret n° 2017-660 du 27 avril 2017** relatif à la convention judiciaire d'intérêt public et au cautionnement judiciaire, *JORF* n° 0101 du 29 avril 2017
- **Décret n° 2017-683 du 28 avril 2017** tirant les conséquences de la suppression des juridictions de proximité et des juges de proximité, *JORF* n° 0102 du 30 avril 2017

#### **E. Circulaires**

- **Circulaire du 2 octobre 1992** relative aux réponses à la délinquance urbaine, NOR : JUSD9230022C
- **Circulaire du 11 juillet 2001**, présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001, NOR : JUSD0130103C
- **Circulaire du 15 mars 2017** relative à la mise en œuvre de la justice NOR : JUST1708302C
- **Circulaire du 12 mai 2017** sur les mesures alternatives aux poursuites et référentiel, NOR : JUSD1714357C
- **Circulaire du 31 janvier 2018** relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la

transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique,  
JUSD1802971C

## **Jurisprudence :**

### **A. Conseil constitutionnel**

- **Cons. constit., 2 février 1995, n° 95-360 DC**, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, *JORF* du 7 février 1995, p. 2097 ; *D.* 1995, p. 171, note J. Pradel ; *ibid.*, p. 201, note J. Volff ; *RFDC*, 1995, p. 405, obs. Th. S. Renoux ; *Justices*, 1995, p. 302, note Y. Mayaud ; *LPA*, 20 octobre 1995, p. 4, comm. B. Mathieu et M. Verpeaux
- **Cons. constit., 16 juin 1999, n° 99-411 DC**, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, *JORF* du 19 juin 1999, p. 9018
- **Cons. constit. 23 juillet 1999, n° 99-416 DC**, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *JORF* du 28 juillet 1999, p. 11250
- **Cons. constit., 29 août 2002, n° 2002-461 DC**, *Loi d'orientation et de programmation pour la Justice*, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14953
- **Cons. constit., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC**, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *JORF* du 10 mars 2004, p. 4637, texte n° 4 ; *D.* 2004, p. 2756, obs. B. de Lamy ; *JCP G*, 2004, II 10049, note J.-Cl. Zarka ; *RSC*, 2005, p. 122, obs. V. Bück ; *RTD civ.* 2005, p. 553, obs. R. Encinas de Munagorri
- **Cons. constit., 8 décembre 2005, n° 2005-527 DC**, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *JORF* du 13 décembre 2005, p. 19162, texte n° 3
- **Cons. constit., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC**, *Loi pour l'égalité des chances*, *JORF* du 2 avril 2006, p. 4964, texte n° 2
- **Cons. constit., 11 avril 2014, n° 2014-390 QPC**, *M. Antoine H*, *JORF* du 13 avril 2014 p. 6693, texte n° 14
- **Cons. constit., 9 juillet 2014, n° 2014-406 QPC**, *M. Franck I*, *JORF* du 11 juillet 2014 p. 11613, texte n° 120
- **Cons. constit., 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC**, *Association France Nature Environnement*, *JORF* du 28 septembre 2014 p. 15791, texte n° 50

- **Cons. constit., 23 septembre 2016**, n° 2016-569 QPC, *Syndicat de la magistrature et autre*, *JORF* n° 0224 du 25 septembre 2016, texte n°29 ; *D.* 2016, p. 2545, nos obs. ; *AJDA* 2016, p. 1779 ; *Constitutions* 2016, p. 642, chron. A. Ponseille ; *RSC* 2017, p. 389, obs. B. de Lamy ; *AJ Pénal* 2016, p. 546, obs. F. Engel
- **Cons. constit., 4 décembre 2013**, décision n° 2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, *JORF* du 7 décembre 2013, p. 19958, texte n° 8
- **Cons. constit., 8 décembre 2017**, n° 2017-680 QPC, *Union syndicale des magistrats*, *JORF* n° 0287 9 décembre 2017

## **B. Cour européenne des droits de l'homme**

- **CEDH, 21 février 1975**, *Golder c/ Royaume Uni*, req. n° 4451/70, série A, n° 18
- **CEDH, 27 février 1980**, *Deweert c/ Belgique*, série A, n° 35
- **CEDH, 25 février 1992**, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, req. n° 10802/84, série A n° 227

