

Rapport explicatif
relatif à l'avant-projet
d'un code de procédure pénale suisse

1 Introduction

11 La situation actuelle

En vertu de la constitution fédérale, la procédure pénale relève actuellement de la compétence des cantons¹. De ce fait, la Suisse connaît vingt-neuf lois de procédure pénale : vingt-six cantonales et trois fédérales².

111 Le débat scientifique

Depuis l'entrée en vigueur du code pénal suisse en 1942, les milieux scientifiques, notamment, se demandent de façon récurrente s'il n'y aurait pas lieu d'unifier également le droit pénal formel, c'est-à-dire la procédure pénale. Les Juristes Suisses avaient déjà inscrit ce point à l'ordre du jour de leur congrès de 1946. Les deux rapporteurs avaient alors donné une réponse négative à cette question³ ; au cours des débats, seules quelques opinions divergentes avaient été émises⁴. Quelques années plus tard, on jugea encore que le moment n'était pas venu d'harmoniser les procédures pénales, « *indépendamment de toutes considérations politiques* »⁵. Ces « considérations » se réfèrent en premier lieu à la résistance farouche des cantons, longtemps considérée comme acquise, contre cette limitation de leur souveraineté organisationnelle, inévitable si l'on procédait à l'unification de la procédure pénale⁶.

Dans un passé récent, les choses ont cependant changé : c'est désormais d'une seule voix, quoiqu'en invoquant des justifications parfois différentes, que la doctrine appelle de ses vœux la création d'une loi de procédure pénale unique⁷.

112 L'évolution politique

112.1 Nouvelles catégories de criminalité

Depuis le milieu des années quatre-vingt, on a vu se développer – et attirer davantage l'attention du politique – de nouvelles formes de criminalité telles que le blanchiment d'argent, le crime organisé ou la criminalité économique dans toute sa complexité⁸. Du fait, notamment, du caractère éminemment transfrontalier de cette nouvelle criminalité, on a rapidement pris conscience dans les cantons, compétents au premier chef en matière de poursuite pénale, que le grand nombre des lois de procédure pénales, chacune d'entre elles n'étant applicables que sur un tout petit territoire, constituait un obstacle majeur à une répression efficace du crime.

¹ Voir l'ancien article 123 al. 3 CF du 18 décembre 1998.

² Procédure pénale fédérale (PPF, RS 312.0), procédure pénale militaire (PPM, RS 322.1) et droit pénal administratif (DPA, RS 313.0).

³ Pierre Cavin et Frédéric-Henri Comtesse, *Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht*, RDS 65 (1946) 1a ss. et 61a ss.

⁴ Le professeur Pfenninger, notamment, avait brisé une lance en faveur de l'unification de la procédure pénale ; voir RDS 65 (1946), 385a ss.

⁵ Max Weinblinger, *Zur Frage der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts*, Z 67 (1952) 217 ss. (= *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern*).

⁶ Peter Ullrich, dans « Es wäre an der Zeit... », *Gesetzgebung heute* 1998/1, 130, évoque l'« *Axiom der föderalistischen Bedenken* ».

⁷ Voir entre autres Aeschlimann 1992 365 ; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 2 ; Oberholzer 1994 10 ; Schmid 1997 N 22 ; Hans Schultz, *50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Z 110 (1992) 31.

⁸ Voir à propos de ce phénomène relativement récent les références citées dans le message du Conseil fédéral relatif à la révision du droit pénal de la corruption, FF 1998 1253.

112.2 Les différentes étapes de l'harmonisation intercantonale

Le besoin croissant de simplifier les rapports intercantonaux en matière de procédure pénale a amené les cantons à adopter, sous l'égide de la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), le *Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale*⁹. Tous les cantons ont adhéré à cette convention qui est entrée en vigueur en 1993. Le concordat permet aux autorités en charge de la poursuite pénale d'exercer au besoin leur action dans d'autres cantons tout en appliquant leurs propres règles de procédure. Cette simplification pratique a toutefois pour corollaire que les vingt-six lois de procédure cantonales peuvent toutes s'appliquer dans l'ensemble du pays. Or, une telle situation suscite à son tour un besoin d'harmonisation en matière de procédure pénale.

112.3 Interventions parlementaires et initiatives cantonales

Avec, en toile de fond, ces nouvelles dimensions de la criminalité et une situation juridique entravant la lutte contre celle-ci, un certain nombre d'*interventions parlementaires* ont été déposées au cours des années 1993 et 1994, postulant soit une harmonisation¹⁰, soit même l'unification du droit suisse en matière de procédure pénale¹¹. Le Parlement a donné suite à toutes ces interventions.

*Sept initiatives cantonales*¹² réclamant la création d'un Code suisse de procédure pénale témoignent de façon saisissante de la ferme résolution, manifestée par une partie des cantons au moins, d'unifier le droit de procédure pénale, extrêmement morcelé. Les Chambres fédérales ont également donné suite à ces initiatives.

112.4 La base constitutionnelle de l'unification

Le 12 mars 2000, le peuple et les cantons ont approuvé un projet de *réforme de la justice*. Désormais, l'article 123 de la constitution fédérale donne à la Confédération la compétence de légiférer non seulement sur le droit pénal matériel mais également sur la procédure pénale. L'approbation très nette de ce projet donne à penser que l'idée même d'unifier le droit de la procédure pénale au niveau fédéral tout en laissant aux cantons l'essentiel de leurs compétences en matière d'organisation judiciaire rencontre un accueil largement favorable.

113 Plusieurs raisons plaident pour l'unification

Outre les nouvelles formes de criminalité et les défis particuliers que celles-ci lancent aux autorités pénales, notamment cantonales (voir le chiffre 112.1 supra), et qui constituent la justification immédiate d'une unification du droit de la procédure pénale, d'autres raisons font apparaître celle-ci comme nécessaire ou à tout le moins souhaitable.

Les jurisprudences respectives du Tribunal fédéral et des instances strasbourgeoises en charge des droits de l'Homme (Commission et Cour de justice) ont amorcé au cours de ces dernières décennies un *rapprochement* marquant des diverses lois de procédure pénale, notamment sur

⁹ RS 351.71 (ci-après : le concordat).

¹⁰ Postulat du groupe PDC du 18 juin 1993 (BO 1993 N 2533 s.)

¹¹ Motions Rhinow du 17 juin 1994 (BO S 1995 329 ss.) et Schweingruber du 31 mai 1994 (BO 1995 N, 2194 ss.)

¹² BS, SO, SG, BL, AG, TG (BO 1996 p. 244 ss. ; N, 2374 ss.) et GL (BO 1997 E 590) ; voir également RSJ 92 (1996) 465.

des questions aussi fondamentales que la séparation entre les organes d'instruction et les instances de jugement¹³. La législation fédérale a, de son côté, encouragé l'*harmonisation* des dispositions de procédure, volonté qui transparaît par exemple dans la loi sur l'aide aux victimes d'infractions dont la section 3 est consacrée à la protection et aux droits de la victime en procédure pénale¹⁴. L'unification formelle des codes de procédure pénale ne ferait, en somme, que parfaire un processus de rapprochement déjà bien engagé.

D'autre part, l'unification de la procédure pénale constituera un facteur supplémentaire de sécurité juridique et d'égalité devant la loi. En effet, les différences qui existent entre les codes cantonaux provoquent de nombreuses incertitudes susceptibles d'affaiblir considérablement la situation juridique du justiciable. Les avocats, notamment, qui sont appelés à intervenir dans plusieurs cantons se voient confrontés à des difficultés supplémentaires qui peuvent gêner une représentation efficace de leurs clients. Dans les cas de détention notamment, lorsqu'il faut d'abord tirer au clair les problèmes de compétence *ratione loci* puis la question de la loi applicable, l'état actuel du droit peut restreindre de façon non négligeable les droits des justiciables¹⁵.

Le rapport étroit qui existe entre les normes pénales matérielles et les règles de procédure fait apparaître la nécessité d'harmoniser autant que possible ces deux domaines. On ne saurait certes prétendre que la mise en œuvre du droit pénal matériel fédéral est gravement compromise par l'éclatement des dispositions procédurales. Cependant, il ne fait pas l'ombre d'un doute que *l'application uniforme du droit pénal fédéral*, que chacun appelle de ses vœux, serait encore plus facile à réaliser si l'on unifiait la procédure pénale¹⁶.

Jusqu'à ce jour, les *travaux scientifiques consacrés à la procédure pénale* en Suisse ont été compliqués par la diversité des textes cantonaux. Cette multitude interdit, même au fin connaisseur des différentes lois de procédure, d'avoir une vue d'ensemble claire sur la procédure pénale en Suisse. On constate ainsi – et c'est très significatif – que la plupart des grands traités de procédure pénale sont consacrés exclusivement, ou presque, à un code cantonal. Cette circonstance ne permet guère, au niveau de l'enseignement universitaire, de donner aux étudiants une vue globale des normes de procédure pénale en vigueur dans notre pays.

Enfin, l'unification de la procédure pénale est également propre à *alléger les problèmes de pratique intercantonale pour les personnes*. Actuellement, les acteurs de la justice pénale sont dans une large mesure liés au canton dont ils maîtrisent le code de procédure. Certes, rien ne les empêche d'exercer leur activité dans un autre canton, sous l'empire d'une loi de procédure différente ; mais la situation actuelle ne leur simplifie pas la tâche. L'unification de la procédure pénale augmenterait la perméabilité des frontières cantonales aux praticiens du droit, offrant à ceux-ci de meilleures chances de carrière et aux cantons un choix plus vaste de professionnels qualifiés et expérimentés.

¹³ Voir l'annexe au rapport intermédiaire de la commission d'experts du 19 janvier 1995 ; (voir également chiffre 121.2).

¹⁴ RS 312.5, art. 5 à 10.

¹⁵ Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu le 26 septembre 1997 dans une cause R.M.D contre la Suisse (81/1996/700/892).

¹⁶ Voir le Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, 5323.

12 La genèse du projet

121 La commission d'experts

121.1 Constitution et mandat

L'évolution politique décrite ci-dessus (voir le chiffre 112 supra) a amené le président du Département fédéral de justice et police (DFJP) à se saisir du problème – récurrent depuis les années quarante – de l'unification de la procédure pénale. Le 31 mai 1994, il a institué une commission d'experts¹⁷. Aux termes du décret de nomination, la commission était chargée d'examiner « *si, dans l'intérêt de l'efficacité de la poursuite pénale, particulièrement dans les domaines de la criminalité économique et du crime organisé, l'unification totale ou partielle ou d'autres mesures utiles ne seraient pas indiquées* ».

Plus précisément, la commission a reçu le *mandat* d'évaluer la nécessité d'une action législative et de proposer différentes solutions. Il s'agissait notamment pour elle d'élaborer un ou plusieurs concepts de réglementation « qui tiennent compte de façon optimale des exigences d'une poursuite pénale efficace, de la protection des droits du prévenu, ainsi que de la fiabilité des décisions judiciaires. »

121.2. Rapport intermédiaire

Au début de l'année 1995, la commission d'experts, conformément aux termes de son mandat, remit au président du DFJP un rapport intermédiaire¹⁸ rendant compte de l'état de ses travaux. Dans son rapport, la commission récapitulait les lacunes et les déficits constatés au niveau de la poursuite pénale et présentait plusieurs solutions pour améliorer l'efficacité de cette dernière. En outre, elle y démontrait l'influence de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la procédure pénale des cantons.

121.3 Concept « De 29 à l'unité »

En décembre 1997, la commission d'experts, en exécution de son mandat, a remis au président du DFJP un concept relatif à une procédure pénale unifiée, publié au début de 1998 sous le titre « De 29 à l'unité »¹⁹. Dans son rapport, la commission a tenté de montrer à quoi pourrait ressembler une procédure pénale unifiée en Suisse. Ce faisant, elle a du même coup clairement signifié qu'elle proposait en cette matière *une législation exhaustive* et non seulement une loi cadre.

La commission explique en outre que le futur code de procédure pénale fédéral devrait interférer le moins possible avec la souveraineté des cantons en matière d'organisation judiciaire. Elle constate cependant que l'unification de la procédure passe nécessairement par *une entente sur le modèle de poursuite pénale à adopter*. La commission souligne qu'en soi,

¹⁷ Cette commission, présidée par M. Peter Müller, directeur adjoint de l'Office fédéral de la justice, était également composée de Franz Riklin, Fribourg ; Gérard Piquerez, Porrentruy ; Jean-Marc Schwenter, Procureur général, Lausanne ; Felix Bänziger, Procureur général, Trogen AR (après son élection en qualité de substitut de la Procureure de la Confédération, il a repris à mi-1996 le siège de cette dernière, Carla del Ponte, qui a démissionné de la commission au même moment) ; Paul Huber, conseiller d'Etat, Lucerne ; Carla del Ponte, Procureure de la Confédération (jusqu'à mi-1996) ; Rudolf Wyss, directeur adjoint de l'Office fédéral de la police ; Martin Keller, directeur adjoint au Secrétariat général du DFJP.

¹⁸ Commission d'experts « Unification de la procédure pénale » : Rapport d'activités intermédiaire, Berne, janvier 1995.

¹⁹ De 29 à l'unité, concept relatif à une procédure pénale unifiée ; rapport de la commission d'experts « Unification de la procédure pénale », DFJP, Berne 1997 (ci-après : « De 29 à l'unité »).

chacun des modèles actuellement en vigueur en Suisse serait à même de garantir une poursuite pénale efficace et conforme aux principes de l'Etat de droit. A la majorité de ses membres, elle a toutefois donné la préférence au modèle dans lequel le *juge d'instruction* est au centre de la procédure préliminaire et où le ministère public n'intervient que comme partie²⁰.

Les experts ont également examiné l'opportunité de créer des *nouveaux instruments de procédure pénale* et on donné à cette question une réponse nuancée. Alors qu'ils se sont prononcés en faveur du principe d'opportunité pour autant qu'il soit appliqué avec retenue, ils ont écarté des instruments tels que le « plea bargaining » ou l'impunité accordée au « témoin de la Couronne »²¹. L'un et l'autre posent quelques problèmes dans un Etat de droit et ne sont de toutes façons pas indispensables en l'état actuel des choses.

122 Auditions

Afin de sonder les premières réactions des milieux directement intéressés au rapport de la commission d'experts, l'Office fédéral de la justice a organisé au printemps 1998 une table ronde avec les représentants des principales institutions concernées²². Ces auditions²³ ont mis en évidence *une approbation unanime* de l'unification intégrale de la procédure pénale, c'est-à-dire une solution allant au-delà d'une simple loi-cadre. Quant au problème de l'ingérence dans les organisations judiciaires cantonales, soulevé dans le rapport de la commission d'experts, il a été diversement apprécié par les institutions consultées. Celles-ci ont toutes convenu que l'unification de la procédure pénale aurait immanquablement certaines répercussions sur l'organisation judiciaire. En revanche, c'est à propos de l'étendue des interventions nécessaires – ou acceptables – que les opinions ont divergé.

En ce qui concerne le choix du modèle de poursuite pénale, une tendance assez nette s'est dégagée en faveur de la solution du *ministère public*, telle qu'elle est appliquée à Bâle-Ville par exemple. Les principaux motifs de cette préférence tiennent à l'efficacité supérieure de ce système et à la nécessité d'une répartition claire des rôles, laquelle existe dans le modèle « juge d'instruction ». Sur cette question essentielle, la *position des cantons*, dont les points de vue sont encore fort divergents, est restée plutôt floue. On a surtout constaté à cet égard une différence entre les grands et les petits cantons, ces derniers privilégiant plutôt une solution incluant des juges d'instruction²⁴.

²⁰ « De 29 à l'unité », p. 35 ss. ; en ce qui concerne les différents modèles de poursuite pénale, voir le chiffre 141.

²¹ Voir à ce sujet les chiffres 151 et 162.

²² Ont participé à ces auditions des représentants des institutions suivantes: Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP); Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse (CCPCS) ; Société suisse de droit pénal (SSDP) ; Fédération suisse des avocats (FSA) ; Juristes démocrates de suisse (JDS); universités de Zurich, Berne, Bâle, Lausanne et Genève.

²³ Voir les auditions sur le rapport de la commission d'experts « Unification de la procédure pénale », procès-verbaux et prises de position écrites, Office fédéral de la Justice, Berne 1998 (ci-après : « Auditions »).

²⁴ Positions lors des auditions : Soutien limité du choix des experts, Auditions pp. 5, 7, 69, 117, 168. Les représentants des universités de Lausanne et Genève, en revanche, se sont montrés plutôt positifs, voire très positifs, Auditions pp. 39, 42 et 151. Critiques à l'égard du modèle proposé par les experts, Auditions pp. 5, 19, 44 s., 49, 62, 91 s., 133. Le représentant de la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police, notamment, a indiqué que «une majorité des cantons estimait que le modèle retenu (« juge d'instruction I ») n'était pas le meilleur», Auditions p. 29. La représentante de la Société suisse de droit pénal est parvenue à la même conclusion, Auditions p. 34. D'autres voix se sont prononcées en faveur du modèle « Juge d'instruction II », Auditions pp. 5, 36, 49 ; du modèle « ministère public monocéphale», Auditions p.19 ou du modèle

Les institutions consultées se sont prononcées relativement nettement en faveur d'une unification simultanée de la procédure pénale pour mineurs. Sur cette question, la commission d'experts avait adopté une position attentiste²⁵.

A l'instar de la commission d'experts, les participants aux auditions se sont prononcés en faveur de l'opportunité de la poursuite et contre le régime d'impunité accordée au « témoin de la Couronne ». En revanche, les institutions consultées ont donné une réponse plus nuancée à la question du *plea bargaining*, rejeté par la commission d'experts. Plusieurs d'entre elles ont évoqué certains avantages, propres à cet instrument, qu'il conviendrait peut-être de rendre utilisables dans le cadre du procès.

La proposition de la commission d'experts tendant à un *développement modéré des droits de la défense* ne s'est pas heurtée à des objections fondamentales. Les représentants des avocats pénalistes ont évidemment postulé ici ou là certains renforcements de ces droits.

123 Elaboration de l'avant-projet

En mars 1999, le DFJP a chargé Niklaus Schmid, professeur de droit pénal et de procédure pénale à l'université de Zurich²⁶, d'élaborer d'ici le mois de mars 2001 un avant-projet de code de procédure pénale fédéral et un rapport explicatif en se fondant sur les éléments du rapport préliminaire de la commission d'experts (« De 29 à l'unité ») et, dans la mesure appropriée, sur les résultats des auditions de 1998.

Le mandat précisait notamment que l'avant-projet devait s'inspirer en priorité²⁷ du modèle « *ministère public II* » (tel qu'il est actuellement pratiqué à Bâle-Ville ou au Tessin, par exemple). La *procédure pénale pour mineurs* devait être intégrée de façon appropriée dans le code de procédure pénale fédéral ; un spécialiste de cette matière devait être mandaté à cette fin. Enfin, il s'agissait de prévoir, ne serait-ce qu'à titre de variante, un régime « tempéré » de *plea bargaining*, compatible avec les principes juridiques suisses en vigueur.

124 Avant-projet de procédure pénale pour mineurs

Conformément aux termes du mandat confié au professeur Schmid (voir le chiffre 123 supra), l'Office fédéral de la justice a chargé, début 2000, Monsieur *Jean Zermatten*, président du Tribunal des mineurs du canton du Valais à Sion, de récapituler les problèmes que poserait l'unification de la procédure pénale des mineurs et de proposer des solutions.

Au mois d'avril 2000, l'expert rendait un rapport détaillé sur la question.

Dans le cadre d'une *audition*, des représentants de la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) et de la Société de droit pénal des mineurs ont eu l'occasion, au mois de juin 2000, de prendre position sur les réflexions et les propositions de Monsieur Jean Zermatten dont le rapport a rencontré un accueil largement positif.

« ministère public bicéphale », Auditions pp. 34, 62. Objections de principe à l'égard du choix d'un modèle de poursuite pénale, voir Auditions pp. 13, 31, 99, 118.

²⁵ « De 29 à l'unité », p. 70.

²⁶ Le professeur Schmid est à la retraite depuis le mois d'octobre 1999.

²⁷ En ce qui concerne les alternatives possibles, voir le chiffre 143.

Monsieur Jean Zermatten a ensuite été chargé d'élaborer un ensemble de dispositions de procédure pénale applicables aux mineurs, c'est-à-dire un *avant-projet* allant dans le sens de son rapport et tenant compte des principaux éléments recueillis lors des auditions, ainsi qu'un rapport explicatif.

Ces dispositions particulières seront soumises à la procédure de consultation sous forme de projet séparé.

13 Les grands traits du code de procédure pénale fédéral selon l'avant-projet

131 Considérations générales sur l'avant-projet

L'avant-projet ne cherche pas à créer des modèles de procédure révolutionnaires. Il s'inspire au contraire, dans la mesure où ils ont fait leurs preuves, des systèmes usuels en Suisse et des institutions qui les appliquent. Lorsque cela s'avère nécessaire et utile, les institutions existantes sont développées en tenant compte des normes juridiques de rang supérieur, telles la Constitution fédérale, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), afin de mettre en place un droit de procédure fédéral moderne. Au départ, les travaux de préparation de l'avant-projet avaient comme points de repères un certain nombre de *lignes directrices* appelées à jouer un rôle déterminant dans le futur droit procédural pénal :

- *Le code de procédure pénale fédéral doit harmoniser dans toute la mesure du possible le droit procédural jusqu' alors éparpillé dans de nombreux textes cantonaux et fédéraux. Il s'agit donc de transférer dans le code fédéral les dispositions procédurales contenues dans le code pénal, dans d'autres lois fédérales²⁸ et, par exemple, dans le Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale²⁹.*
- *Le code de procédure pénale fédéral devra également régir les *procédures spéciales* telles que la procédure par défaut et la procédure de l'ordonnance pénale. La question de savoir si les dispositions relatives à la procédure pénale pour mineurs doivent être, le moment venu, présentées aux Chambres sous forme de loi séparée conformément à l'avant-projet Zermatten³⁰ ou, au contraire, intégrées dans le code de procédure pénale fédéral – dont elles constitueraient alors le septième chapitre de la neuvième partie (art. 427 à 449 AP) – trouvera une réponse définitive lorsque la procédure de consultation sera achevée. Aussi l'avant-projet comporte-t-il plusieurs lacunes ou réserves dans lesquelles des règles particulières concernant les mineurs pourraient trouver place.*
- *Certaines *procédures liées à des lois spéciales*, notamment la procédure pénale militaire et, pour l'instant du moins, la procédure de droit pénal administratif (RS 313.0), ne sont*

²⁸ Telles la PPF, la LAVI, la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications du 6 octobre 2000 (fin du délai référendaire le 25 janvier 2001 ; voir FF 2000 4742) et la loi sur l'investigation secrète, actuellement en délibération au Parlement (voir l'objet n° 98.037 et le Message du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 1998 ; voir également FF 1998 3689). Mentionnons encore la loi fédérale, actuellement en préparation, sur l'utilisation des profils d'ADN dans les procédures pénales et pour l'identification de personnes inconnues ou portées disparues (le projet et le message y relatif du 8.11.2000 sont publiés dans la Feuille fédérale 2001 19), ainsi que la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral et la loi sur le Tribunal fédéral (voir le message du Conseil fédéral du 28.2.2001).

