États de droits
REGARDS SUR LA JUSTICE

Défendre

Pour une défense pénale critique

Jean Danet

2e édition
2004

DALLOZ

Les nouvelles scènes de la culpabilité

Depuis 1999, le législateur a cherché le moyen d'apporter une réponse judiciaire à tous les délits dont l'auteur identifié pouvait être poursuivi. Quelle était l'idée de départ ? Nous avons vu qu'il n'était pas possible d'espérer traiter ces affaires par les procédures classiques de la comparution en correctionnelle même en portant la compé-

tence du juge unique à son extension optimale. Au surplus, beaucoup s'accordaient à penser que certains de ces délits pour lesquels la loi prévoit pourtant des peines d'emprisonnement ne recouvrent pas dans la réalité un tel degré de gravité qu'ils doivent nécessairement donner lieu à un procès en correctionnelle. Des infractions relevées massivement comme certaines conduites en état d'alcoolémie commises par des « délinquants primaires » justifiaient certes au plan de la prévention que des efforts soient faits sur la rapidité de la réponse mais ne pouvaient-elles pas en revanche relever d'un autre traitement que l'audience correctionnelle classique ? Il en était de même pour les nombreux faits d'usage de stupéfiants classés sans suite.

Plusieurs pistes s'ouvraient au législateur. Il n'en a finalement exclu aucune ajoutant au fil des années des solutions inspirées d'approches diverses. Au plan des circuits procéduraux, rappelons que le parquet dispose d'abord des solutions offertes par la troisième voie, c'est-à-dire des alternatives aux poursuites : rappel à la loi, classement sous condition de régularisation ou de réparation, médiation pénale, injonction de soins, orientation sanitaire et sociale, et enfin composition pénale. Il dispose ensuite de procédures nouvelles dans l'exercice des poursuites. En certains cas la « procédure simplifiée » ou ordonnance correctionnelle qui sauf opposition du prévenu permet un traitement écrit, non contradictoire du dossier et enfin de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Ces pistes ont en commun d'avoir imaginé de nouveaux circuits. Une autre piste consiste à modifier les acteurs de ce traitement. Elle recouvre les précédentes lorsque, dans la troisième voie, le parquet se charge du rappel à la loi ou du classement sous condition, évitant ainsi le recours au juge du siège. Mais elle a pris aussi la forme de la création de nouveaux acteurs : les délégués du procureur pour le parquet et les juges de proximité pour le siège. Ici l'approche recoupe partiellement la précédente lorsque les délégués du procureur et les juges de proximité deviennent les acteurs ou les exécutants de la composition pénale. De nouveaux circuits, de nouveaux acteurs en charge de la réponse pénale, et de nouveaux acteurs en charge de ces nouveaux circuits. Quelle place la défense se voit-elle concédée sur ces nouvelles scènes judiciaires ?

> *Les alternatives aux poursuites et la composition pénale*

Avec 2 960 000 procédures alternatives et compositions pénales pour 624 000 affaires poursuivies et 429 000 classements sans suite, il ne peut plus être question de sous estimer l'importance de cette troisième voie. Elle représente près d'un tiers des affaires traitées par le parquet et elle continuera certainement de progresser au détriment de classements sans suite décidés en raison « du préjudice ou

du trouble peu important causé par l'infraction » pour reprendre la terminologie de l'Annuaire statistique de la Justice. La volonté du législateur et du pouvoir exécutif de voir se généraliser la réponse pénale ne peut que provoquer la poursuite du mouvement engagé depuis une décennie.