## **C. Cour de cassation**

### *1. Chambre criminelle*

- **Cass. crim., 10 mai 1990**, n°89-82.856, *Bull. crim.* n° 183 ; *RTD civ.* 1990, p. 672, obs. P. Joudain
- **Cass. crim., 24 juin 2008**, n° 07-87.511, *Bull. crim.* n° 162 ; *Gaz. Pal.* 28 septembre 2008, p. 7, note S. Detraz ; *AJ Pénal*, 2008, p. 422, note C. Saas ; *Droit pénal*, 2008, comm. 147, obs. A. Maron et M. Haas ; *D.* 2009, p. 44, obs. P. Chaumont et E. Degorce
- **Cass. crim., 22 septembre 2009**, n° 08-83.166
- **Cass. crim., 30 nov. 2010**, n° 10-80.460, *Bull. crim.* n° 190
- **Cass. crim., 21 juin 2011**, n° 11-80.003, *Bull. crim.* n° 141.
- **Cass. crim., 17 janvier 2012**, n° 10-88226, *Bull. crim.*, n° 12
- **Cass. crim., 14 mars 2018**, n° 16-82117

## 2. *Chambres civiles*

- **Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 avril 2013**, n° 12-13.672, *Bull. civ. I*, n° 80 ; *JCP G*, 2013, 467 ; *D.* 2013, p. 1663, nos obs. ; *AJ Pénal*, 2013, p. 422, obs. S. Lavric ; *LPA*, 26 sept. 2013, p. 8, note F. Ludwiczak

## 3. *Chambre sociale*

- **Soc., 13 janvier 2009**, n° 07-44.718, *D.* 2009, p. 709, obs I. Beyneix, J. Rovinski ; *Bull. civ.*, V, n° 1

## **D. Conseil d'État**

- **CE, 27 mai 2015**, n° 380652
- **CE, 24 mai 2017**, req. n<sup>os</sup> 395321 et 395509



## Table des matières

<i>Liste des contributeurs et des participants à la recherche</i> .....	5
<i>Sommaire</i> .....	7
<i>Cadre de la recherche et méthodologie</i> .....	9
<b>Introduction</b> .....	11
<b>Chapitre 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation</b> .....	<b>19</b>
Section 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile .....	19
I. Notion retenue.....	19
A. Soustraire à la justice en général .....	20
B. Soustraire à la justice judiciaire en particulier.....	22
II. Distinction avec la « déjuridictionnalisation » .....	23
Section 2 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale.....	24
I. <i>Déjudiciarisation</i> .....	27
II. <i>Déjudiciarisation</i> .....	29
A. La déjudiciarisation au sens strict : la diminution (du rôle) du juge pénal.....	30
B. La déjuridictionnalisation : la disparition (du rôle) du juge pénal.....	34
III. La <i>déjudiciarisation</i> .....	37
<b>Notion et définition de la déjudiciarisation : Synthèse</b> .....	41
<b>Chapitre 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation</b> .....	<b>45</b>
Section 1 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière civile .....	45
I. Rationaliser le fonctionnement de la justice ? .....	47
A. Rationaliser le temps et l'argent ? .....	47
B. Rationaliser l'office du juge ?.....	51
II. Renforcer les axes d'évolution du droit civil ?.....	57
A. Renforcer la contractualisation ?.....	57
B. Renforcer la pacification ?.....	63
Section 2 : Rôle et intérêt de la déjudiciarisation en matière pénale.....	70
I. La déjudiciarisation pénale, un symbole.....	72
A. Efficacité.....	73
1. Prolégomènes .....	73
2. Objectifs .....	74
B. Privatisation .....	79
1. Privatisation par les parties y ayant recours .....	79
2. Privatisation par les outils mobilisés .....	81
II. La déjudiciarisation pénale, un symptôme .....	84
A. Une réflexion par les moyens .....	85
1. Une rationalité économique.....	85
2. Une alternative probatoire .....	87