²⁹ Du 5 novembre 1992, RS 351.71.

³⁰ Voir chiffre 124.

pas incluses dans l'avant-projet³¹.

- Certains domaines accessoires ne relevant pas à proprement parler de la procédure pénale, comme la grâce, l'exécution des peines ou le casier judiciaire en sont également exclus, entièrement ou partiellement.
- L'harmonisation la plus complète possible signifie, en dernière analyse, qu'en ce qui concerne le droit de procédure proprement dit, la Confédération et les cantons ne disposeront plus, dans leurs lois d'introduction, que d'une *compétence réglementaire concernant des domaines accessoires*³².
- L'unification de la procédure pénale n'implique *pas nécessairement la fusion des autorités cantonales et fédérales chargées de la poursuite pénale*. Etant donné que les structures de ces autorités, forgées par l'histoire, varient considérablement selon les cantons, notamment pour des raisons tenant à leurs dimensions, et que rien ne laisse prévoir que les prétentions dans ce domaine soient appelées à converger, il serait vain de vouloir prescrire dans les détails à chacun d'eux les structures dont il devra se doter. Il convient de tenir compte des nouveaux articles 123 al.2 et 191b al.1 cst.³³ qui, sous réserve de dérogations de la loi, conservent notamment aux cantons leurs compétences en matière d'organisation judiciaire. Toutefois, il ne faut pas négliger le fait que sans un minimum de concordance dans l'organisation judiciaire, une véritable unification ne saurait être réalisée dans la mesure où le droit de procédure doit, au moins partiellement, se référer aux autorités existantes. Comme cela a été proposé non seulement dans le rapport « De 29 à l'unité »³⁴ mais également lors des auditions³⁵, l'empiétement sur l'organisation judiciaire des cantons se limite cependant à ce qui apparaît nécessaire pour garantir l'unification de la procédure. L'avant-projet emprunte donc une voie moyenne entre une réglementation exhaustive des autorités judiciaires et de leur organisation, et un concept qui laisserait en cette matière toute latitude à la Confédération et aux cantons. Aussi le texte proposé prescrit-il assez sommairement aux collectivités fédérale et cantonales les autorités dont elles doivent être dotées: corps de police, ministère public, tribunaux de première instance et certaines juridictions d'appel. Cependant, la dénomination de ces autorités, leur composition ou les compétences matérielles qui leur sont attribuées restent dans une large mesure l'affaire de la Confédération et des cantons. Quant à la question du choix du *modèle d'instruction*, nous défendons avec conviction le point de vue que celui-ci ne devrait pas être abandonné aux cantons, car cela rendrait parfaitement illusoire les avantages escomptés de l'unification de la procédure pénale (voir le chiffre 142 infra).
- L'avant-projet s'efforce d'*instaurer un juste équilibre entre les intérêts diamétralement opposés de l'Etat en charge de l'action pénale et ceux du prévenu, sans oublier ceux du lésé*. Il renonce à la mise en œuvre concrète des postulats extrêmes. Le développement des droits de la défense³⁶ s'accompagne d'un certain renforcement de ceux du lésé³⁷, de

³¹ Voir à ce sujet le commentaire de l'art. 1 AP.

³² Voir l'article 151 al. 2 et 3 AP aux termes duquel la Confédération et les cantons peuvent déléguer à certains auxiliaires des autorités pénales ou à la police la compétence de procéder à des auditions.

³³ Conformément à l'arrêté fédéral du 8 octobre 1999 sur la réforme de la justice, approuvé par le peuple lors de la consultation du 12 mars 2000.

³⁴ P. 34.

³⁵ Pp. 69, 79/80. Lors des auditions, toutefois, certaines voix se sont également élevées pour réclamer l'unification de l'organisation judiciaire; voir p. 132.

³⁶ Sur l'aménagement des droits de la défense, voir infra les chiffres 142.1, 231.1, 241.4, 242.1, 253.4, 261.32.

quelques restrictions en matière de recours³⁷ et de dispositions offrant aux organes de la poursuite pénale, sous la forme de l'observation policière³⁹ ou de la surveillance des relations bancaires⁴⁰, de nouveaux moyens d'instruction.

- On sera d'emblée frappé par le fait que cet avant-projet compte *plus de cinq cents articles* et que ces dispositions sont, pour partie, relativement détaillées. Cette densité normative est voulue. Elle est destinée en premier lieu à renforcer l'effet unificateur du texte ; il s'agit en effet de rendre applicables le plus rapidement possible, dans tout le pays et sans difficultés d'interprétation majeures, les règles qu'il comporte. Ensuite, la relative précision des modalités ainsi définies doit permettre d'atteindre l'objectif de simplicité de la procédure recherché par les initiateurs du projet. Par ailleurs, le projet est fondé sur la conviction que le droit de procédure peut en principe être régi par cette loi fédérale. Nous récusons dès lors – hormis pour certains aspects techniques – la variante consistant à placer dans la loi les grands traits de la procédure, laissant à une ordonnance le soin d'en régler les détails. Certes, opter pour cette variante allégerait le processus législatif. Pourtant, il est souhaitable que les dispositions qui régissent la procédure pénale et qui, pour une bonne part, imposent des devoirs aux justiciables et restreignent leurs droits, figurent dans un acte uniforme ayant rang de loi. De plus, le fait que les règles de procédure soient réparties entre différents textes en compliquerait l'application d'un point de vue purement pratique et poserait en outre des problèmes d'interprétation, par exemple en ce qui concerne la légalité des règles contenues dans l'ordonnance. Le principe selon lequel la procédure pénale est régie globalement dans une loi, certaines matières accessoires étant tout au plus réglées par voie d'ordonnance, est conforme à la tradition suisse⁴¹ et aux choix opérés dans les pays voisins⁴².
- *Plusieurs projets législatifs* en préparation en Suisse sont concernés par la future unification de la procédure pénale. A cet égard, il convient de citer en tout premier lieu la *révision totale de la partie générale du code pénal (PG CP)*, actuellement examinée par les Chambres fédérales. Le présent avant-projet tient partiellement compte de ces travaux législatifs, notamment en ce qui concerne la révision du code pénal. Ainsi, le nouveau système de sanctions proposé dans le Message du Conseil fédéral est déjà pris en considération ; l'avant-projet envisage, en accord avec la nouvelle partie générale du code pénal, de conserver la subdivision des infractions en crimes, délits et contraventions⁴³. Pour le surplus, l'avant-projet repose sur le droit en vigueur au 31 décembre 2000. Lors de son élaboration finale, il faudra cependant adapter le projet de CPPF unifié à la partie

³⁷ Voir chiffre 233 infra; qualité pour recourir de l'article 451 AP.

³⁸ P.ex. en ce qui concerne l'appel ; voir les articles 467 ss. AP.

³⁹ Voir les articles 297 ss. AP

⁴⁰ Articles 318 ss. AP

⁴¹ Le canton des Grisons, par exemple, compte dans ce domaine un nombre relativement élevé d'ordonnances ; voir cependant l'ordonnance relative à la PPM.

⁴² La densité normative de ce projet de code de procédure pénale correspond à celle des textes que l'on trouve dans les pays voisins. En *Allemagne*, dont le CPP (StPO) remonte à 1877 mais a subi depuis de nombreuses révisions, les articles sont au nombre de 476 ; mais plusieurs normes comportent des dispositions supplémentaires ajoutées sous lettres a, b, c, etc. (voir notamment l'art. 111, complété par les articles 111a à 111p) ; au total, cette loi comporte donc largement plus de cinq cents dispositions. En *Autriche*, le CPP de 1975, dans la version issue de la loi sur la révision de la procédure pénale de 1993, compte 503 articles. Quant aux lois de procédure de nos voisins latins, elles sont nettement plus volumineuses. Le CPP français, qui date de 1957, décline la procédure pénale en 802 articles, l'italien, de 1988, en 748 articles. Toutefois, ces textes régissent également des sujets que l'on trouve généralement en Suisse dans d'autres lois, comme par exemple l'entraide judiciaire ou l'exécution des peines.

⁴³ Message du Conseil fédéral sur la partie générale du code pénal, 22 s., 167 ad n.art. 10 et 103 CP.

générale du code pénal révisée qui, entre-temps, aura été définitivement adoptée. Cela vaut également pour la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications du 6 octobre 2000⁴⁴ et d'autres actes législatifs qui se trouvent actuellement en délibération au Parlement, tels la loi sur l'investigation secrète⁴⁵ : loi sur l'aide aux victimes d'infractions⁴⁶, la loi sur la circulation routière⁴⁷ ou la loi relative à l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et pour l'identification de personnes inconnues ou portées disparues⁴⁸. D'importantes adaptations seront nécessaires le moment venu, notamment en prévision du projet de réforme totale de l'organisation judiciaire fédérale que le Conseil fédéral a soumis au Parlement avec son message du 28.2.2001, projet qui inclut les futures lois sur le Tribunal fédéral et sur le Tribunal pénal fédéral⁴⁹.

- Outre la révision partielle mentionnée ci-dessus, un projet de *révision totale de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions* est également à l'étude actuellement. La commission nommée à cet effet par la présidente du DFJP s'est réunie pour la première fois en automne 2000. L'avant-projet de code de procédure pénale fédéral lui a été soumis afin qu'elle examine les dispositions définissant la position des victimes dans la procédure pénale. La commission d'experts a commencé ses travaux au mois de novembre 2000 en examinant les éléments de la LAVI qui concernent cette question. Elle développe dans un rapport intermédiaire du 5.2 2001 des contre-propositions au présent avant-projet qui font l'objet, avec celui-ci, de la procédure de consultation.

132 Survol de l'avant-projet

L'avant-projet structure le futur code de procédure pénale fédéral en treize parties. Cette systématique correspond à peu de choses près à celle adoptée par les codes cantonaux les plus récents⁵⁰ et par la littérature consacrée à une présentation globale du droit procédural pénal⁵¹. Ainsi, une *Première partie* définit tout d'abord le champ d'application du CPP fédéral (art. 1 et 2 AP), puis les principes généraux régissant la procédure pénale (art. 3 à 12 ; voir chiffre 21 infra). La *Deuxième partie* contient des dispositions plus nombreuses concernant les autorités pénales, sur lesquelles la Confédération et les cantons devront légiférer plus en détail (art. 13 à 27 AP), sur le for, c'est-à-dire la compétence *ratione loci* de ces autorités (art. 38 à 48 AP), sur le partage des compétences entre les autorités pénales cantonales et fédérales (art. 28 à 37 AP), sur l'entraide judiciaire nationale et internationale (art. 50 à 61 AP), sur la récusation des magistrats et fonctionnaires agissant en qualité d'autorités pénales (art. 62 à 66 AP), sur la direction de la procédure et la police de l'audience (art. 67 à 70 AP) ainsi que des normes détaillées sur les actes de procédure des autorités (art. 71 à 113 AP ; voir également le chiffre 22 infra). La *Troisième partie* est consacrée aux parties à la procédure (personnes privées) et

⁴⁴ Texte soumis au référendum : FF 2000 4742

⁴⁵ Voir à ce sujet les chiffres 258.1 et 258.4 infra.

⁴⁶ Voir le projet de modification de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions ; amélioration de la protection accordée aux victimes âgées de moins de seize ans ; rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 23 août 1999 ; prise de position du Conseil fédéral du 20 mars 2000. Une nouvelle révision de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions est également en préparation.

⁴⁷ Voir le Message du Conseil fédéral du 31 mars 1999 concernant la révision de la loi sur la circulation routière, FF 1999, 4106.

⁴⁸ Voir le message du Conseil fédéral du 8.11.2000 (FF 2001 19).

⁴⁹ Cf. FF 2001 ... (à venir).

⁵⁰ Voir par exemple ceux de Berne du 15 mars 1995, de Fribourg du 14 novembre 1996 ou de Bâle-Ville du 8 janvier 1997.

⁵¹ Voir notamment les ouvrages d'Aeschlimann 1997, de Hauser-Schweri 1999, de Maurer 1999, d'Oberholzer 1994, de Piquerez 2000 et de Schmid 1997.

à leurs droits, c'est-à-dire en premier lieu le prévenu (art 121 à 123 AP), le lésé et la partie plaignante (art. 124 à 132 AP) et leurs défenseurs respectifs, à l'assistance judiciaire et à la représentation (art 133 à 143 AP ; voir également le chiffre 23 infra). Suivent les dispositions sur les moyens de preuve et leur administration (art. 145 à 206 AP ; voir également le chiffre 24 infra) qui constituent la *Quatrième partie*, puis celles de la *Cinquième partie* qui régissent non seulement les différentes mesures de contrainte privatives de liberté qui peuvent revêtir les formes suivantes : appréhension, arrestation provisoire, détention préventive et détention de sécurité, mais également d'autres atteintes aux droits constitutionnels telles que le séquestre ou la perquisition. A partir de la *Sixième partie*, l'avant-projet de CPP aborde les questions de procédure au sens étroit. On y trouvera en effet les dispositions régissant la procédure préliminaire, c'est-à-dire l'investigation policière (art. 333 à 337 AP), puis l'instruction par le ministère public (art. 338 à 349 AP ; voir également le chiffre 261 infra). La *Septième partie* est consacrée à la procédure intermédiaire, c'est-à-dire cette phase de la procédure qui s'intercale entre la procédure préliminaire et l'instruction par un tribunal pénal et au cours de laquelle se prend soit une décision de non-lieu (art. 350 à 356 AP), soit une décision de mise en accusation (art. 357 à 360 AP ; voir également le chiffre 262 infra). Dans la *Huitième partie* se trouvent les règles concernant les débats de première instance (art. 361 à 384 AP; voir chiffre 263 infra). La *Neuvième partie* régit certaines procédures spéciales: la procédure simplifiée (art. 385 à 389 AP), la procédure relative aux décisions judiciaires indépendantes ultérieures (art. 390 à 393 AP), la procédure par défaut (art. 394 à 400 AP), les procédures indépendantes en matière de mesures (art. 401 à 411 AP), la procédure de l'ordonnance pénale (art. 412 à 417 AP), la procédure pénale en matière de contravention (art. 418 à 426 AP) et éventuellement la procédure pénale applicable aux mineurs (voir la lacune réservée à cet effet aux articles 427 à 449 AP ; pour toutes ces procédures, voir chiffre 264 infra). Les moyens de recours font l'objet de la *Dixième partie* (art. 450 à 485 AP; voir chiffre 27 infra), alors que la *Onzième partie* traite des frais de procédure et des indemnités (art. 486 à 505 AP; voir chiffre 28 infra). La *Douzième partie* énonce certains principes concernant l'entrée en force et l'exécution des décisions pénales (art. 506 à 514 AP; voir chiffre 29 infra). La *Treizième partie*, enfin, contient les dispositions complémentaires, finales et transitoires de la loi (art. 515 ss. AP) qui, eu égard à leur nature très largement technique, ne seront pas présentées en détail dans ce rapport.

133 Déroulement d'une procédure pénale ordinaire conformément à l'avant-projet de CPPF

En guise d'introduction, on décrira *brièvement le déroulement d'une procédure pénale ordinaire*⁵² menée conformément aux règles énoncées par l'avant-projet.

Saisie d'une plainte émanant soit d'un particulier soit d'une autorité (art. 329 et 330 AP), c'est généralement la police qui débute l'enquête ; toutefois, le ministère public⁵³ peut également ouvrir et diriger une procédure préliminaire sans enquête préalable de la police (art. 339 al. 3 AP). La police relève les indices des infractions (art. 333 al. 2 AP) et en appréhende les auteurs présumés (art. 229 AP). Les résultats de l'enquête sont aussitôt communiqués au ministère public (art. 336 AP) qui décide alors s'il y a lieu ou non d'ouvrir une instruction (art. 339 AP). Le ministère public dirige l'instruction ouverte (art. 342 AP), interroge les prévenus et les témoins (art. 166 à 199 AP), recueille les autres *preuves* nécessaires (art. 200 à

⁵² Les procédures spéciales comme la procédure par défaut, la procédure de l'ordonnance pénale ou la procédure en cas de contravention, qui font l'objet de la Neuvième partie, ne sont pas prises en considération ici.

⁵³ Il s'agira des autorités en charge de l'instruction et de l'accusation, dont les noms précis résulteront des lois d'introduction de la Confédération et des cantons ; voir également l'article 15 AP.

206 AP) et ordonne les mesures de contrainte qui s'imposent, à moins que celles-ci ne relèvent de la compétence du tribunal des mesures de contrainte (art. 22 AP) – ce qui est par exemple le cas lorsqu'il s'agit d'ordonner la mise en détention préventive (art. 233 à 241 AP) -. Lorsque les mesures de contrainte ne sont pas ordonnées par le tribunal compétent, elles peuvent faire l'objet (comme d'ailleurs tous les actes d'instruction du ministère public; voir l'art. 462 al. 1, chiffre 2 AP) d'un recours (art. 461 à 466 AP) auprès de l'autorité de recours (art. 26 AP).

Lorsque l'instruction préparatoire est terminée, le ministère public décide de son propre chef, dans le cadre de la *procédure intermédiaire* (art. 350 à 360 AP), s'il y a lieu de rendre une ordonnance de mise en accusation (art. 357 à 360 AP) ou de prononcer le non-lieu. Le recours est admis contre la décision de classement, mais pas contre l'ordonnance de mise en accusation.

L'ordonnance de mise en accusation est transmise directement au tribunal de première instance qui en vérifiera la régularité – c'est la procédure d'examen prévue à l'art. 362 AP – et qui fixera la date des débats (art. 364 – 366 AP). La Confédération et les cantons disposeront d'une certaine liberté en ce qui concerne la mise en place de cette *première instance* : Ils pourront par exemple créer sur leur territoire de compétence des tribunaux décentralisés (de district, etc.), d'autres spécialisés dans certaines formes de criminalité et une cour pénale ou un tribunal pénal économique appelés à connaître, pour tout le canton, des infractions les plus graves (art. 15 et 23 AP). La Confédération et les cantons peuvent également prévoir un *juge unique* compétent pour connaître des affaires pénales bénignes ou de moyenne gravité dans lesquelles le ministère public requiert – en vertu de l'article 24 AP – une peine privative de liberté de trois ans au plus (variante: un an) ou une mesure privative de liberté. Cette distinction entre les cas relevant de la compétence d'un juge unique et les autres affaires traitées en première instance influence la procédure de première instance sans égard à la question de savoir si les juges uniques seront institués ou non : dans les cas relevant d'un juge unique, on appliquera une *procédure probatoire simplifiée*, dans les autres cas de première instance une *procédure probatoire qualifiée* (art. 374 et 375 AP et 376 à 387 AP). La seconde met l'accent sur l'immédiateté des débats, c'est-à-dire que les parties peuvent demander que les preuves importantes soient administrées à la barre du tribunal (art. 377 AP).

L'*appel du jugement de première instance* devant une cour d'appel⁵⁴ est admis dans tous les cas ; la partie qui formule une déclaration d'appel doit indiquer si elle attaque le jugement dans son ensemble ou seulement sur certains points (art. 468 AP). Contre les actes de procédure – une décision de non-lieu par exemple –, seul le recours est recevable (art. 462 AP). Les *recours sont traités en procédure écrite* (art. 466 AP). A certaines conditions, les appels peuvent aussi être traités en procédure écrite (art. 472 et 473 AP). A quelques restrictions près, la procédure de recours se fonde sur les preuves recueillies à l'instruction et lors de la procédure de première instance (art. 457 AP). Ainsi, hormis la *révision*, procédure ouverte contre un arrêt entré en force lorsque surgissent de nouveaux moyens de preuve, l'avant-projet n'institue pas d'autres voies de recours. Le droit actuel permet le pourvoi en nullité et le recours de droit public au Tribunal fédéral ; dans le nouveau droit, le justiciable

⁵⁴ Là également, la dénomination exacte de l'instance qui assume la fonction d'une cour d'appel appartient à la Confédération et aux cantons (art. 15 AP). Quant à savoir si l'appel contre les décisions rendues en première instance par le Tribunal pénal fédéral sera un jour possible, la question reste encore ouverte (voir à ce sujet les chiffres 221.9 et 273.1 infra).

ne disposera plus que du recours en matière pénale prévu aux articles 73 et suivants de la loi sur le Tribunal fédéral⁵⁵.

14 Modèle unifié de poursuite pénale

Le modèle de poursuite pénale décrit la procédure préliminaire, c'est-à-dire les stades de la procédure qui précèdent la procédure de jugement proprement dite, au terme de laquelle le tribunal statuera sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé et sur les conséquences d'une condamnation ou d'un acquittement. Les phases de la procédure préliminaire sont donc l'enquête de police, l'instruction préparatoire et la procédure intermédiaire au cours de laquelle l'autorité d'instruction classe la procédure ou prend une ordonnance de renvoi. Les modalités selon lesquelles les faits essentiels de la cause et les moyens de preuve seront réunis pour être soumis ultérieurement au tribunal en vue du jugement au fond dépendent du modèle de poursuite pénale choisi. Dans les modèles envisagés, les différences portent avant tout sur les rapports réciproques entre les autorités intervenant dans la phase préliminaire de la procédure (police, juge d'instruction, ministère public) et sur leur rôle respectif dans la procédure. Les modèles « juge d'instruction » que l'on trouve en Suisse varient selon les cantons. C'est pourquoi il a paru plus clair de classer les nombreuses variantes existantes en quelques catégories. Dans son concept, la commission d'experts a donc dégagé *quatre modèles principaux*⁵⁶ qui seront repris dans le présent rapport.

Il ne fait aucun doute que la question du choix d'un modèle de poursuite pénale revêt une importance cruciale dans l'unification du droit suisse de la procédure pénale dans la mesure où ce choix entraînera pour un nombre plus ou moins important de cantons des modifications structurelles sensibles au niveau des autorités pénales. Mais si l'on renonçait à adopter un modèle de poursuite pénale unifié, le futur code de procédure pénale fédéral n'aurait que le caractère d'une loi-cadre et l'unification visée resterait lettre morte⁵⁷. Il est donc inéluctable, dans le cadre du présent projet législatif, de choisir un modèle de poursuite pénale unique pour toute la Suisse⁵⁸.