Or la situation actuelle de la défense dans ce domaine n'est pas satisfaisante, loin s'en faut. Le principe de la défense n'y est pas effectivement posé, le temps de la défense n'est pas présent dans les textes et les enjeux d'une éventuelle défense notoirement sous estimés par les justiciables. L'existence d'alternatives aux poursuites pose d'abord la question du tri des affaires qui sont dirigées vers ces circuits et de celles qui en sont exclues. Nous avons dit l'importance pour les Barreaux de connaître la politique pénale arrêtée par les parquets et notamment de savoir quels contentieux, quel type de dossiers, quel type d'auteurs le parquet choisit de traiter par les alternatives aux poursuites et par la composition pénale. Mais une fois les grandes lignes de cette politique arrêtée, sa mise en œuvre laisse encore une liberté de décision, une marge d'appréciation qui tient à la singularité de chaque dossier. La défense est, répétons-le, absente lors de cette opération essentielle, l'aiguillage du dossier. Le choix processuel du parquet ne devrait-il pas être pris après débat contradictoire entre lui et la défense ? Certes ce choix par hypothèse intervient avant l'engagement d'une procédure mais le contradictoire n'a pas seulement une signification processuelle [25]. Une opération extrajudiciaire peut avoir le mérite d'être contradictoire.

L'existence d'un débat contradictoire entre le parquet et la défense sur l'orientation des dossiers irait évidemment presque de soi si les droits de la défense s'exerçaient véritablement dès la garde à vue ou dès la mise en cause d'une personne et elle relève donc de la question plus générale d'un statut du mis en cause qui, en l'état de notre procédure, fait totalement défaut. Un tel débat se justifie par de très nombreuses raisons de nature différente.

L'orientation du dossier est décidée par un magistrat du Parquet et non pas par la police. Si même on ne veut pas relier cette question à celle d'un statut du mis en cause, force est de constater que nous ne sommes plus là au temps de l'enquête. Il apparaît donc logique que la décision de ce magistrat sur l'opportunité des différents choix qui s'offrent à lui, soit prise après qu'il a entendu la défense, d'autant qu'il prend cette décision à partir des informations et appréciations qui lui sont données par les enquêteurs. Seul un tel débat contradictoire peut éviter le risque de voir l'alternative aux pour-

25 L. Cadiet, « Contradictoire », *in Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Lamy, PUF, 2003, p. 273.

suites utilisée comme un circuit de repêchage pour dossiers dans lesquels la procédure est fragile, voire franchement irrégulière, ou la qualification pénale douteuse. Cette tentation peut être celle des enquêteurs et le parquet peut la suivre sans avoir conscience de cette motivation. Seul un débat à ce stade peut éviter pareil dévoiement.

À l'inverse, ce débat contradictoire se justifie aussi en ce qu'il permet d'éviter que des dossiers ne soient dirigés vers les circuits classiques alors qu'ils ressortent pleinement de la troisième voie. Une part de subjectivité de l'enquêteur qui parvient à faire partager son opinion au magistrat du parquet, la propre subjectivité du magistrat du parquet ou les pressions plus ou moins discrètes du plaignant peuvent ainsi aboutir à une orientation contestable du dossier. Il n'est pas admissible que la défense n'ait pas possibilité, si elle le souhaite, de s'exprimer sur ce point.

En l'état, les textes ne prévoient pas un tel débat et ne laissent donc pas le temps pour qu'il s'instaure même de façon informelle. Sans doute le parquet, sauf exception, opposerait-il une fin de non recevoir à la défense qui voudrait lui présenter des observations sur l'orientation d'un dossier. C'est que le principe même de l'exercice d'une défense n'étant pas clairement affirmé et concrétisé dans les procédures de la troisième voie ; le débat contradictoire sur l'orientation qui lui est préalable y ferait pour beaucoup figure de luxe inutile.

La mise en œuvre des alternatives aux poursuites et de la composition pénale peut être déléguée par le parquet. Les délégués peuvent être des personnes physiques (policiers ou gendarmes à la retraite, officiers de police judiciaire, éducateurs, médiateurs) ou morales (associations). La culture et les instructions données à ces délégués les conduisent très rarement à demander au justiciable à qui un rappel à la loi va être effectué, une orientation sanitaire ou sociale ou un classement sous condition va être proposé, s'il a un avocat, s'il en souhaite un, et encore moins à lui conseiller de se faire assister. Pour ne pas se retarder, pour ne pas « compliquer inutilement les choses », parce que tout est simple et de peu de gravité, parce que les avocats « risquent de soulever des difficultés », la question de la défense sera soigneusement éludée.