B. Une réflexion sans fin ? .....	88
1. Cœur de métier ? .....	88
2. Quelle justice ? La forme sans le fond ? .....	90
3. Quels droits fondamentaux ? .....	91
<b>Rôle et intérêt de la déjudiciarisation : Synthèse .....</b>	<b>94</b>
<b>Chapitre 3 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation.....</b>	<b>99</b>
Section 1 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation en matière civile .....	99
I. Les incitations à la déjudiciarisation .....	99
A. Les incitations légales.....	99
1. Les incitations indirectes : les barèmes .....	99
2. Les incitations à recourir à un mode amiable avant de saisir le juge .....	100
3. La convention de procédure participative de mise en état .....	101
B. Les incitations judiciaires .....	103
1. Le pouvoir du juge de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice (art. 129-2 et suivants du code de procédure civile) .....	103
2. Les pouvoirs d'invitation et d'injonction du juge aux affaires familiales.....	104
a. Le juge propose une mesure de médiation .....	104
b. Le juge enjoint de rencontrer un médiateur familial pour information.....	104
c. Le juge propose une mesure de médiation et enjoint de rencontrer un médiateur familial qui informe.....	105
d. Le juge homologue l'accord des parties selon une procédure simplifiée.....	106
e. Le juge décide de l'irrecevabilité de la demande en cas d'absence de tentative préalable de médiation familiale .....	107
II. Les contraintes en vue d'une déjudiciarisation.....	109
A. Les préalables obligatoires de conciliation ou de médiation.....	109
1. L'obligation légale de tenter une médiation ou une conciliation préalable à la saisine du juge .....	109
a. La tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance .....	110
b. La tentative de médiation préalable en matière familiale (TMFPO).....	112
2. La clause imposant une tentative préalable de règlement amiable du litige .....	114
B. La déjudiciarisation par exclusion du juge : la résolution des différends confiée aux professionnels du droit .....	116
1. Le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire.....	116
a. Possibilité limitée de déjudiciariser le divorce .....	116
b. Aide juridique accordée pour le processus extrajudiciaire.....	117
c. Un processus conventionnel encadré.....	118
d. Re-judiciarisation en cas de demande d'audition du mineur .....	119
e. Obtention d'un titre exécutoire extrajudiciaire.....	120
2. Le recouvrement simplifié des petites créances .....	123
3. Le titre exécutoire délivré par le directeur de la CAF pour les pensions alimentaires .....	125
Section 2 : Domaine et méthodes de la déjudiciarisation en matière pénale .....	127
I. Le champ de la déjudiciarisation en matière pénale .....	129
A. Diversité des domaines de déjudiciarisation .....	130

1. <i>Ratione materiae</i> .....	130
a. Des choix ciblés.....	130
b. Une logique de généralisation .....	135
α. Généralisation et domaine spécifique déjudiciarisé .....	135
β. Généralisation hors domaine spécifique .....	137
2. <i>Ratione personae</i> .....	139
B. Diversité des modèles de déjudiciarisation.....	144
II. La mise en œuvre de la déjudiciarisation en matière pénale .....	146
A. Les difficultés .....	146
1. En amont : le recours à la déjudiciarisation .....	146
a. Obstacles juridiques.....	146
b. Résistances d’opportunité.....	148
2. En aval : la réception de la déjudiciarisation.....	150
B. Les incohérences.....	153
1. Incohérences et rédaction d’un texte .....	153
2. Incohérence et rapprochement des textes .....	155
<b>Domaine et méthodes de la déjudiciarisation : Synthèse.....</b>	<b>158</b>
I. Typologie et prévalence de méthodes de déjudiciarisation .....	158
II. Critères de choix et développement des domaines déjudiciarisés .....	163

## **Chapitre 4 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé..... 169**

Section 1 : Droits des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière civile.....	169
I. Les droits des parties au mode déjudiciarisé.....	171
A. L’application réservée des règles processuelles .....	171
1. Les droits exclus : la différence entre procès et discussion.....	172
2. Les droits repris soumis à un aménagement : la garantie d’une discussion sereine .....	175
B. L’emprise discutée du droit des contrats .....	178
1. L’incidence de l’homologation sur les droits des parties .....	179
2. La remise en cause de l’acte par les parties : l’intérêt de l’action en nullité.....	181
II. Les droits des tiers face à la déjudiciarisation .....	185
A. Le droit à une éviction de la déjudiciarisation.....	187
1. L’éviction par l’impossibilité d’un acte .....	187
2. L’éviction par le retour du juge.....	188
a. L’obligation de revenir vers le juge.....	189
b. La faculté de revenir vers le juge .....	190
B. Le droit à l’information .....	190
1. Les mesures de publicité .....	191
2. L’information de l’enfant .....	193
C. Le droit à un recours .....	194
1. L’action paulienne.....	194
a. L’accord ne faisant pas l’objet d’une homologation ou d’une constatation judiciaire.....	194
b. L’acte soumis au juge.....	195
2. L’action en nullité .....	198