141 Les quatre types de procédure préliminaire : les modèles « juge d'instruction » I et II et les modèles « ministère public » I et II

Si l'on distingue les quatre modèles de poursuite pénale par leurs caractéristiques essentielles et leurs différences majeures par rapport aux autres modèles, on leur découvre d'une part les particularités⁵⁹, d'autre part les avantages et inconvénients⁶⁰ récapitulés ci-dessous :

141.1 Le modèle « juge d'instruction » I

Dans le modèle « juge d'instruction » I, l'information pénale est dirigée par *un juge d'instruction indépendant*. La police judiciaire lui est subordonnée, ce qui élimine la séparation entre l'enquête préliminaire et l'instruction. Dans ce contexte, on utilise l'expression de *procédure d'instruction à un temps*. On entend par là qu'il appartient au juge

⁵⁵ Selon le projet du 28.2.2001.

⁵⁶ « De 29 à l'unité », pp.31 ss.

⁵⁷ C'est également dans ce sens que va la majorité des voix émises lors des auditions ; voir notamment pp. 7, 12, 15, 32, 34 s., 36, 44, 48 s. 61, 69, 98, 131, 157. Voir également les chiffres 121.3 et 122 supra.

⁵⁸ Ce constat est clairement posé dans le rapport « De 29 à l'unité », p.31 ; certaines voix isolées aimeraient abandonner cette question aux cantons : auditions pp. 114, 131/132.

⁵⁹ Pour plus de détails, voir « De 29 à l'unité », p.31 ss.

⁶⁰ Ceux-ci sont développés dans « De 29 à l'unité », p.33 ss.

d'instruction d'ouvrir la poursuite pénale et que l'activité de la police judiciaire est subordonnée à ses instructions⁶¹. Le ministère public, qui n'a pas le pouvoir de donner des instructions au juge d'instruction, n'intervient dans la procédure préliminaire que comme partie. Lorsque l'instruction est close, le ministère public formule ses réquisitions et soutient l'accusation devant les tribunaux. Selon la commission d'experts, six codes de procédure cantonaux sont rattachés à ce modèle⁶².

Les *avantages* d'un modèle comportant un juge d'instruction indépendant résident tout d'abord dans une meilleure conformité aux principes de l'Etat de droit : le juge d'instruction est totalement indépendant des autres autorités pénales, notamment du ministère public, et n'est finalement tenu que par le respect du droit. Il ne sera pas confronté ultérieurement au prévenu en tant que partie adverse lors de l'audience de jugement. Lorsque le ministère public intervient dans la procédure d'instruction, c'est en qualité de partie, disposant des mêmes droits que le prévenu. La séparation des fonctions entre l'instruction préalable, dirigée par le juge d'instruction, et l'accusation, soutenue devant les tribunaux par le ministère public, promet une objectivité plus grande et un meilleur accomplissement du principe de vérité dans la mesure où deux instances considéreront le cas d'un œil plus critique qu'une seule. Certains voient encore un autre avantage dans l'instruction préalable dirigée par un juge d'instruction indépendant : ce dernier peut ordonner lui-même des mesures de contrainte alors que dans d'autres modèles, il faut pour cela, d'une façon ou d'une autre, l'intervention d'une tierce autorité judiciaire.

Certains des avantages évoqués sont toutefois assortis de quelques *inconvenients*. Tout d'abord, on peut se demander si le fait que le fonctionnaire enquêteur soit un juge améliore vraiment la situation du prévenu, non seulement du point de vue formel mais également factuel. Ainsi, l'argument selon lequel il serait possible dans le modèle « juge d'instruction » I - contrairement au modèle « ministère public » II⁶³ - de faire abstraction d'une décision ou d'un contrôle judiciaire lorsqu'il s'agit d'ordonner une mesure de contrainte, notamment en matière de détention préventive, devrait perdre de sa pertinence à plus ou moins long terme⁶⁴. D'autre part, le principe du double examen évoqué ci-dessus risque dans de nombreux cas, et singulièrement en matière de criminalité économique, d'alourdir considérablement la procédure dans la mesure où, au terme d'une longue instruction, le ministère public devrait à son tour prendre connaissance d'un dossier qui peut être extrêmement volumineux. Cette indépendance entre juge d'instruction et ministère public constitue également un inconvénient majeur dans la mesure où la mise sur pied, notamment dans les grands cantons, de sections spécialisées et efficaces, dirigées par des connaisseurs expérimentés – ce qui sous-entend une organisation hiérarchique –, appelées à intervenir dans les formes les plus lourdes de la criminalité telles la délinquance économique, les trafics de stupéfiants ou le crime organisé, semble difficilement réalisable du point de vue juridique. Les juges d'instruction

⁶¹ A propos de la procédure d'instruction à un temps, voir Hauser/Schweri 1999 § 75 N 7 ss ; Schmid 1997 N 15, 780.

⁶² « De 29 à l'unité », p.32 : il s'agit des cantons de Glaris (CPP 5a, 12 ss., 16 f., 40 ss) ; Fribourg (CPP 10, 11, 12, 152 ss.) ; Soleure (CPP 13, 83 ss., 134 ss.) ; il semble actuellement que Soleure s'efforce d'adopter le modèle « ministère public » II) ; Vaud (CPP 4 ss., 49 ss.) ; Valais (CPP 11^{bis}, 51 ss.). – Ces rattachements seront repris ci-dessous bien qu'ils apparaissent parfois discutables, notamment en ce qui concerne le modèle « juge d'instruction » II.

⁶³ A ce sujet, voir chiffre 141.4 infra.

⁶⁴ Les attentes placées dans l'indépendance du juge d'instruction, auquel est confiée la tâche de la poursuite pénale, sont régulièrement déçues; pour être réaliste, il convient également de relativiser les avantages escomptés du système du double examen. Voir à ce sujet Auditions pp. 19 s., 35, 118, 134 s. Certains ont même qualifié de vue de l'esprit (*lebensfremd*) l'indépendance prêtée au juge d'instruction dans ce modèle (Auditions p. 134).

indépendants ne peuvent, par définition, être liés par une hiérarchie, élément nécessaire par exemple lorsqu'il s'agit d'instituer des sections spécialisées dans la lutte contre certaines formes de criminalité⁶⁵. Par son concept même, ce modèle semble donc adapté aux petits cantons dans lesquelles l'organisation judiciaire est peu ramifiée⁶⁶.

141.2 Le modèle « juge d'instruction II »

La commission d'experts a dénombré treize codes de procédure cantonaux relevant du modèle « juge d'instruction II »⁶⁷. La procédure préliminaire fait intervenir et le juge d'instruction et le ministère public. Toutefois, à la différence du modèle « juge d'instruction I », le premier, n'est pas indépendant du second ; il est soumis, dans une mesure qui, évidemment, varie considérablement d'un canton à l'autre, au pouvoir d'instruction du ministère public. Le mode de coopération entre le service des juges d'instruction et le ministère public est également très variable : alors que dans certains cantons le juge d'instruction possède la compétence de prononcer le non-lieu ou, au contraire, la mise en accusation devant les tribunaux⁶⁸, dans d'autres le juge d'instruction n'a que la compétence d'instruire le dossier et, dans certains cas, de classer l'affaire. Dans la majorité des cantons, la mise en accusation et la représentation de l'accusation au tribunal incombe exclusivement au ministère public⁶⁹.

Ce modèle reprend certains avantages (principe du double examen) et inconvénients (travail à double) du modèle « juge d'instruction I ». Certes, il fait intervenir des juges d'instruction. Mais comme ceux-ci sont soumis au pouvoir d'instruction du ministère public, certains inconvénients inhérents au modèle « juge d'instruction » I, comme l'impossible intégration dans une autorité pénale hiérarchisée et efficace, sont écartés. Cette absence d'indépendance a toutefois pour corollaire la disparition de quelques avantages propres à ce système. Comme on l'a déjà suggéré, il serait possible d'envisager des formes mixtes, par exemple un type de procédure préliminaire dans lequel le juge d'instruction, tout en étant soumis au pouvoir d'instruction du ministère public, devrait assumer lui-même la mise en accusation et la représentation de celle-ci devant les tribunaux. Un tel système se rapproche à certains égards du modèle « ministère public II », avec ses éléments d'efficacité caractéristiques mais également les inconvénients inhérents à ce modèle.

141.3 Modèle « ministère public I »

Ce modèle, issu du droit français, est caractérisé par la *bipartition* de la phase préliminaire⁷⁰. Avant même l'intervention du juge d'instruction, la police judiciaire mène l'enquête sous la direction du ministère public. Ce n'est qu'ensuite que ce dernier requiert un juge d'instruction (indépendant) d'ouvrir une instruction préparatoire. Ce système est surtout connu en

⁶⁵ Reste ouverte la question de savoir dans quelle mesure la fonction de président des juges d'instruction créée dans certains cantons (voir par exemple FR, art. 4 du règlement du 5 février 1999 relatif à l'organisation et au fonctionnement du service des juges d'instruction; voir également Auditions p.118) est compatible avec l'exigence d'indépendance et susceptible de fournir une solution aux problèmes soulevés ici.

⁶⁶ Une voix s'est exprimées dans ce sens lors des auditions (voir p.91).

⁶⁷ Dans l'intervalle, AI et SG se sont ralliés au modèle « ministère public II ». Par ailleurs, le rattachement est difficile à établir de façon claire dans certains cantons. Voir n. 62.

⁶⁸ Tel est le cas à ZH : art. 39 CPP en association avec l'art. 72 chiffre 1 LOJ ; LU : art 125 ss. et 130 CPP ; SZ : art. 70 et 73 CPP en association avec l'art. 37 LOJ ; SG : art 181 CPP.

⁶⁹ Voir par exemple BE : art. 250 ss. CPP ; OW : art. 93, 102, 105 CPP ; NW : art. 110, 114 ss., 125 CPP ; BL : art. 130 et 143 CPP ; AR art. 158 ss. CPP ; AI : art. 83 ss. CPP ; SH : art. 234 CPP ; GR : art. 82 et 98 CPP ; TG : art. 133 et 142 CPP.

⁷⁰ Sur l'option avec ou sans juge d'instruction, voir Hauser/Schweri 1999 § 75 N 5 ss. ; Schmid 1997 N 15, 780.

procédure pénale fédérale⁷¹ mais également dans cinq cantons⁷². Lorsque l'information est close, le juge d'instruction communique le dossier au ministère public qui décide de la mise en accusation ou du classement.

Ce modèle accroît quelque peu l'efficacité et l'impact de l'action pénale dans la mesure où la police conduit ses investigations sous la seule direction du ministère public. L'information ouverte ensuite par le juge d'instruction sur réquisition du parquet, puis la mise en accusation incombant à ce dernier, offrent les avantages que l'on a reconnus au modèle « juge d'instruction I ». Toutefois, cette bipartition et le travail à double auxquels elle donne lieu alourdissent la procédure et s'avèrent peu efficaces, notamment dans les affaires complexes.

141.4 Modèle « ministère public II »

Le modèle « ministère public II » a cours dans quatre cantons⁷³ et à l'étranger, sous une forme semblable, en Italie, en Allemagne et dans les pays anglo-saxons⁷⁴. Ce système est caractérisé par l'*absence totale de juge d'instruction*. Le ministère public conduit l'instruction, prononce la mise en accusation et soutient celle-ci devant les tribunaux. Il dirige habituellement la police judiciaire ou dispose tout au moins à son égard d'un pouvoir d'instruction.

Si l'on retient avant tout, dans le système « ministère public », une procédure préliminaire sans juge d'instruction⁷⁵, les avantages et les inconvénients qui en résultent sont pour la plupart symétriquement inverses à ceux qui ont été évoqués sous chiffre 141.1 ci-dessus à propos de la phase préliminaire diligentée par un juge d'instruction indépendant : si l'ensemble de la procédure est conduit par une seule et même autorité, depuis les premières investigations de la police jusqu'à la représentation de l'accusation devant le tribunal en passant par l'instruction préparatoire et la mise en accusation, les avantages en termes d'efficacité sont incontestables, mais en contrepartie, on peut s'interroger sur l'objectivité de l'action pénale et le respect des garanties propres à l'Etat de droit. Par ailleurs, comme cela a déjà été souligné, la différence avec le modèle « juge d'instruction II » serait assez ténue si le juge d'instruction procédait lui-même (du moins partiellement) à la mise en accusation et soutenait personnellement celle-ci lors du procès.

142 Le modèle « ministère public » de l'avant-projet

142.1 Les grandes lignes du concept

Conformément au mandat décerné par le DFJP, l'avant-projet élaboré par les experts se fonde dans les grandes lignes sur le modèle « ministère public II »⁷⁶. *La procédure préliminaire est donc dirigée par le ministère public*. Pendant la phase des investigations policières qui précède l'instruction proprement dite, ce dernier peut à tout moment donner des instructions à

⁷¹ Art. 108 PPF.

⁷² Le rapport « De 29 à l'unité » mentionne à la page 1 les cantons suivants : UR, AG, NE, GE et JU.

⁷³ Le rapport « De 29 à l'unité » ne cite que TI et BS (voir sur ce point et sur l'évolution en cours à BS : Dubs 2000, p. 45 ss.) ; dans l'intervalle cependant, AI (décision de la Landsgemeinde du 30 avril 2000 concernant la révision de la loi de procédure pénale) et SG (nouveau CPP du 1^{er} juillet 1999) ont adopté de modèle. A Soleure se dessine apparemment un mouvement dans la même direction.

⁷⁴ A propos de ces régimes procéduraux, voir Piquerez 2000 N 214 ss., 229 ss., 224 ss. ; pour la procédure anglo-américaine, voir Schmid 1993 39 ss.

⁷⁵ C'est de toute évidence à ce modèle que se réfèrent les auteurs du rapport « De 29 à l'unité » lorsqu'ils exposent au chiffre 3.123, p. 35, les motifs plaçant pour une « phase préliminaire sans juge d'instruction ».

⁷⁶ Voir chiffre 123 supra. Si l'on ne parle désormais plus que du modèle « ministère public », c'est que le modèle retenu dans cet avant-projet ne correspond pas en tous points à celui de la commission d'experts.

la police (art. 17 al. 3 et 335 al. 2 AP ; voir également chiffre 221.2 et 261.21 infra). Ensuite, lorsque l'instruction est close, c'est au ministère public qu'il incombe de statuer sur le non-lieu ou la mise en accusation et de soutenir celle-ci devant les tribunaux. La continuité de la procédure, de l'enquête préliminaire à la mise en accusation en passant par l'instruction, confère une grande efficacité à l'action pénale. En contrepois, diverses mesures sont prévues pour éviter que les autres parties ne soient empêchées d'exercer leurs droits par des autorités pénales investies de pouvoirs démesurés. C'est dans cette perspective que l'avant-projet institue un tribunal des mesures de contrainte chargé de statuer sur les mesures les plus contraignantes, telle la détention préventive (art. 22 et 233 – 241 AP ; voir également chiffre 221.5 infra). Le justiciable peut également s'adresser à ce tribunal – et, le cas échéant à l'autorité de recours par la voie du recours – pour se plaindre d'autres mesures de contrainte ou de tout acte de procédure accompli au cours de la phase préliminaire (art. 26, 212 et 461 – 467 AP ; voir également chiffre 221.8 et 272.1 infra). Il est par ailleurs prévu de renforcer les droits de la défense au cours de la procédure préliminaire (art. 117 – 118, 158 – 159, 168, 236, 342 al. 1 ; sur ce point, voir en particulier les chiffres 231.1, 241.4, 242.1, 253.4, 261.32) et l'immédiateté des débats de première instance (art. 367 – 379, chiffre 263.2).

Si le choix du modèle de poursuite pénale doit être guidé en priorité par un objectif d'efficacité de l'instruction, *il est indispensable de ménager à la Confédération et aux cantons certaines libertés dans l'aménagement du modèle proposé*. Il est évident, par exemple, que dans un petit canton essentiellement rural, le ministère public ne sera pas structuré de la même façon que dans un canton très peuplé, confronté à des activités délictuelles graves, telles la criminalité économique ou les trafics de stupéfiants. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet laisse à la Confédération et aux cantons le loisir d'instituer des autorités pénales hiérarchisées, avec un procureur général disposant d'un pouvoir d'instruction sur des substituts (art. 15 AP ; chiffre 221.1 et 221.3). Sauf dans les petits cantons, une autorité supérieure sera généralement nécessaire. Dans ceux qui opteront pour une organisation hiérarchisée (procureur général – substituts), on se rapprochera d'une situation – existant actuellement dans différents cantons – que la commission d'experts caractérise comme le modèle « juge d'instruction II »⁷⁷ et dans lequel le juge d'instruction conduit la procédure préliminaire tout en étant soumis aux instructions du ministère public. Toutefois, contrairement aux modalités d'application du modèle « juge d'instruction II » en usage dans certains cantons, le classement et la mise en accusation doivent être du ressort du ministère public (terminologie actuelle : juge d'instruction, juge informateur, etc.) et non du procureur général (dans la terminologie de l'avant-projet). Quant à savoir, dans les modèles « ministère public » à structure hiérarchique, à quelle instance doit revenir la qualité pour recourir, il appartiendra à la Confédération et aux cantons d'en décider dans leur loi d'introduction.

142.2 Les motifs qui ont guidé le choix du modèle « ministère public »

Il convient tout d'abord de préciser que le choix de ce modèle a été guidé par la conviction qu'il constituera aujourd'hui et demain, du moins au niveau de la procédure pénale, un instrument optimal de la lutte contre la criminalité. En opérant ce choix, il s'agissait en tout premier lieu d'*améliorer l'efficacité de la poursuite pénale tout en tenant compte dans la mesure adéquate des intérêts légitimes des justiciables impliqués dans la procédure*. Que le

⁷⁷ « De 29 à l'unité », p. 30.

modèle « ministère public » proposé soit le plus à même de satisfaire l'exigence d'efficacité de l'action pénale ne semble par ailleurs pas contesté⁷⁸.

- Un avantage majeur de ce modèle réside dans le fait que la totalité de l'instruction préparatoire, jusqu'à la mise en accusation, est entre les mains du ministère public, ce qui évite que certaines tâches soient accomplies à double, élément caractéristique des systèmes « juge d'instruction » largement répandus actuellement. La position de force que cette concentration confère au ministère public et qui pourrait inquiéter certains, doit être modérée par un renforcement approprié des droits des parties tout au long de la procédure.
- Si on laisse à la Confédération et aux cantons le soin d'organiser le ministère public, y compris, notamment, la possibilité de créer un parquet général (procureur général), ils auront la possibilité de définir librement *les structures d'instruction et de mise en accusation qui conviennent le mieux à leurs besoins*. Les cantons pourront donc mettre sur pied des autorités d'instruction et de mise en accusation hiérarchisées et soumises à un pouvoir d'instruction, ce qui aurait pour effet non seulement d'améliorer leur efficacité mais également d'en optimiser la conduite et le contrôle. Ce besoin existe avant tout dans les cantons dont l'importance nécessite un certain degré de spécialisation des instances. Il est peu probable que dans un grand ou très grand canton, disposant en conséquence de nombreux fonctionnaires pénaux – le canton de Zurich, par exemple, comptait en 1999 cent trente-six procureurs d'arrondissement⁷⁹, c'est-à-dire des juges d'instruction –, un modèle comportant un juge d'instruction indépendant⁸⁰ soit praticable et efficace⁸¹.
- Même en l'absence de données chiffrées fiables, on peut d'ores et déjà affirmer que la mise en place du modèle « ministère public » proposé dans l'avant-projet ne nécessitera pas davantage - *plutôt moins* - de personnel judiciaire et entraînera de ce fait des coûts moins élevés que les autres modèles, et notamment le modèle « juge d'instruction I » privilégié par la commission d'experts⁸².
- Les inconvénients invoqués, du moins en partie, à l'encontre du modèle « ministère public » proposé dans l'avant-projet, et notamment l'abandon du double examen et de la relative indépendance du juge, peuvent être compensés de façon satisfaisante par l'amélioration des droits des parties lors de la phase préliminaire de la procédure et par l'instauration des voies de recours appropriées. A l'argument selon lequel ce modèle rend indispensable un *juge chargé du contrôle de la détention*, instance superflue dans un système où le juge d'instruction est indépendant, il faut opposer le fait que ledit système requiert lui aussi une instance judiciaire distincte, même si la jurisprudence et la doctrine relatives à l'article 5 chiffre 3 CEDH⁸³ ne l'exigent pas lors de la mise en détention mais

⁷⁸ C'est dans ce sens également que se prononce le rapport « De 29 à l'unité », p. 33, en ce qui concerne les procédures sans juge d'instruction.

⁷⁹ Compte-rendu d'activité du Conseil d'Etat relatif à l'exercice 1999, p. 50.

⁸⁰ Le juge d'instruction n'est réellement indépendant que lorsqu'il n'est soumis à aucun pouvoir d'instruction. Voir chiffre 141.1 supra.

⁸¹ Ce constat a également été posé par certains lors des auditions ; voir notamment p. 91.

⁸² Selon des estimations effectuées au Tessin, le passage à ce modèle « juge d'instruction » dans le canton (lequel, comme nous l'avons mentionné, connaît un système très proche du modèle « ministère public II » visé dans l'avant-projet) supposerait le doublement de la structure actuellement en place, soit trente juges d'instruction au lieu de quinze procureurs (voir la déclaration de l'ancien conseiller d'Etat Pedrazzini, Auditions, p. 31).

⁸³ Avec d'autres références : Hauser /Schweri 1999 § 68 N 28 ss.; Piquerez 2000 N 2663 ss., 2370 ss.; Riklin 1987 77.

à un stade ultérieur, par exemple au moment des demandes de remise en liberté⁸⁴. En outre, il ne serait guère surprenant que même les procédures instituant un juge d'instruction indépendant dussent tôt ou tard introduire dans leur système un juge de la détention appelé à intervenir dès le début de la privation de liberté⁸⁵. De plus, une instance judiciaire est requise quel que soit le modèle considéré lorsqu'il s'agit d'ordonner certaines mesures de contrainte telles que les écoutes téléphoniques ou l'investigation secrète, par exemple. De même, d'autres renforcements des droits des parties, comme la garantie des droits de la défense dès le début de la procédure (voir par exemple les art. 117-118, 168 et 236 AP), la possibilité de recourir contre les actes de procédure du ministère public (art. 212 et 246 AP) ou une meilleure mise en œuvre du principe d'immédiateté dans les débats de première instance (voir surtout l'art. 377 AP)⁸⁶ semblent inéluctables – dans la mesure où ils ne sont pas déjà intégrés dans les codes de procédure suisses –, indépendamment du type d'instruction finalement retenu.