Il est vrai qu'en ce qui concerne la composition pénale [26], le schéma très flexible construit par le législateur favorise grandement cet évitement. Depuis la loi du 9 septembre 2002, la composition pénale

26/ Les réflexions présentées ici s'appuient sur les observations menées pour l'élaboration du rapport rédigé par S. Grunvald, J. Danet, « Une première évaluation de la composition pénale », *Rercherche GIP Mission de recherche Droit et Justice*, janvier 2004, à paraître, L'Harmattan 2004.

peut être proposée en garde à vue à celui qui reconnaît avoir commis une infraction relevant de ce traitement. Depuis la loi du 9 mars 2004, toute infraction punie de cinq ans d'emprisonnement au plus peut sauf quelques exceptions, être traitée par la composition pénale, autant dire que son champ est large. L'OPJ qui a mené l'enquête peut proposer sur instruction téléphonique ou sur instruction permanente du parquet pour telle ou telle infraction une composition pénale. Le temps de l'enquête absorbe ici non seulement la phase d'orientation du dossier mais encore une partie du traitement judiciaire puisque c'est l'enquêteur qui propose la composition pénale et qui recueille l'accord de l'intéressé sur le principe de la composition et son acceptation des mesures qui lui sont proposées à titre de sanction au lieu de la peine qu'il encourait. Le fait que cette proposition fasse l'objet d'une décision écrite et signée du magistrat du parquet qui aura été transmise par fax ou voie télématique ne change rien à cette réalité : pour le mis en cause, c'est avant la fin de sa garde à vue que la composition pénale lui est proposée par l'enquêteur. Qui ne voit ici que l'accord donné par le mis en cause n'a rien d'une décision sereine ? Que son appréciation sur les mesures qui lui sont proposées n'est en rien raisonnée mais gouvernée par la pression de la garde à vue ? Qu'il s'engage dans cette voie sans en mesurer les conséquences civiles et pénales mais d'abord pour échapper à la garde à vue ?

Lorsque le mis en cause n'est pas placé en garde à vue, l'attraction de la composition pénale par la phase policière ne disparaît pas nécessairement pour autant. En matière de conduite en état d'alcoolémie, en dessous d'un certain seuil, certains parquets délèguent de manière permanente la proposition de composition pénale au policier ou gendarme qui vient de constater l'infraction sur le bord de la route. La décision écrite du parquet est transmise aussitôt par voie télématique ou par fax et le conducteur l'accepte et la signe séance tenante.

Lorsque la composition pénale est proposée dans son principe par courrier à une personne mise en cause, par le délégué, en dehors de la garde à vue ou de l'enquête, procédure à laquelle d'autres parquets préfèrent recourir, l'indication de ce qu'il est possible au mis en cause ainsi convoqué pour se voir notifier les mesures, d'être assisté d'un avocat ne figure pas toujours sur ce courrier. Les formulaires diffèrent selon les parquets. Les délégués dans certains parquets attendent d'avoir proposé les mesures pour dire au mis en cause qu'il peut consulter un avocat et bénéficier d'un délai de réflexion ce qui bien sûr signifierait une nouvelle convocation et l'obligation pour le mis en cause de solliciter de son employeur par exemple une nouvelle autorisation de s'absenter… On ne s'étonne pas qu'il y renonce.