Section 2 : Droit des parties et des tiers au mode déjudiciarisé en matière pénale .....	200
I. Les droits des parties aux modes déjudiciarisés en matière pénale .....	202
A. La protection des droits de l'auteur des faits .....	203
1. Droits de la défense .....	204
2. Droit d'accès au juge .....	209
B. La préservation des droits de la victime partie à un accord .....	214
1. Les droits lors du processus de médiation .....	215
2. Droits à la suite de la conclusion de l'accord .....	216
II. Les droits des tiers aux modes déjudiciarisés en matière pénale .....	218
A. La victime .....	219
1. Droit à l'information .....	220
2. Droit à réparation .....	222
a. La réparation de la victime permise par le procédé déjudiciarisé .....	223
b. La réparation de la victime préservée en dehors de la mesure déjudiciarisée .....	227
B. Les autres tiers .....	230
1. Droit d'intervention .....	231
2. Droit à restitution .....	234
<b>Droit des parties et des tiers au mode déjudiciarisé : Synthèse .....</b>	<b>237</b>
I. Amélioration des droits des parties .....	238
II. Préservation des droits des tiers .....	241
<b>Chapitre 5 : Efficacité des modes déjudiciarisés .....</b>	<b>243</b>
Section 1 : Efficacité des modes déjudiciarisés en matière civile .....	243
I. L'efficacité des techniques légales de déjudiciarisation .....	246
A. Les mesures destinées aux parties .....	246
1. L'efficacité des incitations .....	246
2. L'efficacité des obligations .....	248
B. Les mesures destinées au juge .....	249
II. L'efficacité des techniques conventionnelles de déjudiciarisation .....	252
A. L'efficacité des conventions de substitution au procès .....	252
1. Force obligatoire et sanctions contractuelles .....	253
2. Force obligatoire et sanction processuelle .....	254
B. L'efficacité des conventions de substitution au jugement .....	257
1. L'autorité de chose contractée .....	257
2. La force exécutoire .....	260
Section 2 : Efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale .....	264
I. Le respect d'une logique quantitative de gestion du contentieux pénal .....	266
A. L'indéniable apport d'une réponse pénale par la voie des modes déjudiciarisés ..	266
1. La hausse significative du nombre de réponses pénales depuis l'instauration des	
modes déjudiciarisés .....	267
2. Une hausse du nombre de réponses pénales attribuable aux modes déjudiciarisés	
.....	270
B. Un contournement du système judiciaire perfectible .....	272
1. La possible suppression de l'intervention du juge du siège .....	273
2. La souhaitable reconnaissance de l'effet extinctif des modes déjudiciarisés sur	
l'action publique .....	277

II. Le respect d'une logique qualitative de gestion du contentieux pénal .....	280
A. La recherche de l'adhésion de l'intéressé à la mesure proposée .....	280
1. Une adhésion probable en présence de mesures adaptées.....	281
2. Une adhésion probable sous réserve du respect des droits de l'intéressé .....	284
B. La recherche d'une meilleure prise en compte des victimes .....	288
1. La préservation des droits de la victime.....	288
2. La réparation du dommage causé à la victime .....	290
<b>Efficacité des modes déjudiciarisés : Synthèse .....</b>	<b>292</b>
I. Quelle efficacité ? .....	293
II. Quelle déjudiciarisation ? .....	294
III. Quelle mesure ? .....	295
<b>Chapitre 6 : Synthèse générale.....</b>	<b>297</b>
I. La prudence : le développement de la déjudiciarisation .....	299
II. La nécessité : l'encadrement de la déjudiciarisation .....	304
<i>Annexe 1 : Les enjeux de la déjudiciarisation .....</i>	<i>311</i>
<i>Annexe 2 : Analyse statistique des réponses au questionnaire sur la déjudiciarisation ....</i>	<i>323</i>
<i>Annexe 3 : Tables rondes - rencontres avec les professionnels et spécialistes .....</i>	<i>339</i>
<i>Annexe 4 : Le divorce sans juge en droit comparé : institutions équivalentes ? .....</i>	<i>339</i>
I. Nature juridique du divorce sans juge en droit espagnol .....	342
A. Terminologie .....	342
B. Système.....	342
C. Le divorce sans juge : un divorce contractuel ?.....	343
II. Conditions exigées pour le divorce extrajudiciaire .....	345
A. Un délai de trois mois.....	345
B. Accord des conjoints.....	346
C. Absence ou non des enfants.....	346
III. Procédure.....	348
A. L'intervention du notaire.....	348
B. L'assistance d'un avocat.....	350
C. Intervention personnelle ou par représentation.....	351
D. Procédure.....	351
IV. Contenu et effets de l'accord de divorce.....	352
A. Questions formelles.....	352
B. Contenu obligatoire .....	353
C. Effets.....	353
<b><i>Bibliographie .....</i></b>	<b><i>355</i></b>
I. Matière civile .....	355
II. Matière pénale .....	379
<b><i>Table des matières .....</i></b>	<b><i>397</i></b>