- Contrairement à ce que l'on a pu constater au sein de la commission d'experts⁸⁷, *la question de l'acceptabilité politique* ou, en d'autres termes, *la question de savoir quel était le modèle le plus répandu dans le pays*, n'a pas joué un rôle primordial dans le choix du modèle d'instruction retenu pour l'avant-projet. De fait, le modèle « ministère public » présenté ici n'est actuellement connu que dans les cantons de Bâle-Ville et du Tessin ainsi que, depuis peu, dans ceux d'Appenzell Rhodes Intérieures et de Saint Gall. Le concept présenté dans le cadre de l'avant-projet obligera de nombreux cantons à procéder à des aménagements plus ou moins importants de leur organisation judiciaire. Tel serait le cas, soit dit en passant, quel que soit le modèle retenu. Des adaptations d'une plus grande ampleur seraient notamment nécessaires dans un grand nombre de cantons si l'on optait pour le modèle « juge d'instruction I » préconisé par la commission d'experts et qui, à ce jour, n'est connu que dans six cantons⁸⁸. Le modèle présenté dans l'avant-projet emporte cependant l'adhésion par le gain d'efficacité et la meilleure prise en compte des droits des parties qu'il implique; on peut dès lors penser qu'il sera suffisamment bien accueilli dans l'ensemble du pays pour le rendre politiquement acceptable jusque dans les cantons auxquels le modèle « ministère public » était jusqu'à présent étranger.

⁸⁴ Voir notamment UR : art. 117 CPP ; ZG : art. 18 CPP ; FR : art. 113 CPP ; SZ : art. 28 CPP ; AR : art. 108 CPP ; GR : art. 85 CPP ; TG : art. 113 CPP ; VD : art. 60 CPP ; voir également Auditions, p. 92 s.

⁸⁵ Dans le même sens, voir par exemple Auditions, pp. 99 et 135 ; certains doutes quant à l'évolution de la jurisprudence des instances strasbourgeoises se font également jour dans le rapport « De 29 à l'unité » (p. 112).

⁸⁶ On ne saurait souscrire à l'opinion soutenue dans le rapport « De 29 à l'unité » (milieu de la page 38) et par un expert lors des auditions (voir Auditions, haut de la page 31) selon laquelle le modèle « juge d'instruction I » permettrait d'assouplir le principe d'immédiateté lors des débats devant le tribunal. Voir également Auditions, milieu de la page 158.

⁸⁷ Voir « De 29 à l'unité » p. 30. Surprenante, dès lors, la remarque figurant à la page 35 du rapport et selon laquelle le choix du modèle « juge d'instruction I » aurait été dicté par la perspective d'une meilleure acceptabilité dans les cantons, dix-huit d'entre eux appliquant déjà un système analogue, circonstance qui permettrait d'opérer le transfert assez simplement. De fait, plusieurs cantons qui ont été rangés dans la catégorie « juge d'instruction II » semblent plus proches du modèle « ministère public II ».

⁸⁸ Il y aurait lieu d'examiner cas par cas l'ampleur des mesures d'adaptation nécessaires dans chacun des cantons qui connaissent le modèle « juge d'instruction II » dans l'hypothèse où l'on optait pour le modèle « juge d'instruction I » ou alors pour le modèle « ministère public » proposé ici. Sous cette forme, le postulat simplificateur posé par la commission d'experts, selon lequel ces cantons seraient plus proches du modèle « juge d'instruction I » (« De 29 à l'unité », p. 39), pose problème. En effet, tel n'est manifestement pas le cas dans des cantons comme Zurich, notamment, dans lesquels les juges d'instruction disposent déjà de compétences étendues en matière de classement et de mise en accusation ; ces modèles sont de toute évidence davantage apparentés au modèle « ministère public » proposé dans l'avant-projet et peuvent même s'adapter à celui-ci sans grandes modifications.

- Enfin, on pourrait invoquer en faveur de l'introduction d'un modèle « ministère public » le fait que l'on observe actuellement une certaine tendance à s'éloigner du modèle « juge d'instruction I » et une plus grande ouverture à l'égard de systèmes qui, dans leurs grands principes, sont proches du modèle « ministère public » proposé ici. En Suisse, ce dernier modèle a été adopté il y a quelques années par le Tessin, suivi tout récemment par les cantons de Saint Gall⁸⁹ et d'Appenzell Rhodes Intérieures ; comme nous l'avons indiqué plus haut, un projet dans ce sens semble également à l'étude dans le canton de Soleure. A notre connaissance, dans un passé récent, seul le canton du Jura a accompli la démarche inverse, abandonnant en 1990 le modèle « juge d'instruction I » au profit du modèle « ministère public I »⁹⁰. Sur le plan international également, une tendance se dessine en faveur du modèle « ministère public » : l'Allemagne, il y a déjà longtemps, puis l'Italie⁹¹ beaucoup plus récemment, l'ont adopté. D'autre part, les tribunaux pénaux internationaux ad hoc chargés de poursuivre les graves violations du droit international public humanitaire commises en ex-Yougoslavie et au Rwanda, ainsi que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, auquel la Suisse envisage d'adhérer⁹² sont, eux aussi, fondés sur le modèle « ministère public ». Enfin, la justice pénale de l'Union Européenne adoptera également une structure directement inspirée de ce modèle.

142.3 Les incidences du modèle « ministère public » sur l'organisation des autorités cantonales d'instruction et d'accusation

Si l'on adopte le modèle « ministère public », comme le propose l'avant-projet, la Confédération et la plupart des cantons devront, ainsi que nous l'avons rappelé ci-dessus, procéder par le biais de leur loi d'introduction, à des remaniements plus ou moins approfondis de leurs autorités pénales.

Il va de soi que les rares cantons qui connaissent déjà le *modèle « ministère public II »* auront tout au plus quelques modifications mineures à apporter à leur système. Dans les autres cantons, certains transferts de compétences plus ou moins importants entre l'ancien ministère public et les anciens juges d'instruction seront en revanche inévitables. Ces nouvelles pondérations resteront relativement limitées dans les cantons qui utilisent le *modèle « juge d'instruction I »* et dans lesquels les juges d'instruction disposent déjà de certaines compétences en matière de non-lieu et de mise en accusation⁹³ ; les juges d'instruction, désormais appelés procureurs⁹⁴, assumeront, le cas échéant sous la surveillance d'un procureur général, l'entière responsabilité de l'enquête, de l'instruction et de la mise en accusation. Dans les autres cantons, le transfert du pouvoir d'instruction du ministère public sera plus ou moins marqué en fonction des modalités du système en place actuellement ; là également, les juges d'instruction devenus procureurs se verront désormais attribuer la compétence de mise en accusation.

⁸⁹ Voir à ce sujet Joe Kehl, Neues Strafprozessgesetz im Kanton St.Gallen, RSJ 96 (2000), p. 434 ss.

⁹⁰ Sur ces tendances, voir Hauser/Schweri 1999 § 75 N 10. En ce qui concerne l'évolution dans le canton du Jura, voir Piquerez 1993 19 ss.

⁹¹ Nouveau code de procédure pénale de 1988 ; voir également à ce sujet Piquerez 2000 N 231, pp. 238 ss.

⁹² La Suisse a signé le Statut le 18 juillet 1998. Au cours de l'été 2000, une procédure de consultation a été lancée sur les objets suivants : un projet de loi fédérale relatif aux modifications du code pénal rendues nécessaires par l'adhésion, un projet de loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale et un projet d'arrêté fédéral sur la ratification du Statut de Rome.

⁹³ Voir chiffre 141.2 supra.

⁹⁴ Pour autant que la Confédération et les cantons adoptent cette appellation, ce qu'ils sont libres de faire.

C'est dans les modèles « juge d'instruction I » et « ministère public I » que l'impact du changement de régime se fera le plus sentir, notamment au niveau de la perception traditionnelle des rôles respectifs du juge d'instruction, autorité de poursuite pénale indépendante d'une part, du ministère public, autorité d'accusation, d'autre part. Là encore, les juges d'instruction assumeront l'entière responsabilité de la procédure préliminaire, y compris la mise en accusation et la représentation de l'accusation devant les tribunaux. En revanche, il n'y aura aucun changement en ce qui concerne l'assujettissement de la police au pouvoir d'instruction des instances responsables.

142.4 Les incidences du modèle « ministère public » sur l'organisation des autorités judiciaires

Le modèle « *ministère public* » suppose l'institution d'un tribunal des mesures de contrainte qui sera appelé à statuer sur la détention préventive et, dans une certaine mesure, sur la détention de sécurité (art. 237 s. AP) ainsi que sur les autres mesures de contrainte (voir par exemple l'art. 268 al. 4 AP). Reste à savoir s'il n'y aurait pas lieu de créer cette instance même dans l'hypothèse où un autre modèle d'instruction devait être retenu, ceci afin de garantir la modernité de la procédure pénale suisse⁹⁵. Une augmentation de la charge de travail des autorités judiciaires est peu probable. Les avantages particuliers que les experts prêtent au modèle « juge d'instruction I » dans leur rapport et qui sont censés se traduire par un allègement du travail des tribunaux⁹⁶ sont sujets à caution, notamment en ce qui concerne les éventuelles restrictions apportées à l'immédiateté des débats⁹⁷ et la disparition de tout contrôle de la mise en accusation par le tribunal. Le modèle proposé ici délègue également au ministère public d'autres instruments de procédure susceptibles d'alléger la tâche des tribunaux, comme l'application d'un principe d'opportunité élargi (art. 8 AP) ou la compétence de décerner une ordonnance pénale (art. 412 ss. AP).

142.5 Les incidences du modèle « ministère public » sur les coûts de la justice

Il est difficile d'établir un pronostic sur les conséquences financières de l'introduction dans toute la Suisse du modèle « ministère public » tel qu'il est proposé par l'avant-projet. D'une part, on ne dispose pas de données chiffrées pertinentes, d'autre part, les frais ne dépendent pas uniquement du modèle d'instruction choisi mais également de l'aménagement de la procédure pénale en général. A cet égard, il s'agit notamment de prendre en considération les procédures spéciales proposées dans l'avant-projet (procédure simplifiée, art. 385 ss. AP ; procédure de l'ordonnance pénale, art. 412 ss. AP ; possibilité de confier la procédure en matière de contraventions à des autorités administratives, art 21 AP, art. 418 ss. AP), lesquelles devraient permettre de décharger les autorités judiciaires, et plus particulièrement le ministère public en tant qu'autorité d'instruction et d'accusation et, en fin de compte, de réduire les frais de la justice pénale.

Si l'on admet qu'un modèle « ministère public » permet d'éviter les doubles emplois plus ou moins marqués que l'on rencontre dans les autres modèles, il est permis de penser que

⁹⁵ Une telle instance serait nécessaire de toutes façons pour connaître des demandes de remise en liberté (et dans d'autres cas comme les écoutes téléphoniques ou autres mesures de surveillance techniques et l'investigation secrète) ; voir à ce sujet le chiffre 142.2.

⁹⁶ « De 29 à l'unité », p.40.

⁹⁷ Voir supra la note 87. Il faut noter à cet égard que l'avant-projet module le principe d'immédiateté (voir art. 374 ss. AP), ce qui limite l'augmentation de la charge.

globalement, les frais devraient *tendre à diminuer par rapport aux autres modèles*⁹⁸. Quant à la pertinence de l'argument selon lequel ce modèle « ministère public » est le seul qui exigeât la création de tribunaux des mesures de contrainte ou de contrôle de la détention, entraînant de ce fait des coûts supplémentaires, la question a déjà été examinée ci-dessus au chiffre 142.2.

143 Les alternatives

Au mois de mars 1999, les experts ont également été chargés de préparer, à côté du modèle « ministère public », des alternatives de type « juge d'instruction » auxquelles il serait possible de recourir au cas où la procédure de consultation devait aboutir à l'abandon du modèle « ministère public » sur lequel est fondé l'avant-projet. Il est dès lors logique de rapprocher ces modèles alternatifs de l'un des trois autres modèles élaborés par la commission d'experts.

Les explications qui suivent décrivent dans les grandes lignes les deux modèles alternatifs principaux. On a toutefois renoncé à en réaliser des versions entièrement rédigées car cela aurait supposé que l'on présentât deux projets de lois supplémentaires ; en effet, du choix du modèle d'instruction dépendent non seulement l'organisation judiciaire mais des pans entiers du droit de procédure proprement dit. La présentation de projets alternatifs rédigés aurait considérablement alourdi la procédure de consultation, laquelle serait alors rapidement parvenue aux limites du possible.

Sont présentées ci-dessous les variantes entrant en ligne de compte, à savoir les modèles « juge d'instruction I et II ». Leurs avantages et inconvénients respectifs ne seront que sommairement passés en revue, de même que la question de leur acceptabilité⁹⁹.

143.1 L'alternative du modèle « juge d'instruction II »

Ce modèle sera évoqué en premier lieu. D'une part, il est, selon les experts, déjà appliqué dans treize cantons (voir chiffre 141.2 supra), ce qui en fait le modèle le plus répandu en Suisse et une solution susceptible de rencontrer une large acceptation dans le pays. D'autre part, il convient de relever que le modèle « juge d'instruction II » serait – comme il faudra encore le démontrer ci-dessous – le plus simple à mettre en place à partir du modèle « ministère public » présenté ici ; cela revient à dire que si la¹⁰⁰ préférence devait aller au modèle « juge d'instruction II », l'avant-projet nécessiterait moins de modifications que si l'on choisissait l'une des deux autres alternatives «juge d'instruction » entrant en ligne de compte.

Le modèle « juge d'instruction II » se distingue par le fait que, s'il fait bien intervenir des juges d'instruction, ceux-ci ne sont pas indépendants du ministère public mais au contraire soumis au pouvoir d'instruction de ce dernier. Généralement, ils n'ont pas la compétence de clore eux-mêmes la procédure en rendant une ordonnance de non-lieu ou de mise en accusation mais doivent communiquer à cette fin le dossier au ministère public. Lorsque les juges d'instruction peuvent clore les procédures de leur propre chef, comme c'est le cas dans quelques cantons, et que les compétences du ministère public se limitent de ce fait à la surveillance, à la représentation de l'accusation devant les instances supérieures, etc., les

⁹⁸ Voir supra (note 82) l'opinion exprimée (mais non étayée) par le directeur de la justice du Tessin selon laquelle l'introduction du modèle « juge d'instruction I » dans ce canton nécessiterait deux fois plus de personnel.

⁹⁹ Ce sujet a déjà été développé ci-dessus (voir chiffres 141.2, 141.1 et 142.2.).

différences par rapport au modèle « ministère public » de l'avant-projet, avec la possibilité qu'offre ce dernier d'instituer un procureur général (art. 20 al. 2 AP), deviennent minimales.

Dès lors, une réelle alternative au modèle « ministère public » proposé par l'avant-projet ne serait réalisable qu'en créant des offices de juges d'instruction et un ministère public, les premiers n'étant chargés que de conduire l'instruction tandis qu'il appartiendrait au second de prononcer le non-lieu¹⁰⁰, de rendre les ordonnances de mise en accusation et de soutenir l'accusation devant les juridictions pénales. Abandonner le modèle « ministère public » pour le modèle « juge d'instruction II » reviendrait pratiquement à transférer aux offices de juges d'instruction toutes les compétences d'instruction que l'avant-projet réserve au ministère public. Seraient concernées au premier chef les deuxième, quatrième, cinquième, sixième et neuvième parties. Quant à la septième et la huitième partie, il faudrait y introduire l'attribution au ministère public des compétences de non-lieu et de mise en accusation. La dixième partie ne serait pratiquement pas affectée, étant précisé toutefois que dans certains cas, le ministère public pourrait y devenir une autorité de recours contre les décisions et certains autres actes des juges d'instruction. Enfin, la onzième et la douzième partie pourraient également être reprises pratiquement telles quelles.

Il y a lieu de penser que si le modèle proposé s'avérait irréalisable, un modèle « juge d'instruction II » aménagé de la sorte pourrait constituer une solution intermédiaire acceptable entre le modèle « ministère public » de l'avant-projet, largement dominé par une recherche d'unicité et d'efficacité de la procédure, et le modèle « juge d'instruction II » qu'il serait difficile de rendre populaire, en particulier dans les grands cantons alémaniques.

143.2 L'alternative du modèle « juge d'instruction I »

Ce modèle est présenté ici comme deuxième variante, notamment parce qu'il est déjà connu dans six cantons, représentant ainsi le deuxième modèle le plus fréquent¹⁰¹, et parce qu'il a été privilégié par les experts en raison des avantages qu'on lui prête¹⁰².

L'une des caractéristiques de ce modèle est l'institution d'un juge d'instruction indépendant qui réalise une séparation stricte entre les fonctions de ce dernier et celles du ministère public.

Il va de soi que le choix du modèle « juge d'instruction I » impliquerait des modifications relativement importantes par rapport à l'avant-projet présenté ici. Il faudrait tout d'abord transférer aux offices de juges d'instruction les compétences étendues que l'avant-projet destinait au ministère public en sa qualité d'autorité d'instruction. Afin de rendre praticable ce modèle « juge d'instruction » dans les grands cantons, eu égard à la nécessité de créer les indispensables sections spécialisées par exemple dans la criminalité économique et qui devront être dotées d'une structure hiérarchique, il faudrait rapidement envisager – bien que cela soit en fait contraire au système¹⁰³ – la mise en place de juges d'instruction « en chef » disposant d'un pouvoir d'instruction. La séparation opérée entre les fonctions respectives des autorités mentionnées entraînerait de nombreux changements qui concerneraient surtout les

¹⁰⁰ La question de savoir si le non-lieu doit relever de la compétence des juges d'instruction ou de celle du ministère public nous paraît être un détail de peu d'importance.

¹⁰¹ Si l'on inclut la Confédération, on constate évidemment que le même nombre de codes de procédure, c'est-à-dire six, connaissent le modèle « juge d'instruction I » et le modèle « ministère public II » ; voir « De 29 à l'unité », pp. 30 s.

¹⁰² Voir chiffres 121.3 et 141.1 supra.

¹⁰³ Voir chiffre 141.1 in fine.

deuxième, quatrième, cinquième, sixième et neuvième parties de l'avant-projet. Dans la septième et la huitième partie, il y aurait lieu de tenir compte du fait que la compétence de mise en accusation et, le cas échéant celle de prononcer le non-lieu, revient au ministère public. Quant aux moyens de recours, réglés dans la dixième partie, ils devraient subir des adaptations plus importantes. On pourrait y introduire l'idée que les actes d'instruction des juges d'instruction indépendants seraient moins impérativement susceptibles de recours, étant bien entendu qu'un tel modèle ne saurait davantage faire l'économie d'un tribunal des mesures de contrainte¹⁰⁴. Enfin, la onzième et la douzième partie pourraient être reprises pratiquement telles quelles.

15 Nouveaux instruments et formes de procédure

151 Généralités

Comme on l'a indiqué en introduction du chiffre 131, l'avant-projet s'inspire largement des institutions et des systèmes procéduraux déjà consacrés par les codes de procédure de la Confédération et des cantons. Cet avant-projet de code de procédure pénale fédéral peut donc se contenter de n'apporter que des améliorations et adaptations ponctuelles à des conceptions déjà évoluées. Il propose également, dans différentes directions, certaines solutions actuellement inconnues de la plupart des codes de procédure suisses. Ces innovations ont été dictées en premier lieu par la conviction que les droits des parties et le principe de l'immédiateté des débats – ces deux aspects étant liés – devaient être développés, tout en faisant évidemment preuve d'une certaine retenue en cette matière. Par ailleurs, l'avant-projet cherche à accroître l'efficacité de la poursuite pénale. Ces deux ambitions peuvent sembler contradictoires eu égard aux conséquences qu'elles impliquent ; mais trouver le juste équilibre entre ces deux exigences constitue précisément le but essentiel des propositions formulées ici.

152 Innovations marquantes de l'avant-projet

Nous énumérerons succinctement ci-dessous les principales innovations de l'avant-projet par rapport à la grande majorité des codes suisses de procédure pénale :

- L'avant-projet suit de façon conséquente le *modèle de procédure préliminaire à un temps*, c'est-à-dire le *modèle « ministère public »*¹⁰⁵.
- Le *principe de l'opportunité*, déjà inscrit dans le projet de révision complète de la partie générale du code pénal actuellement examiné par les Chambres, est étendu (art. 8 AP ; pour de plus amples développements, voir chiffre 212 infra).
- Les *droits de la défense* sont renforcés en ce sens que le prévenu sera informé de ses droits (art. 153 et 167 AP) et aura le droit de constituer un défenseur (art. 167 al. 1 ch. 3 et 236 AP ; pour d'autres développements, voir chiffres 242.1, 253.4) dès le début de la procédure.
- L'avant-projet fait sien le postulat de la *protection des témoins* mais étend la portée des mesures de protection préconisées à toutes les personnes qui doivent être entendues dans le cadre de la procédure, hormis le prévenu (art. 160 à 165 AP ; chiffre 241 infra).

¹⁰⁴ Voir chiffre 142.2 supra.

¹⁰⁵ Voir chiffre 142 supra.