On ne doit donc pas s'étonner que d'une manière générale la défense soit absente de la composition pénale. Et pourtant sa présence ne serait pas un luxe. Comment le justiciable peut-il en effet dans ces différents contextes, comprendre les tenants et les aboutissants de ce qui lui est proposé ? A-t-il seulement conscience que c'est un délit qui lui est reproché ? Comment ce traitement du délit peut-il être compris quand, selon les cas, la composition pénale est proposée sur le bord d'une route, dans un local de garde à vue, dans une maison de la justice et du droit, dans le bureau d'un magistrat du parquet ou d'un de ses délégués ou dans une salle de tribunal correctionnel, selon qu'on se trouve à Angers, Bobigny, Nantes ou Cambrai ? Et que cette proposition lui est faite au temps de la constatation de l'infraction, avant la fin de la garde à vue ou par courrier puis lors d'un entretien. Quelle est l'égalité des justiciables devant des traitements processuels aussi distincts ? Comment les justiciables peuvent-ils déceler que, selon les parquets, les mesures qui leur sont proposées relèvent d'un tarif différent pour une même alcoolémie par exemple, tarif intangible ici, ou variable là, en fonction de la personnalité du mis en cause ?

Une fois l'accord passé entre le parquet ou son délégué et le mis en cause sur les mesures que ce dernier accepte d'exécuter en conséquence de l'infraction qu'il reconnaît, la phase de validation de cette composition pénale par le juge du siège ne laisse aucune place à l'exercice de la défense. Dans une première version le justiciable pouvait demander à être entendu par le juge du siège s'il avait par exemple des inquiétudes sur la portée exacte de son accord. L'audition était de droit. La loi du 9 septembre 2002 a balayé cette précaution et supprimé ce droit. Seul le juge peut décider l'audition de l'auteur des faits et le cas échéant de la victime, ce que dans la pratique il ne fait jamais. Par un de ces tête-à-queue dont le législateur prend le risque à travailler dans la précipitation, la même loi a prévu que cette validation pouvait être confiée au nouveau juge de proximité qu'il venait de créer. Le juge de proximité auquel la loi interdit dans le même temps d'accéder ! Voici une innovation facile à expliquer.

Construits selon des modèles qui oscillent entre le souci de la pédagogie et celui d'une simplification du circuit, mais aussi entre la volonté de normaliser les réponses et l'exigence d'individualisation de la sanction, les usages qui sont fait de la composition pénale aboutissent à une telle diversité qu'ils ne sont même pas repérables comme relevant d'une même procédure. Cette flexibilité orientée par l'impératif de productivité et de rapidité du traitement et qui ne laisse guère de place sauf exception à la défense peut-elle se justifier par la modicité des enjeux, la faible gravité des infractions concernées

ou la modération des mesures encourues et des conséquences de la décision ? La réponse est certainement négative pour quatre raisons au moins. Le champ d'application de la composition pénale, les infractions punies jusqu'à cinq ans d'emprisonnement sauf quelques exceptions, n'a rien d'anodin. La liste des mesures nettement élargie par la loi du 9 mars 2004 comporte l'amende de composition qui peut être égale à celle encourue devant le tribunal correctionnel et de très nombreuses privations de droit et interdictions. Les dites mesures ne sont pas des peines mais sont inscrites au bulletin numéro un du casier judiciaire et bien sûr l'identité du mis en cause peut être enregistrée au fichier STIC avec toutes les conséquences qui s'ensuivent au plan administratif. La composition pénale validée permet à la victime de réclamer réparation de son préjudice sur l'importance duquel le mis en cause n'a pu avoir aucune indication. Bref, il est à craindre que par un très mauvais calcul utilitariste une personne mise en cause à tort ne mésestime les conséquences d'une reconnaissance de culpabilité dans le cadre de la composition pénale pour échapper à une comparution en audience publique et à l'aléa judiciaire. Au-delà même de cette situation, les conséquences attachées à la composition pénale justifient largement que l'exercice de la défense soit annoncé, facilité, et organisé de telle manière que son exercice puisse être effectif.