- En ce qui concerne les mesures de contrainte, il convient tout d'abord de rappeler que, en vue de leur contrôle par la voie du recours et pour les cas où des mesures contraignantes, comme la détention préventive, sont ordonnées, obligation a été faite à la Confédération et aux cantons de créer un *tribunal des mesures de contrainte* (art. 22 AP ; chiffre 221.5 infra). Donnant suite à des postulats ultérieurs, la liste des mesures de contrainte s'est allongée de *l'observation policière* (art. 297 et 298 AP ; chiffre 256.3 infra) et de la *surveillance des relations bancaires* (art. 318 et 319 AP ; chiffre 256.5 infra).
- En présence d'un délit poursuivi sur plainte et dans les cas où, conformément au futur article 53 du code pénal, une exemption de peine peut entrer en ligne de compte lorsque que l'auteur a réparé le tort causé, le ministère public est tenu de citer les parties à une audience de conciliation ou de déléguer ce soin à un médiateur extérieur. Ceci constitue une première étape non négligeable vers l'instauration d'une *médiation dans le procès pénal* (art. 346 et 347a AP ; chiffre 261.33 infra).
- Les dispositions régissant le déroulement des débats renforcent de façon modérée le *principe de l'immédiateté*. Certes, dans les cas bénins ou moyennement graves, le jugement s'appuiera, comme c'est déjà le cas dans une majorité des systèmes suisses, sur les preuves recueillies au cours de la procédure préliminaire (art. 374 et 375 AP ; chiffre 263.23 infra). Mais lorsqu'il s'agit d'un cas grave, c'est-à-dire lorsque le ministère public requiert une peine privative de liberté de plus de trois ans (variante : un an), l'avant-projet prévoit une *procédure probatoire qualifiée*. Cela signifie que les débats peuvent être divisés en deux parties : la première, au cours de laquelle le tribunal ne traite que de la culpabilité, la seconde dans laquelle sont tirées les conséquences d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquittement (art. 376 AP). Par ailleurs, les parties peuvent demander, dans le cadre de cette procédure probatoire qualifiée, que les preuves relatives à des objets contestés, dont la connaissance directe pour le prononcé du jugement paraît essentielle, soient administrées à nouveau à la barre du tribunal (art. 377 et 378 AP ; chiffre 263.24 infra).
- Pour garantir l'indépendance du tribunal, les auditions dans ce type d'affaires se dérouleront de façon générale sous la forme d'*interrogatoires contradictoires*. Les témoins cités par les parties ne seront donc plus interrogés par la direction de la procédure, comme c'est le cas dans le système de l'interrogatoire présidentiel, largement répandu en Suisse, mais par les parties (art. 378 al. 2 AP ; chiffre 263.24 infra).
- L'adoption en droit suisse de l'institution anglo-saxonne du *plea bargaining*, soit la possibilité accordée au prévenu de négocier avec les autorités pénales des arrangements sur la déclaration de culpabilité et sur la peine – système qui vise à alléger la procédure – est proposée dans l'avant-projet sous une forme quelque peu différente intitulée *Les procédures simplifiées* (art. 385 à 389 AP ; chiffre 264.1 infra).
- Le système de recours au niveau cantonal est simplifié ; hormis la voie particulière de la révision, seuls subsistent le recours et l'appel. Disparaissent, en revanche, le recours en nullité ou en cassation que l'on connaît dans plusieurs cantons (art. 450 ss. AP ; voir également les développements du chiffre 27 infra).
- Eu égard au fait que les juridictions de première instance accordent une importance croissante au principe d'immédiateté, *la procédure écrite est plus fréquemment utilisée* dans les recours, notamment en appel (art. 458 et 472 – 473 AP ; chiffre 273.3), et la

procédure de recours peut *restreindre l'administration de nouvelles preuves ou de preuves déjà apportées en première instance* (art. 457 AP ; chiffre 271.2 infra).

16 Instruments de procédure écartés

L'avant-projet renonce à certains instruments de procédure plus ou moins répandus actuellement dans les codes cantonaux ou dont il avait été question au début des travaux d'unification du droit pénal suisse.

161 La procédure de l'accusation privée (Privatklageverfahren)

Actuellement, de nombreux cantons connaissent pour les atteintes à l'honneur¹⁰⁶ ou d'autres délits poursuivis sur plainte¹⁰⁷ la procédure dite de l'accusation privée¹⁰⁸. En simplifiant, cette procédure consiste en ceci : l'Etat, c'est-à-dire les juges d'instruction et le ministère public, ne se charge pas de poursuivre ces délits et en laisse le soin aux lésés, plaignants privés. Il incombe à ces derniers de porter l'accusation, de produire les preuves nécessaires, de supporter les frais, etc. En d'autres termes, les lésés doivent mettre en œuvre la procédure pénale eux-mêmes et à leurs frais¹⁰⁹. Il est vrai que dans certains cantons, les délits de ce type sont poursuivis dans le cadre d'une procédure d'office, mais celle-ci est précédée d'une procédure de conciliation devant le juge de paix¹¹⁰. D'autres cantons prévoient que la procédure de l'accusation privée se déroule dans les formes du procès civil¹¹¹. Plusieurs cantons, en revanche, et notamment les cantons romands, ne connaissent pas l'institution de l'accusation privée.

Dans un but de simplification de la procédure pénale, l'avant-projet renonce au système de l'accusation privée. Dans la neuvième partie ne figurent que les procédures spéciales qui sont matériellement indispensables (p.ex. les procédures indépendantes en matière de mesures, art. 401 à 411 AP, chiffre 264.4 infra) ou dont on attend une contribution appréciable au désencombrement de la procédure pénale ordinaire diligentée par le ministère public et les tribunaux. Or, ce dernier objectif n'est guère conciliable avec la procédure de l'accusation

¹⁰⁶ Par exemple ZH, art. 286 ss. CPP ; ZG, art. 65 CPP ; SH, art. 286 CPP. Certains cantons, en revanche, poursuivent d'office l'outrage à fonctionnaire : par exemple SG, art. 296 CPP ; GR, art. 169 CPP ; AG, art. 181 CPP ; TG, art. 177 CPP. D'autres encore prévoient des procédures particulières en matière d'atteinte à l'honneur par la presse ou lorsque l'auteur du délit est inconnu : ZH, art. 294 ss. CPP ; AI, art. 117 CPP ; SG, art. 297 CPP ; GR, art. 163 al. 3 CPP ; AG, art. 183 CPP ; TG, art. 172 CPP.

¹⁰⁷ Comme l'atteinte au crédit (délict qui, dans l'intervalle, a cependant été éliminé du code pénal !) : UR, art. 1 al. lit. c CPC ; AG, art. 181 ch. 2 CPP ; la concurrence déloyale : BS, art. 143 lit. e CPP ; GR, art. 162 CPP ; AG, art. 181 ch. 6 CPP ; ou encore les voies de fait, les dommages à la propriété ou la violation de domicile : BS, art. 143 CPP.

¹⁰⁸ On ne parle ici que de la *procédure d'accusation privée principale (exclusive)*, dans laquelle les infractions ne peuvent être poursuivies que par les particuliers. Mais il existe également – en Suisse dans le canton de Lucerne uniquement (art. 137 al. 2 CPP) – la *procédure d'accusation privée subsidiaire* ; on entend par là la possibilité offerte au lésé de relancer la cause par le moyen de l'accusation privée après que le ministère public a rendu une ordonnance de non-lieu entrée en force ; voir à ce sujet Hauser/Schweri 1999 § 89 N 1 s. A Zurich, les articles 46 ss. qui prévoyaient également cette possibilité ont été supprimés en 1995 ; voir Schmid 1997 N 873.

¹⁰⁹ Voir à ce sujet Hauser/Schweri 1999 § 88 N 1 ss. ; Oberholzer 1994 469 ss. ; Piquerez 2000 N 3186 s. ; Schmid 1997 N 871 ss.

¹¹⁰ LU, art. 142 ss. CPP ; SZ, art. 103. s. CPP ; OW, art. 105 c ss. CPP ; AR, art. 185 ss. CPP ; AI, art. 114 ss. CPP ; voir également FR, art. 149 CPP ; TI, art. 180 CPP ; à ce sujet, voir aussi Hauser/Schweri 1999 § 88 N 2, 7. « La procédure [particulière] de l'accusation privée relative aux autres délits poursuivis sur plainte » selon les art. 295 ss. CPP SH ; voir à ce sujet Hauser/Schweri 1999 § 88 N 4 ss.

¹¹¹ Voir UR, art. 1 al. 2 CPP et art. 1 al. 1 lit. c CPC ; GL art. 201 CPP ; dans une certaine mesure également les art. 171 ss. CPP TG.

privée si l'on considère globalement la charge des autorités pénales (c'est-à-dire ministère public *et* tribunaux). En outre, cette procédure contient des emprunts à la procédure civile, plus ou moins nombreux selon ses modalités cantonales, et notamment là où, à l'instar du civil, l'instruction pénale requiert une tentative de conciliation devant un juge conciliateur, par exemple un juge de paix. Ce mélange d'éléments de procédure civils et pénaux est douteux, singulièrement lorsqu'il nécessite l'intervention d'instances supplémentaires (juge de paix, médiateur) qui n'ont, hormis cela, aucune fonction en procédure pénale.

Toutefois, certains aspects positifs de la procédure de l'accusation privée ont été repris et étendus à tous les délits poursuivis sur plainte. Il est ainsi prévu qu'en présence d'un tel délit, le ministère public et les tribunaux convoquent les parties en vue d'une *tentative de conciliation* (art. 365 al. 2 et art. 346 AP). Si la tentative de conciliation a échoué, le ministère public peut astreindre les parties à verser dans les dix jours des garanties pour les frais et les indemnités (art. 347 AP). En matière de délits poursuivis sur plainte, les parties sont contraintes de supporter ces frais et indemnités en fonction de l'issue de la procédure (art. 496 AP).

162 L'institution du « témoin de la Couronne »

L'institution du « témoin de la Couronne » est un mode de preuve issu du droit anglo-saxon. Peut entrer en ligne de compte comme témoin « de la Couronne » un coauteur de l'infraction considérée qui, en échange d'une exemption de peine ou de tout autre avantage procédural, accepte de témoigner contre ses co-inculpés¹¹². Cette institution, inconnue à ce jour en Suisse¹¹³, a été utilisée par l'Italie¹¹⁴ et, jusqu'au 31 décembre 1999, par l'Allemagne¹¹⁵, pays dans lesquels elle est visiblement considérée comme un instrument essentiel et indispensable de la lutte contre les formes les plus graves de la criminalité et contre le crime organisé¹¹⁶.

Il ne fait aucun doute que le recours aux témoins dits « de la Couronne » peut revêtir une importance majeure, voire déterminante, notamment lorsqu'il s'agit de démanteler des organisations criminelles¹¹⁷. En revanche, vu sous l'angle de l'Etat de droit, il y aurait différentes objections non négligeables à formuler à l'encontre de cette institution. En premier lieu, dans la tradition juridique européenne continentale, et surtout suisse, le rôle de prévenu et celui de témoin sont incompatibles. Le prévenu ou le suspect ne saurait être témoin dans sa propre cause¹¹⁸. D'autre part, le système du témoin « de la Couronne » est en contradiction avec le principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 8 al. 1 de la constitution fédérale et avec le principe de légalité qui en découle, dans la mesure où une partie des prévenus se voit accorder des avantages procéduraux au détriment d'autres participants à

¹¹² Voir le rapport « De 29 à l'unité », p. 56 ss. ; Schmid 1993 72, p. 129.

¹¹³ Voir notamment Hauser/Schweri 1999 § 54 N 5 ; Maurer 1999 328 ; Schmid 1997 N 113. En ce qui concerne un premier élément de ce type de réglementation à l'art. 260^{ter} du code pénal, voir « De 29 à l'unité » p. 57 ; Arzt in Schmid/Arzt/Ackermann art. 260^{ter} CP N 204 ss.

¹¹⁴ Voir les remarques formulées dans le rapport « De 29 à l'unité », p. 57 s.

¹¹⁵ Prévue dans la loi sur la modification du code pénal, du code de procédure pénale et de la loi sur les rassemblements et sur l'introduction de l'institution du témoin « de la Couronne » en matière d'actes terroristes du 9 juin 1989 (KronZG, BGBl 1989 I 1059), laquelle a été maintes fois prorogée et révisée par la suite (pour la dernière fois en 1996, BGBl 1996 I 58) avant d'arriver à échéance à fin 1999 ; le 31 décembre 1999, le Bundestag a refusé une nouvelle prolongation de cette loi.

¹¹⁶ Voir les remarques formulées dans le rapport « De 29 à l'unité », p. 57 s.

¹¹⁷ A propos des avantages envisagés, voir « De 29 à l'unité », p. 58.

¹¹⁸ Sur ce point, voir Piquerez 2000 N 1173 ss. ; Schmid 1997 N 459 ss.

l'infraction considérée. Il existe également des objections en ce qui concerne la crédibilité des déclarations à charge obtenues de la sorte. Il semble bien qu'en Allemagne, par exemple, les espoirs placés dans cette réglementation n'aient pas été satisfaits, ce qui apparaît dans le fait qu'elle n'a été que rarement appliquée pour être finalement abandonnée¹¹⁹. Eu égard aux graves objections formulées¹²⁰ et surtout au fait que la pratique helvétique n'a pas, à ce jour, éprouvé un besoin concret de recourir au système du témoin « de la Couronne », l'avant-projet renonce à cette institution. Il y aurait cependant lieu de revenir sur cette décision si la progression de la criminalité en Suisse devait générer un véritable état de nécessité¹²¹. Une plus grande prise en compte de la *coopération des prévenus*, c'est-à-dire offrir une atténuation de la peine en échange des aveux des participants à l'infraction et de l'aide qu'ils apportent dans l'élucidation des faits¹²² - solution jugée digne d'examen par les experts - concerne avant tout la quotité de la peine et relève donc du droit pénal matériel. Une telle formule se retrouve cependant dans le présent avant-projet, dans l'institution de la procédure simplifiée déjà mentionnée plus haut (art. 385 à 389 AP ; chiffres 152 supra et 264.1 infra).

¹¹⁹ Voir Kleinknecht/Meyer-Gossner 1999 Vorbemerkungen KronZG N 9 p. 1654.

¹²⁰ Voir également à ce sujet « De 29 à l'unité », p. 53 ss. et Auditions, pp. 9, 14, 32, 37, 40, 43, 50, 63 s., 71, 81, 101, 137, 151, 159 ainsi que les chiffres 131.2 in fine et 122.

¹²¹ Il semble que tel soit également l'avis des experts (voir « De 29 à l'unité », p. 56 en haut.

¹²² « De 29 à l'unité », p. 62 s. Solution accueillie en partie favorablement lors des auditions ; voir Auditions, notamment pp.50 in fine et 101.

2 Partie spéciale

21 Introduction

211 Application de la présente loi en général (chapitre 1, art. 1 - 2 AP)

Champ d'application en général (art. 1 AP)

Selon l'article 1 al. 1 AP, le futur code de procédure pénale fédéral régira en principe *l'ensemble des procédures pénales*, depuis les premières investigations policières jusqu'aux débats devant les tribunaux de première instance et les juridictions de recours en passant par l'instruction, confiée au ministère public. Ce texte définit donc la procédure à suivre devant les autorités pénales cantonales et celles de la Confédération, c'est-à-dire également les différentes procédures actuellement soumises à la loi fédérale sur la procédure pénale du 17 juin 1934 (PPF¹). Les procédures pénales cantonales et la procédure pénale fédérale devront ainsi être abrogées. La Confédération et les cantons ne régleront plus, dans leur loi d'introduction respective, que les domaines qui leur sont réservés par la présente loi, et notamment la compétence d'instituer les autorités pénales de leur ressort et de leur donner une dénomination (art. 13 à 15 AP), ainsi que quelques autres questions (voir par exemple les articles 331 al. 2, 414 al. 2, 415 al. 2, 452 al. 1).

Mais cette loi *n'englobe pas toutes les procédures pénales conduites par des autorités suisses* (al. 2). Certaines en sont expressément exclues, comme la procédure devant les organes de la justice militaire qui relève du code de procédure pénale militaire (PPM²) du 23 mars 1979 ou celle qui est prévue en matière de circulation routière par la loi fédérale sur les amendes d'ordre (LAO³) du 24 juin 1970⁴. Echappe également à cette loi l'activité déployée par le Tribunal fédéral en qualité d'instance de recours suprême dans le cadre de la future loi sur le Tribunal fédéral lors de l'examen des différents recours prévus en matière pénale. En ce qui concerne la procédure régie par la loi fédérale sur le droit pénal administratif (LDPA⁵) du 22 mars 1974, il conviendra d'examiner dans une étape ultérieure dans quelle mesure les dispositions procédurales qui s'y trouvent pourraient être remplacées par celles du futur code de procédure pénale fédéral. A l'heure actuelle, on étudie la question de savoir si cela doit déjà être fait dans le projet parlementaire de la présente loi ou seulement dans une phase ultérieure (p. ex. dans le cadre d'une révision totale du droit pénal administratif).

L'avant-projet ne régit pas la procédure applicable aux infractions commises en violation du droit pénal cantonal que l'article 335 CP réserve aux cantons, et notamment la procédure en matière de délits fiscaux (art. 335 ch. 2 CP). Il appartient aux cantons d'édicter les dispositions de procédure nécessaires. Cela étant, il serait judicieux que dans leur loi d'introduction, les cantons déclarent le code de procédure pénale fédéral également applicable, intégralement ou au moins partiellement, à la poursuite et au jugement des infractions réprimées par le droit pénal cantonal⁶.

¹ RS 312.0.

² RS 322.1.

³ RS 741.03.

⁴ Contre une intégration immédiate de ces domaines et pour une démarche progressive : « De 29 à l'unité », p. 69 s.

⁵ RS 313.0.

⁶ Dans le même sens, voir « De 29 à l'unité », p. 71.

Administration de la justice pénale (art. 2 AP)

L'article 2 consacre le *monopole de l'Etat en matière de justice pénale*⁷. La maîtrise procédurale du droit pénal, la justice pénale, est exclusivement l'affaire de l'Etat et ne saurait être déléguée à des particuliers par convention passée avec les intéressés. Comme le souligne la deuxième phrase de cette disposition, le droit de la procédure pénale doit, plus que tout autre, obéir au principe de la légalité. La justice pénale ne peut être administrée que de la manière décrite dans la présente loi et surtout dans les formes prévues à cet effet. On ne pourra déroger à cette règle ; dans cette mesure, l'exigence formelle est stricte.

212 Les principes régissant la procédure pénale (chapitre 2, art. 3 – 12 AP)

Le droit de la procédure pénale est dominé par toute une série de principes qui imposent aux autorités pénales certaines obligations jugées fondamentales dans l'exercice de la justice répressive. D'autre part, ils garantissent aux justiciables impliqués dans la procédure, et notamment au prévenu, le respect de leurs droits. Ces *principes fondamentaux du droit de la procédure pénale sont définis pour la plupart dans des normes juridiques supérieures*, c'est-à-dire aux articles 7 et 29 à 32 de la constitution fédérale du 18 avril 1999⁸, aux articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH⁹) et aux articles 9, 11 et 14 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP¹⁰). Ils figurent régulièrement sous forme de déclaration programmatique en tête des codes de procédure pénale modernes. Les règles énoncées aux articles 3 à 12 AP ne font que reprendre, pratiquement mot pour mot, ces grands principes. L'énumération, cela va de soi, n'est pas complète, encore moins exhaustive. Quelques autres principes, qui pourraient tout aussi bien figurer en tête du code de procédure pénale fédéral, se trouvent dans d'autres sections de l'avant-projet. On pourrait mentionner à titre d'exemple le principe de publicité (art. 76 AP) qui a été placé plus loin dans le corps de l'ouvrage car il doit être à la fois concrétisé et tempéré par d'autres dispositions (voir les art. 77 et 78 AP).

Respect de la dignité humaine (art. 3 AP)

Cette disposition reprend une idée fondamentale de la conception moderne de l'Etat : au centre de celui-ci et de son ordre juridique, il n'y a pas l'entité étatique et ses aspirations envisagées comme un but en soi, mais le *bien-être et la sécurité de l'individu*. En d'autres termes, la communauté étatique et les valeurs qu'elle défend reposent sur le respect de l'homme et de sa dignité individuelle¹¹. Le respect de la dignité humaine s'impose tout particulièrement dans le domaine du droit pénal et de son expression procédurale ; c'est là, en effet, que l'Etat dispose des moyens de contrainte les plus efficaces pour atteindre ses objectifs. Tous les particuliers impliqués dans la procédure, singulièrement le prévenu et le lésé, ont droit au respect de leur dignité (al. 1).

L'alinéa 2 contient le *principe de la procédure équitable*, que l'on trouve déjà aux articles 29 al. 1 cst.¹², 6 ch. 1 CEDH et 14 al. 1 PIDCP¹³. Du principe d'équité, qui ne saurait être défini

⁷ A ce sujet et sur ce qui suit, voir parmi bien d'autres, Clerc 1975 N 79 ; Schmid 1997 N 74 ss.

⁸ RS 101.

⁹ RS 0.101.

¹⁰ RS 0.103.2.

¹¹ Art. 7 cst. ; à ce sujet, voir Haefelin/Haller 1998 N 1551 ss. ; les mêmes 2000 6/7 ; Schmid 1997 N 233 ss.

¹²*droit à un traitement équitable*...

dans l'abstrait, on déduit l'obligation toute générale faite aux autorités de traiter correctement les personnes impliquées dans une procédure pénale et de respecter leur dignité. Les inculpés sont particulièrement exposés lorsqu'ils sont confrontés aux autorités en charge de la poursuite pénale et doivent, de ce fait, pouvoir bénéficier de cette protection. La maxime d'équité permet encore de déduire d'autres droits en faveur des justiciables, et notamment le droit d'être entendu qui est garanti par l'alinéa 2 de cette disposition.

D'autres droits habituellement dérivés du principe d'équité se trouvent ailleurs dans l'avant-projet, à l'article 117 al. 4, par exemple, qui prévoit l'obligation pour les autorités pénales d'attirer l'attention des parties qui ne connaissent pas le droit sur leurs prérogatives et sur leurs devoirs. On inclut également dans le droit à une procédure équitable le principe de l'égalité des armes, qui n'est pas expressément mentionné dans l'avant-projet¹⁴.

L'alinéa 3 prescrit clairement l'interdiction de *recueillir des preuves en recourant à des méthodes qui lèsent la dignité humaine*. Il va de soi que la torture et toute autre méthode analogue à la torture (telle que la privation de nourriture ou de sommeil) sont absolument inadmissibles. Sont toutefois interdits de façon générale tous les autres moyens destinés à faire fléchir, voire briser d'une façon ou d'une autre la faculté de penser et le libre arbitre des intéressés. Cette interdiction vise notamment le recours à la narcoanalyse ou au détecteur de mensonges, et ce même dans les cas où la personne concernée a donné son accord.¹⁵

Les autorités pénales et les justiciables doivent, les unes dans l'accomplissement de leurs tâches, les autres dans l'exercice de leurs droits, *respecter le principe de la bonne foi* et s'abstenir de tout abus de droit. Cette règle ainsi posée étend expressément au droit de la procédure pénale, qui relève du droit public, l'application du principe fondamental de droit civil énoncé à l'article 2 CCS. Les particuliers, notamment, qui sont impliqués dans une procédure doivent pouvoir se fier aux informations et aux assurances données par les autorités. Le citoyen peu averti des questions juridiques doit, par exemple, pouvoir se baser sur les délais communiqués par les autorités, mêmes si ceux-ci ne correspondent pas à ce que prescrit la loi¹⁶.

Indépendance (art. 4 AP)

Le principe de l'indépendance du juge, qui résulte déjà des articles 30 al. 1 et 191c cst., 6 ch. 1 al. 1 CEDH et 14 al. 1 PIDCP, donne au justiciable le droit d'*être jugé par un tribunal indépendant et impartial*¹⁷. L'indépendance et l'impartialité sont garanties dès lors que l'activité des autorités pénales n'est guidée que par le droit et la justice et qu'elle n'est soumise à aucune influence étrangère à la cause ni aux instructions d'une tierce autorité.