> La CRPC

La comparution sur reconnaissance de culpabilité (désignée ci-après par le sigle CRPC) est largement inspirée de la composition pénale. Elle en reprend l'économie générale, mais c'est un mode d'exercice des poursuites qui va donner lieu à condamnation et à exécution d'une peine. Comme la composition pénale, elle suppose une reconnaissance de culpabilité. Une reconnaissance *préalable* et la CRPC n'est pas la conclusion d'un marchandage (reconnaissance contre peine légère) du moins selon les textes et l'esprit de la loi. Le procureur, sans possibilité de délégation, peut la proposer ou accéder à une demande en ce sens du prévenu ou de son conseil à tout moment de la procédure depuis la présentation du prévenu en fin de garde à vue jusqu'à la comparution devant le tribunal. Le champ d'application de la CRPC est le même que celui de la composition pénale avec les mêmes exclusions : les mineurs, les délits de presse, les homicides involontaires, les délits politiques et les délits dont la procédure de poursuite est réglée par une loi spécifique.

Comme dans la composition pénale, la procédure se déroule en deux temps : le procureur propose une peine au mis en cause et, si elle est acceptée, la peine doit encore être homologuée par le juge du siège. La peine, selon les infractions, peut être une amende d'un montant égal ou inférieur à celle encourue, une peine d'emprisonnement

mais elle ne pourra excéder un an ni la moitié de la durée encourue ou encore l'une des peines complémentaires encourues.

Il n'est pas discutable que la CRPC en raison des enjeux qu'elle recouvre (de possibles peines d'emprisonnement, un placement possible en détention provisoire) puisse et doive être entourée de plus de garanties que la composition pénale. La présence de l'avocat est obligatoire au temps de la proposition de la CRPC par le parquet comme devant le juge du siège, il peut consulter le dossier sitôt la proposition faite, s'entretenir avec son client confidentiellement, et le client solliciter un délai de réflexion. La proposition doit aussi préciser si le parquet entend faire exécuter la peine immédiatement ou si les modalités de l'exécution seront ultérieurement déterminées par le juge de l'application des peines. Hormis le choix de la peine, le juge du siège a les mêmes devoirs en matière de CRPC qu'à l'audience correctionnelle : entendre la personne et son avocat, et le cas échéant la victime et son avocat, vérifier la réalité des faits, leur qualification juridique. Son ordonnance doit être motivée, constater que la personne en présence de son avocat reconnaît les faits, qu'elle accepte les peines proposées et que ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de leur auteur. Le Conseil constitutionnel a voulu que l'audience soit publique. L'ordonnance d'homologation est susceptible d'appel de la part du condamné et d'un appel incident du parquet.

Au plan des garanties, la CRPC présente donc une indiscutable supériorité sur la composition pénale. Si l'on peut admettre que les garanties du procès équitable s'élèvent avec les enjeux, le déficit relevé en matière de composition pénale, procédure concurrente sur un même champ d'application avec la CRPC ne peut se justifier par la seule différence entre mesure et peine. On peut craindre donc que la mauvaise procédure ne chasse la bonne et que la composition pénale, plus simple, plus rapide puisse être préférée dans tous les cas où une peine d'emprisonnement ferme ou avec sursis n'est pas envisagée. Après tout en effet, au travers de l'amende de composition et des mesures cumulées de privation de droit et d'interdictions temporaires, la composition pénale peut permettre de sanctionner aussi lourdement un prévenu que par une peine de prison assortie du sursis.

Mais la CRPC n'est pas non plus exempte de défauts. Le premier n'est pas exactement un défaut du texte mais un risque qui existe aussi en matière de composition pénale : celui de voir des OPJ laisser espérer à un gardé à vue qu'une reconnaissance des faits lui vaudrait un traitement de faveur sous la forme d'une CRPC plus discrète, plus rapide, aux risques limités et connus à l'avance, outre la fin immédiate de la garde à vue. Un tel marchandage est totalement

contraire à l'esprit du texte. Mais seules les mises en garde des avocats durant les entretiens en première heure de garde à vue peuvent éviter un tel détournement. Le second défaut tient à ce que la loi n'a pas totalement précisé le déroulement de cette procédure. Certes, il n'existe point d'ambiguïté sur le lieu ou sur le temps dans lequel la CRPC se déroule, ni sur les acteurs de la procédure. On pouvait même croire qu'elle était de bout en bout contradictoire jusqu'à ce qu'un débat ne s'engage sur une question qui n'a même pas été aperçue durant les débats parlementaires : la présence du parquet à l'audience d'homologation.

Les positions peuvent ainsi se résumer. Certains parquets, dont celui de Paris, soutiennent que le texte n'exige pas leur présence à l'audience d'homologation, que d'ailleurs cette audience toute publique qu'elle soit ne débouche que sur une ordonnance et non sur un jugement, que le juge est saisi par une requête du parquet et qu'il ne peut qu'homologuer ou rejeter de sorte que la présence du parquet est parfaitement inutile. Elle serait une perte de temps et si le parquet devait recevoir le mis en cause, lui proposer une peine, attendre que lui et son conseil se soient entretenus, recueillir l'accord, préparer la requête et en plus assister à l'audience, la CRPC ne présenterait plus aucun avantage et mieux vaudrait utiliser la composition pénale ou l'audience correctionnelle classique. La circulaire de la Chancellerie va dans ce sens.

En réponse nombre de juges du siège y compris la conférence des Premiers présidents de Cour d'appel tout en comprenant l'argument de gestion du temps estiment cette conception inacceptable. Comment imaginer que le juge du siège entende le mis en cause et son avocat, la partie civile et son avocat, qu'il ait à vérifier la réalité et la qualification juridique des faits, le caractère justifié de la peine et que sur tous ces points il ne puisse le cas échéant demander quelque précision que ce soit à celui qui a choisi de poursuivre en CRPC, qui a encore choisi la qualification et la peine, le procureur ?

Les avocats ne peuvent que redouter une telle situation. Vont-ils, au cas où le juge du siège ne partagerait pas les vues du parquet sur la peine, devoir se transformer en avocat du procureur et défendre le choix de celui-ci ? Que se passera-t-il si des débats, de l'audition de la partie civile ou du mis en cause ressortent des éléments nouveaux, ignorés du procureur et de la défense, qui amènent le juge du siège à estimer inadaptée la peine proposée et acceptée ? Le juge devra-t-il, parce que le procureur est absent, refuser d'homologuer et lui renvoyer le dossier, alors que s'il était là un débat contradictoire rapide peut permettre de reprendre la proposition de la modifier et de passer sous l'égide du juge un accord acceptable et accepté de tous.

Certes, il peut être opposé à ces arguments le caractère marginal de telles hypothèses au plan statistique. Mais d'une part la justice est là pour régler au mieux ces situations délicates et d'autre part au plan des principes, admettre l'absence du parquet à cette audience, c'est laisser entendre que les missions données au juge du siège par la loi et sur lesquelles le conseil constitutionnel a insisté ne sont en fait d'aucune importance puisqu'il devra les remplir sans pouvoir interroger le maître d'œuvre de la procédure.

Enfin, l'existence d'un tel débat, qui s'est ouvert, répétons le, après promulgation de la loi, souligne la difficulté qu'a le législateur à penser de nouvelles procédures qui doivent non seulement permettre un traitement rapide, efficient des délits mais aussi conserver au rituel judiciaire un sens avec des acteurs qui y tiennent un rôle cohérent au regard de leurs fonctions générales. Que signifierait pour le public, les médias, une audience de CRPC dont l'accusation serait absente ? Le soupçon d'un désintérêt du parquet pour ces affaires, l'indication à peine voilée de ce que l'audience est une perte de temps et que ce qui est important s'est passé avant, dans le secret du cabinet du procureur ? Comment les parties civiles percevront-elles cette absence, elles qui n'auront pas été présentes dans le cabinet du procureur ? C'est bien ici le fond du rituel de la justice pénale qui se brise ; le cercle autour duquel toutes les parties se réunissent avec le juge et autour d'elles le public, ce cercle se décompose par l'absence du représentant de la société qui a pourtant décidé de poursuivre.