¹³ Pour plus de détails concernant ce principe, voir Aeschlimann 1997 N 185 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 131 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 56 N 1 ss. ; Maurer 1999 23 s. ; Oberholzer 1994 162 s. ; Piller/Pochon 1998 art. 4.1 ss. ; Piquerez 2000 N 800 ss. (« procès équitable ») ; Schmid 1997 N 127 ss. ; Villiger 1999 N 470 ss.

¹⁴ Ce principe n'est pas expressément cité car il ne s'applique pas lors de la procédure préliminaire mais au tribunal ; voir également, parmi d'autres, Hauser/Schweri 1999 § N 18 ; Schmid 1997 N 236.

¹⁵ Cette interdiction est explicitée à l'article 147 AP. Pour ces considérations générales sur ce point, voir Hauser/Schweri 1999 § 39 N 22, § 72 N 24 ; Schmid 1997 N 625 s.

¹⁶ A propos de ces principes du droit de la procédure pénale, voir Aeschlimann 1997 N 186 ; Hauser/Schweri 1999 § 57 N 1 ss. ; Maurer 1999 23 ; Oberholzer 1994 163 ; Piquerez 2000 N 841 ss. ; Schmid 1997 N 247 ss.

¹⁷ Sur ce principe, voir Aeschlimann 1997 N 184 ; Clerc 1975 N 69 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 166 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 27 N 3 ss. ; Alfred Kölz in BV-Kommentar 1986 art 58 N 16 ss. ; Oberholzer 1994 77 ss. ; Piller/Pochon 1998 art. 3 N 3.1. ss. ; Piquerez 2000 N 895 ss. ; Schmid 1997 N 126 ss. ; Villiger 1999 N 415 ss.

L'article 4 al. 1 AP étend le principe de l'indépendance du juge à toutes les autorités pénales prévues par la loi, c'est-à-dire également aux autorités en charge de la poursuite pénale parmi lesquelles l'article 13 de l'avant-projet range la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions. Des pouvoirs d'instructions ont été prévus afin de permettre à ces autorités de se doter d'une organisation hiérarchique et de garantir la primauté du ministère public dans la procédure préliminaire. De tels pouvoirs se trouvent notamment aux articles 17 al. 3, 20 al. 2, 335 al. 2 et 343 al. 2 AP.

Principe de célérité (art. 5 AP)

Le principe de célérité, déjà consacré par les articles 31 al. 2 cst., 5 ch. 3 et 6 ch. 1 CEDH, et 14 al. 3 lit. c PIDCP, prend une importance toute particulière en matière de procédure pénale. Le prévenu a droit – tel est également le cas du lésé et des autres personnes concernées par la procédure – à ce que les actes qui lui sont reprochés soient explicités *sans retard* de manière à pouvoir être jugé le cas échéant¹⁸. L'alinéa 2 souligne la nécessité d'agir avec une célérité particulière lorsque le prévenu est incarcéré.

Principe de la vérité matérielle (art. 6 AP)

La procédure pénale est dominée par le principe de la vérité matérielle. *Les autorités pénales sont tenues de recherche d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et du prévenu.* Dès lors, le but de la procédure pénale consiste à découvrir la vérité matérielle ou historique¹⁹ ; les autorités pénales ne doivent pas se satisfaire des explications des parties ni se contenter de recueillir des preuves à la seule demande de ces dernières. Ce principe implique, en particulier pour les autorités en charge de la poursuite pénale, c'est-à-dire la police, le ministère public et les autorités pénales en matière de contraventions, l'obligation particulière de recueillir non seulement les preuves à charge, mais également tout élément à la décharge du prévenu (al. 2). Il est d'autant plus important d'inscrire ce principe dans le futur code de procédure pénale fédéral que l'avant-projet a opté pour le modèle « ministère public », lequel ne prévoit pas de juge d'instruction indépendant (voir à ce sujet le chiffre 133 supra).

Caractère impératif de l'action pénale (art. 7 AP)

Comme pratiquement tous les codes de procédure pénale actuellement en vigueur en Suisse, l'avant-projet est soumis au principe de la procédure inquisitoire : les autorités pénales doivent exercer d'office, c'est-à-dire indépendamment des plaintes pénales des particuliers, le droit de répression revenant à l'Etat²⁰. L'article 7 al. 1 ne formule pas expressément ce principe inquisitoire, mais un autre qui y est étroitement lié et le recoupe partiellement : celui de la *légalité de la poursuite pénale*²¹.

¹⁸ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 205 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 art. 22 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 121 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 199 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 58 N 1 ss. ; Maurer 1999 39 ss. ; Oberholzer 1994 159 ss. ; Piquerez 2000 N 745 ss. ; Schmid 1997 N 216 ss. ; Villiger 1999 N 452 ss.

¹⁹ A propos de ce principe, voir Aeschlimann 1997 N 165 ; Hauser/Schweri 1999 § 53 N 1 ss. ; Maurer 1999 37 ; Oberholzer 1994 237 ss. ; Piquerez 2000 N 1948 ss. ; Schmid 1997 N 269 ss.

²⁰ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 159 s. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 art. 19 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 80 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 47 N 1 ss. ; Maurer 1999 37 ss. ; Oberholzer 1994 207 ss. ; Piquerez 2000 N 635 ss. ; Schmid 1997 N 81 ss.

²¹ A ce sujet, voir Clerc 1975 N 82 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 48 N 1 ss. ; Schmid 1997 N 95 ss.

En vertu de ce principe, les autorités pénales sont tenues, lorsqu'elles ont connaissance d'actes punissables ou d'indices permettant de présumer l'existence de tels actes, d'ouvrir une procédure, de conduire celle-ci et, le cas échéant, de mettre en accusation les auteurs de ce actes afin qu'ils soient jugés par un tribunal.

L'alinéa 2 reprend pour l'essentiel la teneur de l'article 366 al. 2 CP *permettant aux cantons d'instaurer une immunité en faveur des membres de leur parlement et des autorités exécutives et judiciaires suprêmes*, c'est-à-dire de subordonner à l'autorisation d'une autorité non judiciaire, par exemple le parlement cantonal, l'ouverture d'une poursuite pénale. Cette immunité couvre les propos tenus par les membres des autorités législatives lors des débats parlementaires ainsi que les crimes ou délits commis par des magistrats, membres du gouvernement ou des instances judiciaires suprêmes. Les autres exceptions prévues à l'article 336 CP figurent déjà, pour les magistrats fédéraux, à l'article 14 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (loi sur la responsabilité²²), pour les fonctionnaires fédéraux, aux articles 1 à 7 de la loi fédérale sur les garanties politiques et de police du 26 mars 1934 (loi sur les garanties²³). L'article 366 CP peut dès lors être entièrement abrogé.

Principe de l'opportunité (art. 8 AP)

La surcharge chronique des autorités pénales ainsi qu'un retour vers le principe de la proportionnalité ont, depuis peu, pour effet de *limiter le caractère impératif de l'action pénale*²⁴. Le principe de la légalité fait place au principe d'opportunité²⁵. A vrai dire, l'avant-projet n'adopte pas, comme l'ont fait certains cantons²⁶, un principe d'opportunité illimité qui donnerait aux autorités pénales un blanc-seing leur permettant de renoncer à exercer la poursuite pénale lorsque cela leur paraît souhaitable pour des raisons pratiques. Il se contente plutôt, d'accord sur ce point avec la commission d'experts²⁷, d'un *principe d'opportunité limité* tel qu'il est déjà pratiqué sous une forme ou sous une autre dans une majorité de cantons²⁸.

L'article 8 al. 1 AP reprend d'abord le principe d'opportunité du nouvel article 52 CP. Si l'on suivait les opinions formulées dans le message sur la révision de la partie générale²⁹, on pourrait certes considérer la *renonciation à exercer la poursuite pénale lorsque la faute est légère et ses conséquences peu dommageables* comme une disposition de droit matériel qui, à ce titre, devrait rester dans le code pénal. Si l'on élargit le principe d'opportunité en posant des motifs de renonciation relevant plutôt du droit formel, comme le propose l'avant-projet à l'article 8 al. 2, il semble cependant plus judicieux, pour des raisons pratiques, de regrouper ces dispositions et de les intégrer dans le code de procédure pénale fédéral³⁰. Mais si l'on

²² RS 170.32.

²³ RS 170.21.

²⁴ Voir « De 29 à l'unité », p. 48 s.

²⁵ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 160. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 art. 20 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 81 ; Maurer 1999 20 ss. ; Oberholzer 1994 211 ss. ; Piquerez 2000 N 652 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 48 N 2 ss. ; Schmid 1997 N 99 ss.

²⁶ Par exemple art. 53 CPP VD ; art. 8 CPP NE ; art. 116 CPP GE ; 97 CPP JU.

²⁷ « De 29 à l'unité », pp. 46 ss.

²⁸ Voir les remarques formulées par Hauser/Schweri 1999 § 48 N 10 f.

²⁹ P. 85.

³⁰ Cela répondrait à la question, posée dans le Message relatif à la révision de la partie générale du code pénal (p. 87 au milieu), sur le rapport entre le principe d'opportunité matériel et le principe d'opportunité procédural.

suivait ce point de vue et si le nouvel article 52 CP était adopté, il faudrait alors abroger cette disposition du CP. Il en va de même pour la clause de bagatelle de l'article 322^{octies} al. 1 CP³¹.

En plus de la clause de bagatelle du premier alinéa de l'article 8, l'avant-projet se propose d'admettre une renonciation à l'application stricte du principe de la légalité déclinée *en quatre volets à l'alinéa 2*. Ceux-ci se trouvent déjà, avec des variantes, dans certains codes de procédure cantonaux³². et parmi les propositions des experts³³. En résumé, il s'agit de cas dans lesquels le prévenu se trouve déjà en détention préventive, ou s'y est trouvé, et qu'il paraît superflu de le poursuivre à raison de la même ou d'une autre infraction :

- Selon l'alinéa 2 lit. a, il faut renoncer à poursuivre lorsque l'infraction concernée est tout à fait secondaire par rapport à l'acte principal. Exemple : on ne retiendra pas, dans une affaire de meurtre, la violation de domicile commise pour perpétrer le crime.
- L'alinéa 2 lit. b fait référence à la peine qu'il y aurait lieu de fixer en cas de concours rétroactif, lequel, en vertu de l'article 68 ch. 2 CP / nouv. art. 49 al. 2 CP, contraint les autorités pénales à ouvrir une nouvelle procédure et à prononcer un complément de peine lorsqu'elles ont connaissance ultérieurement d'autres infractions commises avant la condamnation. Il s'agit donc de renoncer à cette peine complémentaire lorsque que celle-ci serait minime. Lorsqu'un criminel en série a commis une centaine d'actes de même nature, il n'y a guère lieu de s'attendre à ce que la découverte de deux nouveaux actes identiques alourdisse la sanction globale.
- L'alinéa 2 lit. c se rapporte à l'auteur qui, à raison d'une infraction également réprimée en Suisse, a déjà été condamné à l'étranger : en vertu du principe d'imputation³⁴ de l'article 3 ch. 1, 2^{ème} alinéa CP / nouv. art. 3 al. 2 CP, la peine déjà purgée à l'étranger serait imputée sur la peine prononcée en Suisse si, comme il faudrait théoriquement le faire, une nouvelle procédure était ouverte en Suisse. Dans ce cas, il s'agit de renoncer à recommencer, pour rien, une procédure dont il n'y a pas lieu d'attendre une sanction plus élevée que celle qui a été prononcée à l'étranger.
- L'alinéa 2 lit. d vise une situation voisine : il n'est pas rare qu'une personne soit poursuivie à l'étranger alors que l'acte qu'on lui reproche, parce qu'il a été commis en Suisse, est soumis au droit pénal helvétique en vertu de l'article 3 CP / nouv. art. 3CP et devrait donc également être poursuivi dans ce pays. Ou alors, les autorités pénales étrangères sont même sollicitées de diligenter la poursuite. Il ne serait guère judicieux, dans de tels cas, d'ouvrir une procédure en Suisse dans la mesure où il faudrait là également imputer, en vertu de l'article 3 ch. 1 al. 2 CP / art. 3 al. 2 nCP, la peine prononcée à l'étranger.

La renonciation à la poursuite pénale en application de l'alinéa 2, contrairement à ce que permet la clause de bagatelle de l'alinéa 1, n'est admissible que si aucun intérêt légitime de la partie plaignante ne s'y oppose (p.ex. un intérêt à ce que ses prétentions civiles soient prises en considération).

³¹ Introduit lors de la révision du droit de la corruption du 22 décembre 1999. Demeure ouverte, en l'état actuel de la législation, la question de savoir si d'autres clauses de bagatelle, comme l'article 100 ch. 1, deuxième phrase LCR, devraient également être abrogées.

³² Voir notamment: art. 39a CPP ZH ; art. 4 CPP BE; art. 20 CPP AR .

³³ « De 29 à l'unité », p. 47 s.

³⁴ D'un point de vue général, Rehberg 1996 33 s.

Comme l’alinéa 1, l’alinéa 3 précise d’une part que *l’application du principe d’opportunité est l’apanage du ministère public et des tribunaux*, ce qui exclut la police³⁵. D’autre part, cette disposition exprime clairement que, même dans ces cas, le principe d’indisponibilité de l’article 10 AP est applicable et que la renonciation à la poursuite ne peut que revêtir la forme d’une décision de non entrée en matière ou de classement en application des articles 341 ou 350 et suivants AP, décision d’ailleurs sujette à recours conformément à l’article 355 AP³⁶.

Maxime d’accusation (art. 9 AP)

Dans notre conception actuelle, le procès pénal relève du système accusatoire. Il ne peut être mené que si une autorité distincte du tribunal de jugement a recueilli, au cours d’une procédure préliminaire, tous les éléments de fait et des preuves suffisantes, puis récapitulé les griefs retenus contre l’inculpé dans un acte d’accusation soumis à l’appréciation du tribunal. Ce principe accusatoire implique que *le tribunal ne peut statuer que sur les griefs contenus dans l’acte d’accusation* et que les termes de l’accusation ne peuvent plus être modifiés – sous réserve de certaines exceptions (art. 383 AP) – au cours de l’audience de jugement (*principe d’immutabilité*³⁷).

Le principe énoncé à l’alinéa 1 subit *certaines restrictions* mentionnées à l’alinéa 2. Dans la procédure de l’ordonnance de condamnation et la procédure en matière de contraventions, le ministère public ou l’autorité administrative compétente clôt le dossier, sans déposer de mise en accusation, par une ordonnance pénale (art. 412 – 414 AP) ou une ordonnance d’amende (art. 422 AP). Si une opposition est formée contre celle-ci, l’ordonnance pénale tient lieu d’acte d’accusation (art. 416 AP). Il en va plus ou moins de même en ce qui concerne les contraventions, à cette différence près que l’ordonnance d’amende, lorsqu’elle a fait l’objet d’une opposition, ne sert que de façon très limitée d’acte d’accusation, le tribunal n’étant d’ailleurs pas nécessairement lié par celui-ci (voir également l’art. 423 AP).

Principe d’indisponibilité (art 10 AP)

Le déroulement des procédures pénales est soumis à une exigence de forme stricte. Celles-ci ne peuvent donc *pas être liquidées de façon informelle*, par exemple par une simple annotation dans le dossier. Seules s’offrent les possibilités prévues par la loi, à savoir la suspension ou le classement, la mise en accusation ou l’ordonnance pénale³⁸.

Appréciation des preuves et présomption d’innocence (art. 11 AP)

Le droit de procédure pénale suisse est caractérisé par le *principe de la libre appréciation des preuves*. Ce principe est déjà consacré par les articles 169 al. 3 et 249 PPF de même que par l’article 77 al. 3 DPA. On le trouve également dans la plupart des codes de procédure cantonaux.

³⁵ Voir également Hauser/Schweri § 48 N 15 ; ATF 109 VI 50.

³⁶ C’est également ce que demande le rapport « De 29 à l’unité », p. 49 s. et le message PG CP (p. 87) cité plus haut. En règle générale, il s’agira donc d’un classement définitif et non provisoire – ce dernier étant qualifié de « suspension » à l’article 345 AP – comme cela ressort de « De 29 à l’unité », p. 52: la suspension n’est pas fondée sur un motif d’opportunité mais sur l’un des motifs énoncés à l’article 345 AP.

³⁷ Pour plus de détails, voir Aeschlimann 1997 N 164 ; Clerc 1975 N 54 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 50 N 1 ss. ; Maurer 1999 31 ss. ; Oberholzer 1994 219 ss. ; Piquerez 2000 N 731 ss. ; Schmid 1997 N 145 ss., 811 ss.

³⁸ A propos de ce principe, voir Oberholzer 1994 414 s. ; Schmid 1997 N 791.

Le juge n'apprécie pas les preuves en appliquant des règles rigides prédéfinies (par exemple en privilégiant les dépositions des témoins par rapport à celles du prévenu), mais en fonction de la conviction qu'il a personnellement acquise en se fondant sur les preuves recueillies³⁹. Ce principe, exprimé à l'article 11 al 1 AP, s'applique à toutes les procédures régies par la présente loi. Les dispositions correspondantes de la PPF⁴⁰ peuvent être abrogées. L'alinéa 1 précise d'ailleurs que le tribunal doit apprécier non seulement les preuves fournies lors des débats mais également celles qui ont été recueillies par le ministère public au cours de la procédure préliminaire. Pour savoir s'il y a lieu d'observer les règles de l'immédiateté ou celles de la médiateté, on se référera aux articles 374 à 378 AP (voir chiffre 263.23 infra).

Parmi les principes qui gouvernent la preuve au sens large figure, à l'alinéa 2, la *présomption d'innocence*⁴¹, maxime fondamentale de toute procédure pénale se réclamant de l'Etat de droit, déjà inscrite aux articles 28 al. 1 cst., 6 ch. 2 CEDH et 14 al. 2 PIDCP⁴². Ce principe, issu du droit de procédure anglo-saxon⁴³, est une conséquence du système accusatoire selon lequel l'Etat,

accusateur, doit prouver la culpabilité du prévenu. Tant que cette preuve n'est pas rapportée, permettant de condamner l'inculpé, celui-ci doit être considéré comme innocent. La présomption d'innocence n'exclut pas, cependant, que le prévenu soit l'objet de différents actes de procédure, et notamment de mesures de contrainte qui, en dernière analyse, reposent sur une hypothèse de culpabilité. Malgré cela, les autorités pénales ne doivent jamais, dans leur action, perdre de vue le principe de la présomption d'innocence.

L'alinéa 3 reprend un principe découlant de la présomption d'innocence et selon lequel « *le doute profite à l'accusé* » (*in dubio pro reo*). La première conséquence de ce principe est que, en cas d'échec de la preuve de culpabilité, le prévenu doit être acquitté (*fardeau de la preuve*). La seconde, c'est que l'acquiescement doit aussi être prononcé lorsque des doutes sérieux et insurmontables subsistent quant à la culpabilité ; dans un tel cas, le tribunal doit se fonder sur l'état de fait le plus favorable au prévenu (*appréciation des preuves*⁴⁴). Selon la doctrine dominante, l'alinéa 3 implique que ce principe n'est applicable qu'aux conditions effectives d'une condamnation, lesquelles doivent être rapportées par l'Etat. Il s'agira avant tout des caractéristiques objectives et subjectives de l'infraction poursuivie. La règle n'entre pas en ligne de compte pour l'application du droit.

Interdiction de la double poursuite (art 12 AP)

Toute personne condamnée ou acquittée en Suisse par un jugement passé en force ne peut être impliquée une nouvelle fois dans une procédure pénale à raison des mêmes faits (effet de la

³⁹ Sur ce point et à propos de ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 197 s. ; Clerc 1975 N 129 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 54 N 1 ss. ; Piller/Pochon 1998 art. 73.1 ss. ; Schmid 1997 N 286 ss.

⁴⁰ Et également, le cas échéant, à l'article 77 al. 3 DPA si les dispositions procédurales de cette loi doivent être remplacées par celles du code de procédure pénale unifié.

⁴¹ Voir à ce sujet Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 411 N 8.4. ; Clerc 1975 N 137 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 56 N 20 ss. ; Schmid 1997 N 277 ss.

⁴² Voir également Haefliger/Schürmann 1999 208 ss. ; Villiger 1999 N 493 ss.

⁴³ A ce sujet, voir Schmid 1993 22 ss., 153

⁴⁴ Sur le principe *in dubio pro reo*, avec d'autres renvois, voir Aeschlimann 1997 N 199 ss. ; Clerc 1975 N 133 ; Hauser/Schweri 1999 § 54 N 12 ss. ; Maurer 1999 25 ss. ; Oberholzer 1994 243 s. ; Piller/Pochon 1998 art. 4.10 ss. ; Piquerez 2000 N 1918 ss. ; Schmid 1997 N 294 ss.

chose jugée ; *ne bis in idem*)⁴⁵. Il s'agit de l'un des principes fondamentaux du droit de la procédure pénale, déjà consacré par l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH, du 22 novembre 1984⁴⁶, et à l'article 14 al. 7 PIDCP⁴⁷. Une nouvelle procédure est exclue lorsqu'il y a identité d'auteur et d'infraction. L'article 12 al. 1 AP laisse ouverte la question, abondamment discutée en doctrine comme en pratique, de savoir s'il y a lieu de se baser sur l'événement global qui a été examiné dans la première procédure (p.ex. X a provoqué la mort de Y) ou sur l'objet concret de cette procédure (X a provoqué la mort de Y de telle ou telle manière en agissant par négligence).

L'alinéa 2 énumère les *exceptions* à l'interdiction de la double poursuite. Les cas visés ici se réfèrent à des situations dans lesquelles une procédure déjà close doit être reprise. Ces exceptions sont en harmonie avec les normes juridiques supérieures déjà citées plus haut⁴⁸.

⁴⁵ L'article 3 ch. 1 CP / 3 al. 2 nCP n'exclut pas qu'une infraction commise en Suisse et jugée à l'étranger puisse faire l'objet, une nouvelle fois, d'une procédure et d'un jugement en Suisse. Voir ATF 111 IV 3 ; Trechsel 1997 art. 3 N 5.

⁴⁶ RS 0.101.07

⁴⁷ A propos de ce principe : Aeschlimann 1997 N 223 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 art. 29 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 16 ss. ; Maurer 1999 453 ; Oberholzer 1994 416 s. ; Piquerez 2000 N 2740 ss., 3948 ss. ; Schmid 1997 N 588 ss.

⁴⁸ Voir Haefliger/Schürmann 1999 356 ; Villiger 1999 N 695 s.