On doit bien sûr prendre au sérieux l'argument de la gestion du temps avancé par les parquets. Sans doute la réponse tient-elle dans l'organisation des audiences et l'articulation entre les audiences normales de correctionnelle et celles de CRPC. Rien n'empêche le parquet qui est indivisible d'être présent à l'audience par l'un de ses membres et les CRPC d'être proposées par un autre magistrat. Si les membres du parquet peuvent requérir à l'audience dans des dossiers qu'ils n'ont pas suivis précédemment, ils doivent pouvoir fournir au juge du siège en matière de CRPC toutes explications sur la logique mise en œuvre par leur collègue. C'est au prix de cet effort d'organisation des parquets que la CRPC peut trouver et son sens et sa place.

> *Les nouvelles fonctions de la défense*

À supposer cette difficulté surmontée et les parquets présents à l'audience de CRPC, la défense n'en voit pas moins arriver avec une certaine inquiétude que l'on peut comprendre le temps de l'application de ces nouveaux textes. La rupture avec la fonction traditionnelle de défense telle qu'elle est habituellement exercée en correctionnelle ne peut être sous-estimée. C'est bien une fonction de conseil qui

se dessine ici plus que de défense au sens habituel du mot. L'avocat aura comme dans les dossiers dirigés vers le tribunal correctionnel et comme d'ailleurs le juge du siège à vérifier la régularité de la procédure, la réalité des faits, la qualification. Il devra le faire par une lecture du dossier et l'entretien avec son client dans les mêmes conditions d'urgence qu'en comparution immédiate. Mais c'est évidemment autour de la peine que la fonction de l'avocat évolue avec la CRPC ou la composition pénale. Le client lui posera ici non pas la question par nature sans réponse certaine « Maître, quelles seront selon vous les réquisitions ? À quoi dois-je m'attendre ? » mais une question plus précise sur laquelle il devra faire une réponse argumentée pour être recevable « Maître me conseillez-vous d'accepter la proposition qui m'est faite ? Est-ce mon intérêt ? »

Répondre à cette question suppose plusieurs conditions remplies. Connaître les peines prononcées par le tribunal dans des cas approchants, estimer la variation que pourrait provoquer dans un sens ou dans l'autre les éléments particuliers que la défense pourrait faire valoir devant le tribunal, entendre les commentaires qui accompagneront souvent la question : « Je trouve cette proposition sévère » ou au contraire « Je m'attendais à plus et j'ai bien envie d'accepter », mais ne pas s'y rallier par principe. Il faudra encore intégrer dans la réponse la délicate prise en compte des avantages que le mis en cause trouvera au traitement processuel de la CRPC ou de la composition pénale qui peuvent l'amener à préférer de manière tout à fait raisonnée une peine ou une mesure mal adaptée à son cas. La discrétion de la composition pénale ou le traitement rapide de la CRPC peuvent constituer des éléments importants que tel ou tel élément biographique du client peut rendre déterminant. Enfin, mais notre liste des conditions d'une bonne réponse n'est sans doute pas exhaustive, il faudra encore à l'avocat, dans le cas de la CRPC, anticiper sur ce qui peut être obtenu devant le juge d'application des peines dans le cas où le parquet n'entend pas mettre immédiatement à exécution la sanction.