22 Autorités pénales (titre 2)

Le deuxième titre de l'avant-projet traite des différentes autorités pénales fédérales et cantonales, de leurs compétences, de leurs tâches, des motifs de récusation et des actes de procédure qu'elles accomplissent. Les règles énoncées concernent les autorités prévues par le présent code de procédure fédéral. Elles ne s'appliquent pas au Tribunal fédéral et à ses activités dans la mesure où il connaît des recours en matière pénale¹ contre les décisions cantonales de dernière instance et contre les décisions de première instance du Tribunal fédéral. Celui-ci n'est concerné que dans la mesure où il doit connaître des recours prévus par la présente loi, c'est-à-dire en qualité d'instance de recours contre les décisions du ministère public de la Confédération.

221 Attributions (chapitre 1, art. 13-27 AP)

221.1 Généralités (section 1, art. 13-15 AP)

Les autorités de poursuite pénale et leur dénomination (art. 13-15 AP)

Pour désigner les autorités cantonales et fédérales chargées de la poursuite pénale, l'avant-projet utilise le terme général d'autorités de poursuite pénale. Cette notion recouvre la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions (art. 13 AP) ainsi que les tribunaux, instances judiciaires énumérées à l'article 14 AP, qui sont les tribunaux des mesures de contrainte, les tribunaux de première instance, les tribunaux des mineurs, les autorités de recours et les cours d'appel.

L'avant-projet se contente de définir dans les grandes lignes les principales autorités pénales dont la Confédération et les cantons doivent être dotés. *Il incombe ensuite à ceux-ci, dans le cadre ainsi défini, de régler les détails de leur organisation judiciaire.* De la sorte, l'intervention dans l'organisation des autorités cantonales et fédérales est limitée au minimum². Les dispositions qui suivent laissent à la Confédération et aux cantons *une certaine liberté d'action* qui porte dans quatre directions principales :

- En premier lieu, l'article 15 al. 1 AP laisse à la Confédération et aux cantons le soin de décider quelles sont les autorités qui exercent les *attributions des autorités pénales mentionnées aux articles 13 et 14 AP* et quelle dénomination il convient de leur donner. Ainsi, les cantons peuvent par exemple attribuer les fonctions du ministère public à un service de juges d'instruction, celles de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions à une administration de circonscription ou à une préfecture, celles du tribunal de première instance à un tribunal de district ou d'arrondissement. Quant à la cour d'appel, ils peuvent l'appeler tribunal cantonal, cour suprême, cour de justice, etc. Il est toutefois souhaitable de réaliser également, dans la mesure du possible, une certaine unification de la dénomination des juridictions au niveau suisse.
- A l'exception de l'autorité de recours et de la cour d'appel, la Confédération et les cantons peuvent instituer *plusieurs autorités de même rang*. Dans leur loi d'introduction et dans les limites du présent code, ils en définiront les compétences matérielles et territoriales. Ils auront notamment la latitude de répartir les communes entre les ressorts des différents tribunaux de première instance, sans toutefois pouvoir déroger aux dispositions des articles 39 à 46 AP regardant le for. Ils définiront également la *formation des tribunaux*

¹ C'est ainsi qu'est désigné la voie de recours unique dans l'avant-projet y relatif de 1997, art. 73 ss.

² Voir le chiffre 131 supra.

lorsque ceux-ci sont constitués en collège. Il leur sera donc possible d'instituer des collèges de trois juges pour les juridictions de recours. Ceci est essentiel, car l'avant-projet oblige même les plus petits cantons à créer au moins deux chambres au niveau des instances de recours, d'appel et de révision (voir chiffres 221.9 et 221.9 infra).

- Les articles 15 al. 2 et 4 AP prévoient que la Confédération et les cantons définissent les modalités *d'élection, la composition, l'organisation, les compétences et la surveillance des autorités pénales*, dans la mesure où ces questions ne sont pas réglées de façon exhaustive par la présente loi.
- En ce qui concerne les différentes autorités pénales, la Confédération et les cantons ont le choix de les créer de toutes pièces ou simplement d'en déléguer les attributions à d'autres autorités. C'est pourquoi l'article 21 al. 1 AP précise que la création d'une ou de plusieurs autorités pénales en matière de contraventions est *facultative*.
- C'est le lieu de rappeler que les cantons ont la latitude d'instituer des *autorités pénales communes*, possibilité récemment consacrée par le nouvel article 191b al. 2 cst.. Ainsi, plusieurs petits cantons peuvent par exemple créer ensemble des tribunaux pénaux compétents en matière de criminalité économique.

Le modèle proposé par l'avant-projet en ce qui concerne les autorités pénales présente donc la *flexibilité* indispensable pour mettre en place une organisation judiciaire adéquate tout en tenant compte de la taille des différents cantons et des composantes historiques de leurs structures. L'objectif prioritaire de cet avant-projet, à savoir l'unification la plus complète possible du droit de procédure proprement dit, n'est pas sérieusement compromis par cette faculté laissée aux cantons d'aménager librement leur organisation judiciaire. Celle-ci permet au contraire d'asseoir le nouveau code de procédure pénale fédéral sur une organisation judiciaire adaptée aux particularités cantonales, ce qui devrait faciliter les choses.

221.2 Police (section 2, art. 16-17 AP)

Généralités (art. 16 AP)

Selon l'article 16 AP, les fonctionnaires des corps de police *investis d'attributions de police judiciaire ou de police criminelle par les lois d'introduction fédérale et cantonales*, procèdent aux investigations dans le cadre de la procédure préliminaire conformément aux dispositions de cet avant-projet (art. 326 ss. AP). Dès lors, il appartient par exemple aux cantons de savoir s'ils entendent ou non attribuer de telles compétences aux fonctionnaires des corps de police municipaux. Comme il n'est pas essentiel de donner aux services en cause la dénomination « police » et qu'il y a lieu, au contraire, de prendre en considération l'aspect fonctionnel de l'institution policière³, des attributions de police peuvent être confiées à des fonctionnaires pris en-dehors d'un corps de police proprement dit, par exemple des gardes-pêche ou des gardes-chasse, ou encore à des agents chargés de la répression des infractions au droit pénal administratif.

Tâches (art. 17 AP)

L'article 17 AP décrit sommairement les principales tâches confiées à la police. Celle-ci doit avant tout enquêter sur les infractions, c'est-à-dire *recueillir les premiers indices et retrouver*

³ A ce sujet, voir Schmid 1997 N 306.

l'auteur des actes incriminés. Les modalités de ces activités sont détaillées aux articles 333 à 337 AP ainsi que dans les dispositions décrivant le rôle de la police dans la mise en œuvre des mesures de contrainte (p.ex. les articles 221 s., 224, 226 ss. AP). L'alinéa 2 souligne que l'action de la police, dans la mesure où celle-ci enquête sur des infractions, doit se conformer au présent code de procédure pénale fédéral. Les autres activités policières, par exemple celles qui se déroulent dans le domaine de la police de sécurité, ne sont pas soumises à cette loi.

L'avant-projet est basé sur un modèle « ministère public » dans lequel l'ensemble de la procédure préliminaire (constituée de l'enquête de police et de l'instruction) et la procédure intermédiaire sont dirigées par le ministère public (voir chiffre 133 supra). Il en résulte inévitablement que la police, lorsqu'elle agit en application du présent code de procédure pénale, *doit être soumise à la surveillance et aux instructions du ministère public* (al. 3)⁴. Cela montre que l'avant-projet, s'il permet l'intégration ou le rattachement de la police judiciaire au ministère public selon le modèle de Bâle-Ville par exemple, ne l'exige pas.

La mise en accusation ayant eu lieu, la maîtrise de la procédure passe au tribunal compétent (art. 361 AP). Si, à partir de cet instant, une activité de la police est encore requise, c'est le tribunal saisi qui sera compétent pour lui donner des instructions (al. 4).

221.3 Ministère public (section 3, art. 18-20 AP)

Notion (art. 18 AP)

En introduction au présent rapport explicatif, lorsqu'il s'agissait de justifier le choix du modèle « ministère public » (voir chiffre 142 supra), nous avons déjà eu l'occasion d'examiner le rôle du ministère public et de présenter le concept qui sous-tend l'avant-projet. La Confédération et les cantons doivent mettre en place un ou plusieurs ministères publics au(x)quel(s) il revient, en vertu de la maxime d'office et du principe de la légalité, de veiller à *poursuivre les infractions de façon équitable* (al. 1). Comme la dénomination des autorités compétentes appartient à la Confédération et aux cantons (art. 15 al. 1 AP), il est logique qu'au niveau fédéral, les attributions du ministère public soient exercées par le Ministère public de la Confédération. Ce dernier ne sera plus mentionné spécialement ci-dessous ; au besoin, on parlera du « Ministère public de la Confédération » (par exemple à l'article 33 al. 1 AP).

Compétence (art. 19 AP)

Les fonctions du ministère public au cours des deux phases de la procédure préliminaire (enquête de police et instruction) tout d'abord, puis lors de la mise en accusation et à l'audience de jugement, ont également été passées en revue, en introduction, lorsque nous décrivions les différents modèles d'instruction au chiffre 14. L'article 19 al. 1 AP récapitule ces diverses fonctions.

L'alinéa 2 précise, eu égard au *principe d'indisponibilité* de l'article 10 AP, que le ministère public, au terme de la procédure préliminaire, classe la procédure ou dresse l'acte d'accusation.

⁴ Voir aussi « De 29 à l'unité », p.72.

Indépendance (art. 20 AP)

Dans certains cantons, le ministère public ou les juges d'instruction sont actuellement soumis au pouvoir d'instruction d'autorités politiques, notamment du gouvernement cantonal⁵. La commission d'experts a laissé en suspens la question de l'indépendance⁶. Lors des auditions, une grande majorité des opinions exprimées y furent favorables⁷. Désormais, l'article 20 al. 1 AP garantit *l'indépendance du ministère public en tant qu'il applique le droit*, reprenant en cela le principe exprimé à l'article 4 al. 1 AP. Sur le plan administratif, le ministère public peut cependant se retrouver intégré dans l'ordre hiérarchique d'une administration cantonale et, par exemple, être soumis au pouvoir exécutif, comme c'est le cas, selon le droit en vigueur, du Ministère public de la Confédération (art. 14 al. 1 PPF).

L'alinéa 2 permet à la Confédération et aux cantons qui institueraient un procureur général de soumettre les ministères publics au *pouvoir d'instruction* de ce dernier, ce qui – comme nous l'avions déjà souligné au chiffre 142.1 supra – est indispensable si l'on entend disposer d'autorités pénales efficaces. La formulation ouverte de cette disposition permet également à la Confédération et aux cantons d'opter pour une *structure à trois niveaux* : les procureurs d'une certaine région seraient soumis à l'autorité d'un premier procureur – ou procureur principal –, lequel serait à son tour dépendant du procureur général du canton.

221.4 Autorités pénales compétentes en matière de contraventions (section 4, art. 21 AP)

Généralités (art. 21 AP)

La Confédération et les cantons peuvent confier la poursuite et le jugement des contraventions à des *autorités administratives* telles que des préfets, des juges de police ou tout autre service administratif⁸ désigné à cet effet (art. 21 al. 1 AP). Mais ils peuvent également en charger le ministère public et les tribunaux ordinaires, latitude déjà laissée aux cantons par le droit en vigueur (art. 345 ch. 1 al. 2 CP)⁹. Le modèle ouvert proposé par l'avant-projet permet encore aux cantons d'opter pour un *système mixte*. Ils peuvent par exemple confier la poursuite des contraventions en premier lieu à des autorités administratives et placer celles-ci sous la tutelle d'un ministère public central ad hoc, ou alors charger d'emblée ce dernier de tout le domaine des contraventions.

Les autorités administratives désignées comme autorités pénales en matière de contraventions jouissent, dans l'exercice de ces attributions, de *l'indépendance reconnue au juge* par l'article 4 al. 1 AP (al. 2). Toutefois, les ordonnances d'amende peuvent toujours être portées devant le tribunal de première instance par la voie de l'opposition (voir à ce sujet les articles 423 à 426 AP).

⁵ Voir par exemple l'art. 28 CPP ZH. Sur ce pouvoir d'instruction en général, voir Hauser/Schweri 1999 § 26 N 13 s.

⁶ « De 29 à l'unité », p. 73.

⁷ Voir les votes exprimés lors des auditions : pp. 52, 103, 113 in fine, 138 s., 160. Pour l'indépendance considérée comme une matière cantonale : pp. 71, 82.

⁸ Comme c'est actuellement le cas en droit pénal administratif fédéral ; voir les art. 20 ss. DPA).

⁹ De lege lata, on trouve dans les cantons les deux modèles ; pour ce qui est de la procédure en matière de contraventions, voir Oberholzer 1994 459 ss. ; Piquerez 2000 N 3124 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 87 N 5 ss.

221.5 Tribunal des mesures de contrainte (section 5, art. 22 AP)

Compétence (art. 22 AP)

Si l'on décide de construire le futur code de procédure pénale fédéral sur le modèle « ministère public » tel qu'il est présenté ici, il conviendra, comme nous l'avons exposé au chiffre 142.2, d'instituer un juge compétent pour ordonner la mise en détention préventive. L'avant-projet élargit les attributions de cette instance et l'investit de compétences plus étendues, à l'instar du juge d'instruction et juge de la détention tessinois (*giudice dell'istruzione e d'ell'arresto*, en abrégé : GIAR)¹⁰.

- L'alinéa 1 lit. a stipule que l'autorité judiciaire désignée comme tribunal des mesures de contrainte non seulement ordonne *la détention préventive et la détention de sécurité*¹¹ et prend les autres décisions y relatives¹², mais est également appelée à statuer sur ces *autres mesures de contrainte* dont l'avant-projet attribue la compétence au juge. Il s'agit en premier lieu des compétences liées à l'observation policière (art. 297-298 AP) ; il y a lieu de penser que le tribunal des mesures de contrainte se verra encore attribuer des compétences dans les domaines suivants: écoutes téléphoniques, autres mesures techniques de surveillance, investigation secrète.
- L'alinéa 1 lit. b attribue au tribunal des mesures de contrainte la fonction d'*instance de recours contre les décisions prises au cours de la procédure préliminaire* : le recours est ouvert devant cette instance contre les décisions et contre les actes de procédure en général de la police, du ministère public et des autorités pénales en matière de contraventions (voir également art. 461 à 466 AP). Ce n'est que dans les cas expressément mentionnés par la loi que le recours contre les décisions du ministère public et des autorités pénales en matière de contraventions doit être adressé à l'autorité de recours instituée par l'article 26 (art. 26 al. 1 lit. c AP ; voir également art. 464 al. 2 AP), par exemple pour contester une ordonnance de classement (art. 355 AP).

La Confédération et les cantons disposent d'une certaine liberté pour *définir à quel tribunal ils entendent confier les attributions du tribunal des mesures de contrainte* (al. 2). Puisque, dans certains cas, le recours est ouvert contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte (voir l'art. 241 AP), ce dernier doit être rangé *au niveau des juridictions de première instance*. Il appartient à la Confédération et aux cantons de déterminer s'ils veulent confier ces attributions à un tribunal des mesures de contrainte distinct des autres tribunaux de première instance, à une chambre du tribunal de première instance, à la direction de la procédure, c'est-à-dire au président du tribunal de première instance, ou encore à un juge unique (art. 24 AP).

Afin d'éviter les problèmes liés à une éventuelle partialité des juges qui seront ensuite appelés à statuer sur le fond¹³, l'alinéa 3 prévoit que les membres du tribunal des mesures de

¹⁰ Voir 60-60b LOJ TI et p.ex. art. 97 lit.b, 167 ch. 1, 279, 280 CPP TI et les commentaires y relatifs de Salvioni 1999.

¹¹ En matière de détention de sécurité; cette autorité se limite à la première instance; voir art. 243-245 AP.

¹² Par exemple sur les requêtes de mise en liberté, art 239 AP.

¹³ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le juge de la détention n'est pas écarté systématiquement du jugement au fond (ATF 117 Ia 182 ; voir aussi Haefliger/Schürmann 1999 175 ; Schmid 1997 N 135a ; Villiger 1999 N 426). Il y a lieu, cependant, d'admettre la partialité lorsque le juge a rejeté une demande de mise en liberté en faisant valoir des appréciations renforçant l'idée de culpabilité (voir ATF 115 Ia 180 et 117 Ia 185). La Cour strasbourgeoise a adopté une position analogue, notamment dans une cause Hausschildt, EuGRZ 20

contrainte ne peuvent siéger dans la même affaire comme juges du fond. L'avant-projet envisage donc, sur le plan personnel du moins, une *séparation des fonctions respectives du tribunal des mesures de contrainte et du tribunal de première instance*¹⁴.

221.6 Tribunal de première instance (section 6, art. 23-24 AP)

Tribunal de première instance (art. 23 AP)

La Confédération et les cantons instituent un tribunal de première instance appelé à connaître de toutes les causes pénales qui ne sont pas dévolues à une autre juridiction. Comme le prévoit l'article 15 AP, la Confédération et les cantons fixent la compétence *ratione materiae* et *ratione loci*¹⁵ de leurs tribunaux de première instance. L'avant-projet permet à la Confédération et aux cantons de mettre en place comme juridiction de première instance *plusieurs tribunaux régionaux, de district ou d'arrondissement*, mais également un tribunal de première instance unique pour tout le pays, respectivement tout le canton, spécialisé dans une forme particulière de criminalité, par exemple un *tribunal correctionnel ou un tribunal pénal économique*. En détaillant les différentes instances judiciaires aux articles 13 et suivants, l'avant-projet n'exclut pas directement les cours d'assises. De facto cependant, celles-ci ne peuvent plus être constituées puisque les dispositions des articles 361 et suivants régissant les débats de première instance (et qu'il y a lieu de considérer comme exhaustives) ne contiennent pas les règles particulières indispensables au fonctionnement du système des tribunaux avec jury.

Juge unique (art. 24 AP)

L'article 24 al. 1 AP ménage à la Confédération et aux cantons la possibilité – sans leur en faire l'obligation – d'instituer un juge unique comme tribunal de première instance. La plupart des cantons recourent d'ailleurs déjà à cette solution afin de *décharger les tribunaux collégiaux des cas les plus bénins*.

Selon l'article 24 al. 2 AP, le juge unique statue en première instance sur les *contraventions* (lettre a) et sur les crimes et les délits pour lesquels le ministère public – eu égard au nouveau système de sanctions prévu par le projet de révision de la partie générale du code pénal – ne requiert qu'une peine pécuniaire (nouv. art. 34 ss.), un travail d'intérêt général (nouv. art. 37 ss.) ou une peine privative de liberté (nouv. art. 40 s.) de trois ans au plus (lettre b). S'il y a lieu, dans le jugement, de révoquer des sanctions prononcées antérieurement avec sursis, la durée cumulée des peines privatives de liberté ne doit pas excéder trois ans¹⁶. Cette latitude donnée au juge unique de prononcer des peines allant jusqu'à trois ans de privation de liberté a été proposée car la nouvelle partie générale du code pénal permettra dorénavant au tribunal d'accorder le sursis pour les peines d'une durée maximale de trois ans d'emprisonnement.

(1993) 127. Le fait que l'impartialité du juge soit toujours contestée lorsque celui-ci revêt la double fonction de juge de la détention et de juge du fond devrait fournir une raison suffisante de séparer clairement ces deux fonctions. C'est d'ailleurs ce qu'a fait Zurich, notamment (voir § 95 al.2 LOJ ZH).

¹⁴ Pour le deuxième degré de juridiction, c'est-à-dire pour la cour d'appel, on a cependant renoncé à introduire une telle séparation ; voir l'art. 246 AP et infra, chiffre 253.5.

¹⁵ Dans la mesure toutefois où cette dernière ne résulte pas des articles 39 ss. AP, ils peuvent décider par exemple de la répartition des communes dans les différents ressorts judiciaires.

¹⁶ La formulation de cette disposition devra être adaptée en détails à la partie générale du CP lorsque celle-ci aura été votée par le Parlement, notamment en ce qui concerne des sanctions telles que les travaux d'intérêt général qui, quoique non classées parmi les peines privatives de liberté, ont néanmoins pour effet de restreindre celle-ci.

Bien que des calculs plus précis, et même des estimations, ne sont guère possibles, il faut s'attendre à ce qu'un grand nombre d'infractions pourront, à l'avenir, être jugées par un juge unique, ce qui permettrait de décharger considérablement les tribunaux¹⁷. Si l'on considère les régimes en vigueur à l'étranger¹⁸ et les voies de recours prévues, toujours généreusement aménagées, le passage au système du juge unique dans le domaine de la petite et moyenne criminalité ne saurait faire craindre un démantèlement de la protection des justiciables. Il faut admettre, cependant, que l'accroissement des compétences du juge unique tel qu'il est envisagé dans l'avant-projet va assez loin par rapport à la situation qui prévaut actuellement dans la plupart de cantons. Dans tous les cas, il convient de postuler que si la Confédération et les cantons prévoient des juges uniques, la compétence de ceux-ci devra être réglée de façon uniforme dans la présente loi et non pas individuellement par les collectivités concernées¹⁹. Cela s'impose d'autant plus que, selon les dispositions de l'avant-projet relatives aux débats, différents critères (voir art. 374-375 et 376-378 AP) – différentes voies également en matière d'appel (voir art. 472 al. 2 lit b AP) – ont été fixés en ce qui concerne le principe d'immédiateté – respectivement de médiateté – pour les cas soumis au juge unique et ceux qui sont jugés par un tribunal de première instance collégial.

221.7 Autorités pénales des mineurs (section 7, art. 25)

Comme nous l'avons indiqué sous chiffres 124 et 131 supra, une loi séparée ayant pour objet la procédure pénale applicable aux mineurs sera présentée lors de la procédure de consultation lancée dans le cadre de cet avant-projet. Si cette procédure particulière devait finalement être intégrée au présent code, c'est ici que figureraient les dispositions régissant les autorités pénales pour mineurs.

221.8 Autorité de recours (section 8, art. 26 AP)

Compétence (art. 26 AP)

Outre la révision (art. 479 à 485 AP), moyen de recours indispensable dans tout système de procédure pénale, l'avant-projet ne propose que deux voies de recours. En premier lieu l'appel, qui donne au juge saisi un pouvoir d'examen limité ou illimité selon les cas mais qui, exprimé simplement, ne peut être interjeté que contre les verdicts de culpabilité ou les décisions d'acquiescement (art. 467 ss. AP). Ensuite le recours (art. 461 à 466 AP), dont sera saisie l'autorité prévue par l'article 26, qui permettra d'attaquer *toutes les autres décisions des tribunaux de première instance ainsi que, dans certains cas expressément spécifiés, des décisions du ministère public ou de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions*. L'autorité de recours est ainsi investie d'une partie des compétences qui, selon les régimes procéduraux en vigueur, sont actuellement assumées par une chambre des recours d'un tribunal cantonal ou par une cour d'appel. Elle vient également prendre la place de la chambre d'accusation²⁰ que l'on trouve au niveau fédéral et dans certains cantons. Il convient toutefois de renoncer à cette dénomination car, selon l'avant-projet, cette autorité

¹⁷ En 1998, à la suite de la réorganisation de la justice dans le canton de Berne, laquelle a introduit un régime de compétence comparable (juges uniques : peines privatives de liberté jusqu'à une année ; tribunaux d'arrondissement : peines d'une durée supérieure à une année), les tribunaux à juge unique ont rendu 3853 jugements, les tribunaux d'arrondissement 309 (voir Maurer 1999 387).