Personne ne prétendra que cet exercice de conseil sera facile. La première condition supposerait pour être satisfaite sans difficulté qu'un travail d'analyse des décisions soit mené dans les juridictions et que les avocats soient en mesure de connaître précisément les peines qu'elles prononcent. C'est peu de dire que nous en sommes loin. Mais il n'est pas inconcevable qu'un tel travail puisse être mené dans l'avenir. Dans l'intérêt de tous. Des parquets, des juges du siège et des avocats. Il favoriserait une réflexion de l'ensemble de ces acteurs sur la peine. Et personne n'y perdrait son âme ou son indépendance.

⁂

Le déni et la qualité de l'aveu, la présence d'un trouble mental occupent la scène du procès pénal, une scène sur laquelle s'apprécient la culpabilité et la responsabilité d'un être. Ce n'est plus la vérité factuelle et l'innocence qui sont en jeu, mais la compréhension d'un acte, d'un sujet, et bien souvent sur cette scène judiciaire, c'est aussi la scène psychique de l'accusé qui est aujourd'hui exposée, scrutée, analysée en sa présence. Faut-il pour autant aller jusqu'à dire que les juges interviennent sur l'accusé comme représentants de « l'Au nom de fondateur », comme des passeurs vers la référence absolue qui viennent « séparer l'assassin de son crime » ?

En mettant l'accent sur les dimensions symboliques du procès, la tentation est grande de prêter à celui-ci des vertus thérapeutiques pour la victime, voire pour l'auteur, et en tout cas d'en faire le préalable à toute démarche thérapeutique. Cette conception du procès suppose une telle conjonction favorable de facteurs matériels, intellectuels et psychologiques qu'elle apparaît davantage comme un idéal, auquel d'ailleurs beaucoup ne souscrivent pas, que comme une fonction qui puisse être raisonnablement assignée à la justice [27]. Et la défense comme la partie civile, si optimistes soient-elles, ne peuvent espérer rencontrer chaque jour l'accusé idéal dans un procès équitable qui remplirait toutes les fonctions qu'on veut lui assigner y compris une fonction symbolique.

Les rituels judiciaires adaptés à une société, et faisant sens, ne naissent pas d'un trait de plume du législateur *a fortiori* en matière pénale. Ils ne peuvent se réduire à un montage, un circuit de procédure économe de temps et de moyens, rationnel et efficace. Les acteurs doivent y trouver leurs places ce qui suppose qu'elles y soient clairement définies les unes par rapport aux autres et qu'elles ne constituent pas des ruptures trop fortes avec les rituels et les procédures qui les environnent. Le législateur n'a su, ni pour la composition pénale, ni pour la CRPC écrire d'emblée des textes convaincants. Les réticences rencontrées par ces dispositifs chez les avocats ne doivent pourtant pas être surévaluées. Et les défauts techniques de ces procédures peuvent sans doute être corrigés. Les justiciables pour leur part ne les rejetteront pas parce que ces nouveaux rituels leur seront moins pénibles, source de moins d'angoisse ou de honte. Ces rituels nouveaux rompent avec l'image d'un banc d'infamie qui s'attache encore pour beaucoup d'entre eux à la comparution en correctionnelle et au « récit-aveu ». Finalement c'est la violence éprouvée par avance à l'idée de subir le rituel ancien qui fait adhérer le justiciable au nouveau rituel. La défense aura notam-

27/ *Ibid.*, p. 161. Et sur cette question L. Bellon et C. Guéry, *op. cit.*, p. 789 et s.

ment pour devoir d'éviter que cette adhésion ne vienne à recouvrir un consentement vicié. Ce n'est déjà pas une fonction négligeable. Mais elle doit se donner pour objectif que les accords passés par ceux qu'elle assistera le soient au terme d'une décision raisonnée, aussi éclairée que possible. C'est peut-être une tâche difficile mais nul ne peut contester son utilité sociale pour le mis en cause, comme pour la société dans son ensemble. La défense pénale ne devrait pas négliger cet enjeu. Il est peut-être capital pour son avenir.