¹⁸ Dans l'environnement juridique anglo-saxon, les tribunaux de première instance sont traditionnellement composés d'un juge unique ; voir Schmid 1993 45 ss.

¹⁹ Le rapport « De 29 à l'unité », p. 77, voulait abandonner aux cantons le soin de fixer la limite.

²⁰ Les experts ont d'ailleurs proposé la création d'une chambre d'accusation (« De 29 à l'unité », p. 44 et 138 in fine).

pénale ne s'occupe pas d'accusation mais traite exclusivement des recours. D'un point de vue historique, l'institution de la chambre d'accusation trouve ses racines dans le système de la cour d'assises: les accusations relevant de cette juridiction devaient être soumises à l'examen préalable de la chambre d'accusation²¹. Or, cette fonction de contrôle a disparu avec la suppression des cours d'assises – qui est également intervenue au niveau fédéral²² –, de sorte que la dénomination « autorité de recours » est plus pertinente.

Même si la Confédération et les cantons ont la latitude de constituer une « chambre de recours » totalement distincte des autres instances sur le plan organisationnel, il paraît évident *de confier les attributions de l'autorité de recours à la cour d'appel, c'est-à-dire, dans les cantons, au tribunal cantonal* (alinéa 2). Selon l'article 27 al. 2 AP, il s'agit toutefois, dans ce cas, de garantir l'indépendance des juges (voir à ce sujet le chiffre 221.9 infra).

221.9 Cour d'appel (section 9, art. 27 AP)

Compétence (art. 27 AP)

L'avant-projet propose une juridiction cantonale à deux degrés. Cela signifie que les jugements de première instance, à quelques restrictions près, peuvent être portés devant une instance cantonale supérieure, que l'avant-projet dénomme « cour d'appel ». En vue d'uniformiser la procédure jusque dans le domaine des voies de recours, cette règle devrait également s'appliquer *aux affaires relevant de la juridiction fédérale*. Par conséquent, il faudrait créer (en amont du recours en nullité au Tribunal fédéral, appelé à devenir le recours en matière pénale) une cour d'appel pénale fédérale. A ce jour, toutefois, l'idée d'une telle juridiction au niveau fédéral ne semble pas rencontrer beaucoup d'intérêt. Le nouvel article 191a al. 1 cst. se contente de mentionner un tribunal pénal fédéral de première instance ; il faut cependant préciser que l'alinéa 4 de cette disposition permet la création d'autres autorités judiciaires fédérales par voie législative. Ni le projet de loi sur le tribunal pénal fédéral ni celui sur le Tribunal fédéral du 28 février 2001 ne prévoient une instance d'appel. En tout cas, la question des recours contre les jugements du tribunal de première instance fédéral devra être réexaminée lors de l'élaboration du projet définitif de code de procédure pénale fédéral en tenant compte de l'état de la législation sur le Tribunal fédéral à ce moment-là.

La cour d'appel n'aura pas pour seule vocation de statuer sur appel ; l'avant-projet propose d'en faire également une *instance de révision* (art. 27 al. 1 lit. b AP). En outre, on pourra lui confier les attributions de l'autorité de recours (art. 26 al. 2 AP ; chiffre 221.8 supra). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 6 ch. 1 CEDH et à l'ancien article 58 al. 1 cst. (nouv. art. 30 al. 1 cst.), le principe de l'indépendance n'est pas violé lorsque le juge qui a rendu une décision sur le fond en première instance statue ensuite sur une demande de révision portant sur le même jugement²³. Il devrait en aller de même lorsqu'un juge doit d'abord trancher sur des recours dirigés contre des décisions de procédure et statuer ensuite en appel dans la même cause²⁴. Afin de séparer clairement les fonctions, il apparaît cependant judicieux d'obliger la Confédération et les cantons à distinguer de façon appropriée, serait-ce au niveau interne dans les tribunaux, les attributions respectives des instances d'appel, de

²¹ Voir l'article 128 anc. PPF.

²² Voir la LF sur la suppression des assises fédérales du 8 octobre 1999 (FF 1998 1253).

²³ ATF 114 Ia 58 ; voir également Haefliger/Schürmann 1999 176.

²⁴ Sur le cas du juge saisi d'un recours contre une mesure de détention appelé ensuite à statuer sur appel, voir l'ATF 114 Ia 58 ; Schmid 1997 N 136. Sur la pratique généreuse en ce qui concerne la compatibilité des rôles de juge de la détention et de juge du fonds, avec de nombreuses références, voir Haefliger/Schürmann 1999 175 ss.

recours et de révision. Cela devrait être réalisable même dans les plus petits cantons en créant une chambre des recours et des révisions²⁵ distincte – en ce qui concerne la personne des juges – de la section des appels.

222 Compétence matérielle (chapitre 2, articles 28-37 AP)

Délimitation entre la juridiction fédérale et les juridictions cantonales

On peut se demander si la mise en place d'une procédure pénale applicable à l'ensemble de la Suisse ne serait pas l'occasion de revoir la délimitation entre les juridictions fédérale et cantonales, laquelle résulte surtout actuellement des articles 360 et suivants du code pénal. Pourtant, lors des travaux de préparation de l'avant-projet, aucun intérêt pour cette question n'a été manifesté ni perçu. La délimitation des compétences a d'ailleurs subi des modifications essentielles dans un passé tout récent (loi fédérale du 22 décembre 1999²⁶). C'est pourquoi l'avant-projet reprend l'ancienne répartition des attributions entre les juridictions pénales fédérale et cantonales.

221.1 Juridiction cantonale (section 1, art. 28 AP)

Principe (art. 28 AP)

L'article 28 AP reprend le principe déjà énoncé à l'article 343 CP : sous réserve d'une compétence expresse de la Confédération, *la poursuite et le jugement des infractions de droit fédéral sont assurés par les cantons*.

222.2 Juridiction fédérale (section 2, art. 29-34 AP)

Généralités ; crime organisé et criminalité économique ; délégation de la juridiction fédérale en général; délégation dans les cas de génocide, de crime organisé et de criminalité économique (art. 29-32 AP)

Les dispositions de cette section sont reprises, généralement textuellement, soit du *code pénal*, soit de la *loi sur la procédure pénale fédérale* : l'article 29 AP correspond en effet à l'article 340 CP, tandis que l'article 30 AP a été adapté au nouvel article 340^{bis} CP²⁷. Les possibilités prévues aux articles 31 et 32 AP de déléguer aux autorités cantonales la poursuite d'actes criminels relevant du droit pénal fédéral viennent des articles 18 al. 1 et 18^{bis} PPF. Il va de soi que la loi sur la procédure pénale fédérale est applicable lorsque le ministère public de la Confédération soutient l'accusation dans les cas énumérés aux articles 31 al. 2 et 32 al.1 AP. C'est pourquoi les réserves en faveur du droit cantonal prévues aux articles 265^{bis} et 265^{ter} PPF peuvent être abrogées sans autre. Certaines dispositions devront être ultérieurement adaptées au gré de l'avancement des travaux de révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. Ainsi, la création d'un tribunal pénal fédéral de première instance évitera que le ministère public ne doive transmettre des affaires pénales aux tribunaux cantonaux et y soutenir l'accusation (art 31 al. 2 et évent. 32 al. 2 AP).

²⁵ Composée de trois juges au minimum ; chiffre 221.1 supra.

²⁶ Voir FF 2000 77.

²⁷ A propos de cette nouvelle compétence fédérale, voir Lobsiger 2000 193 ss.

Règles communes applicable en cas de délégation (art. 33 AP)

Pour ce qui est de la marche à suivre dans ces cas généraux de délégation, l'article 33 al. 1 AP reprend la teneur de l'article 254 al. 2 PPF. Mais contrairement à cette disposition et dans un but de simplification, l'article 33 al. 1 et 2 AP n'attribue qu'au *ministère public de la Confédération la compétence de délégation*.

L'alinéa 2 reprend la teneur de l'article 18 al. 2 PPF.

L'alinéa 3 impose aux ministères publics de la Confédération et des cantons *l'obligation de se communiquer réciproquement les dossiers en vue de l'examen de la question de la délégation*. Lorsque l'autorité chargée de conduire la procédure jointe a été déterminée, le dossier doit lui être transmis. Cette règle correspond, sous une forme un peu plus étendue, à l'article 107 PPF en vigueur.

L'obligation faite par l'alinéa 4 aux autorités cantonales de communiquer au ministère public de la Confédération les décisions finales qu'elles ont rendues dans les cas de délégation correspond à la teneur de l'article 255 PPF ; la forme et le contenu de ces communications doivent être conformes aux exigences des articles 91 à 94 AP.

Contestations (art. 34 AP)

Selon l'article 34 AP, les conflits de compétence et autres contestations entre le ministère public de la Confédération et les autorités pénales cantonales en relation avec l'application des dispositions de la présente section sont tranchés par l'autorité de recours de la Confédération. Cet article récapitule les dispositions semblables contenues aux articles 18 al. 3, 18^{bis} al. 3 et 260 PPF qui confiaient déjà à la chambre d'accusation du Tribunal fédéral (remplacée à l'avenir par l'instance de recours) le soin de trancher certains conflits de compétence et autres contestations.

222.3 Compétence en cas de concours d'infractions (section 3, art. 35-37 AP)

Principe de l'unité de la procédure (art. 35 AP)

L'article 35 al.1 AP pose le principe de l'unité de la procédure selon lequel *le prévenu qui a commis plusieurs crimes ou délits, de même que les coauteurs et les participants, doivent être poursuivis par la même autorité*, à savoir celle qui est compétente pour connaître de l'infraction punie de la peine la plus grave²⁸.

Cet article concerne en premier lieu la question de *l'unité de la procédure dans un même canton*. Lorsqu'il y a lieu d'envisager la jonction de plusieurs affaires relevant de différents cantons ou de plusieurs cantons et de la Confédération, il y a lieu de se référer aux articles 41 et 42 AP qui traitent de la compétence *ratione loci* (for) et traduisent également le principe de l'unité de la procédure. En revanche, en cas de concours entre une compétence cantonale et une compétence fédérale, il convient de se référer aux articles 31 et 32 AP. L'alinéa 2 indique clairement que les articles 31 et 32 AP d'une part, les articles 41 à 46 AP d'autre part, priment lorsqu'on a affaire à des infractions qui relèvent partiellement de la compétence de la Confédération ou qui ont été commises dans différents cantons et par plusieurs personnes. Il

²⁸ Sur ce principe en général, voir Aeschlimann 1997 N 1339 ; Clerc 1975 N 40 ; Hauser/Schweri 1999 § 34 N 13 ss. ; Maurer 1999 62 ; Oberholzer 1994 69 s. ; Piquerez 2000 N 522 ss. ; Schmid 1997 N 409 ss.

convient de relever l'importance particulière des règles exprimées aux articles 41 à 46 AP d'une part, à l'article 35 AP d'autre part : alors que l'article 35 al. 1 AP ne fait que poser le principe de l'unité de la procédure, les articles 41 et 42 AP se contentent de fixer les compétences territoriales, c'est-à-dire le for. Si le code de procédure pénale fédéral se limitait à énoncer des règles de for, les autorités cantonales compétentes au lieu du for seraient libres de conduire séparément des procédures contre les mêmes prévenus.

L'alinéa 1 ne mentionne que les crimes et les délits. Il en résulte que les *contraventions*, même si elles ont été commises par le même auteur, sont poursuivies séparément des crimes et des délits. L'alinéa 3 prévoit une exception lorsqu'une contravention a été commise en étroite relation avec le crime ou le délit poursuivi, tel sera par exemple le cas lorsque le prévenu, qui a causé un accident de la circulation, ne s'est pas seulement rendu coupable d'un homicide par négligence mais également de contraventions réprimées par l'article 90 ch. 1 LCR. Dans un tel cas, il est objectivement justifié de poursuivre les contraventions en même temps que le crime ou le délit.

Exceptions (art. 36 AP)

L'article 36 al. 1 AP permet au ministère public et aux tribunaux de jugement, lorsque des raisons matérielles le justifient, *de disjoindre des procédures pénales qui, normalement, devraient être poursuivies ensemble, ou au contraire de joindre des procédures qui devraient être disjointes*²⁹. L'approche de la prescription de certaines infractions peut p. ex. constituer une "raison matérielle" de *disjonction* et l'économie de procédure ou un lien de connexité une "raison matérielle" de *jonction de causes*. Les infractions visées par la présente loi et celles qui relèvent de la loi sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA)³⁰, doivent, en principe, aussi être poursuivies séparément ; selon le nouvel article 20 al. 3 DPA dans la version du 22 décembre 1999³¹, elles peuvent toutefois être jointes par le département compétent auquel appartient le service administratif concerné. Des règles particulières à ce sujet sont dès lors superflues.

Compétence en matière d'exemption de peine (art. 37 AP)

Dans un but de simplification, l'article 37 AP stipule que dans tous les cas où une exemption de peine entre en ligne de compte au sens de l'article 8 AP ou des nouveaux articles 52 à 54 du code pénal, le non-lieu peut être prononcé par le ministère public ou le tribunal auprès duquel la cause est pendante. Cette procédure de non-lieu est régie par les articles 350 à 356 AP.

223 For (chapitre 2, art. 38-49 AP)

Les prescriptions relatives à la *compétence territoriale* des autorités pénales sont qualifiées de dispositions sur le for, contrairement à la terminologie utilisée jusqu'ici dans les articles 346 ss. CP. Les prescriptions en matière de for actuellement en vigueur restent dans l'ensemble inchangées ; seules sont proposées quelques modifications touchant à des domaines secondaires.

²⁹ C'est ce qui est prévu dans différents cantons, notamment VD, art. 24 ss. CPP (qui règlent le sujet de façon particulièrement complète) ; voir également Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 24 ss.

³⁰ Comme indiqué ci-dessus au chiffre 211 à propos de l'article 1 AP, on ignore encore dans quelle mesure les dispositions de procédure du DPA devront être remplacées par celles du code de procédure pénale unifié.

³¹ Voir FF 2000 84.

223.1 Généralités (section 1, art. 38-39 AP)

Champ d'application (art. 38 AP)

L'article 38 AP précise que les prescriptions sur le for s'appliquent à *toutes les infractions prévues par le droit fédéral*, c'est-à-dire également aux contraventions. Demeurent réservées les règles particulières prévues dans le cadre de la procédure pénale des mineurs (pour le cas où ce domaine serait exclu du présent projet de loi³²) ou de l'article 20 DPA.

For du lieu de commission (art. 39 AP)

Matériellement, l'article 39 AP est le pendant de l'article 346 CP. Le premier alinéa de cette dernière disposition a toutefois été scindé en deux alinéas (al.1 et 2) dans l'article 39 AP, l'alinéa 1 étant par ailleurs simplifié au niveau de la rédaction.

L'alinéa 3, qui concerne le *forum praeventionis*³³, propose une modification rédactionnelle : jusqu'à présent, cette disposition – comme d'ailleurs toutes celles qui, dans le domaine du for, se fondent sur l'antériorité – désignait comme compétente les autorités du lieu « *où une instruction a été ouverte en premier* ». Toutefois, la doctrine et la jurisprudence actuelle estimant que le for ne saurait dépendre de l'ouverture d'une instruction – surtout par un juge d'instruction ou par le ministère public, etc. – mais du lieu où ont été accomplis les premiers actes de poursuite³⁴, c'est cette dernière notion qui a été retenue.

223.2 Fors particuliers (section 2, art. 41-47 AP)

Infractions commises à l'étranger (art. 40 AP)

L'article 40 AP reprend sans modification matérielle les *règles énoncées par l'article 348 CP*. Indépendamment de la nouvelle répartition en trois alinéas et d'une concentration rédactionnelle, il est proposé de tenir compte, pour la poursuite des infractions commises à l'étranger, non seulement du domicile de l'auteur mais également de sa résidence habituelle, ce qui était déjà le cas en pratique³⁵.

For en cas de participation (art. 41 AP)

L'article 41 AP qui fixe le for lorsque plusieurs personnes ont participé à la commission d'une infraction correspond matériellement à *l'article 349 CP*. La nouvelle rédaction de cette disposition est légèrement plus rigoureuse.

³² Ce point est encore en suspens ; voir chiffre 124 supra.

³³ Voir notamment Aeschlimann 1997 N 256 ; Hauser/Schweri 1999 § 33 N 12, 17 ; Maurer 1999 62 ; Oberholzer 1994 95 ; Piquerez 2000 N 551 ; Schmid 1997 N 391, 412 ; Trechsel 1997 art. 346 N 7.

³⁴ Parmi d'autres : Schweri 1987 N 123 ss. ; Trechsel 1997 avant art. 346 N 10 s.

³⁵ Pour plus de détails, voir Schweri 1987 N 197.

For en cas de concours d'infractions (art. 42 AP)

L'article 42 AP est destiné à remplacer l'article 350 CP dont il reprend la teneur aux alinéas 1 et 3 avec, une fois de plus, davantage de rigueur rédactionnelle.

La nouveauté vient de l'alinéa 2 : cette disposition et les normes parallèles des articles 48 al. 2 AP et 49 AP a pour but de trancher la question, importante en pratique et non réglée de façon explicite par le droit actuellement en vigueur, de savoir jusqu'à quel moment il est possible de requérir et de procéder à *la jonction des procédures*. Conformément à la jurisprudence actuelle³⁶, mais en avançant encore le délai, l'alinéa 2 stipule que la jonction ne peut plus intervenir dès lors que la procédure préliminaire avec laquelle la jonction est demandée a déjà été clôturée par la mise en accusation.

For en matière d'infractions commises par les médias (art. 43 AP)

L'article 43 AP fixant le for en matière d'infractions commises par les médias reprend, à quelques modifications rédactionnelles près, la teneur des alinéas 1 et 2 de *l'article 247 CP*. Le for subsidiaire du domicile de l'auteur, prévu pour le cas où le canton de domicile de l'auteur refuse de transférer le dossier à l'autorité compétente d'un autre canton, peut être abrogé sans autre, d'autant plus qu'il convient de recommander de ne pas reprendre non plus dans le code de procédure pénale fédéral et d'abroger purement et simplement les articles 352 al. 2 et 3 CP qui restreignent les transferts de procédure intercantonaux lorsqu'il s'agit de délits politiques ou d'infractions commises par les médias.

For des infractions en matière de poursuite et de faillite et des infractions commises dans le cadre d'entreprises (art. 44 AP)

Cette disposition de l'article 44 AP sur le for des infractions en matière de poursuite et de faillite et des infractions commises dans le cadre des activités d'entreprises est nouvelle. En premier lieu, l'alinéa 1 de cet article prévoit que la poursuite des infractions aux articles 163 à 171^{bis} CP aura lieu au domicile, au lieu de résidence habituel ou au siège du débiteur. Cette solution correspond déjà plus ou moins à la jurisprudence actuelle³⁷ mais ne saurait être déduite sans autre des dispositions en vigueur régissant le for³⁸. Les infractions en matière de poursuite et de faillite devraient être poursuivies en quelque sorte à leur lieu d'origine, c'est-à-dire au domicile du débiteur qui, de nos jours, correspond en règle générale au siège de l'entreprise concernée. C'est là, en effet, que les preuves sont le plus facilement réunies.

Sous lettre a, l'alinéa 2 élargit d'une façon générale la portée de ce principe aux *infractions commises dans le cadre des activités des entreprises*. A supposer par exemple que X, lors d'une séance du conseil d'administration d'une société dont le siège est à Z, ait connaissance d'informations qu'il met ensuite à profit pour passer des ordres boursiers à W, lieu de son domicile, il paraît judicieux de poursuivre ce délit d'initié réunissant les conditions de l'article 161 CP au siège de l'entreprise à Z. Le même raisonnement s'applique par exemple lorsqu'il s'agit d'ouvrir une procédure pénale pour faux renseignements sur des entreprises commerciales au sens de l'article 152 CP en relation avec l'envoi d'un rapport annuel ou d'un

³⁶ En principe, celle-ci n'admet plus de procédure en fixation de for lorsque la requête prévue par les articles 351 CP et 264 PPF n'a pas été formulée avant le prononcé du jugement au fond de première instance. Pour plus de détails et d'autres références, voir ATF 106 IV 160 ; Schweri 1987 N 556 ss. ; Trechsel 1997 Art. 351 N 9.

³⁷ ATF 118 IV 296 ; Piquerez 2000 N 552 ; Schweri 1987 N 110 s. ; Trechsel 1997 Art. 163 N 15.

³⁸ Schmid 1997 N 396.

prospectus. La lettre b précise ensuite que lorsque l'entreprise est elle-même responsable en vertu du nouvel article 102 CP, les infractions sont poursuivies au siège de l'entreprise ; la lettre a permet à son tour de conduire la procédure au même endroit, c'est-à-dire au siège de l'entreprise, même si l'organe de celle-ci a commis les actes délictueux en un autre lieu.

For en matière de confiscation indépendante (art. 45 AP)

L'article 45 AP règle une question qui, jusqu'à présent, n'était pas expressément traitée *de lege lata* : celle de la compétence territoriale en cas de confiscation indépendante au sens des articles 58 et 59 CP (art. 69-72 nouv. CP). Il est conforme à la jurisprudence actuelle d'exécuter les confiscations indépendantes au lieu où se trouvent les objets ou les valeurs patrimoniales à confisquer (al. 1)³⁹.

L'alinéa 2 tranche la question, jusqu'alors controversée, de savoir si la compétence pour confisquer des choses ou de valeurs patrimoniales se trouvant dans différents lieux doit revenir, conformément aux règles d'antériorité énoncées aux articles 346 et 350 CP (art. 39 et 42 de l'avant-projet), à l'autorité qui a ouvert la première procédure de confiscation. La teneur de l'article 45 AP se trouve dans l'avant-projet de loi fédérale sur le partage des valeurs confisquées⁴⁰, raison pour laquelle il convient de l'intégrer dans le code de procédure pénale unifié.

Fixation d'un for divergent (art. 46 AP)

L'article 46 al. 1 AP s'appuie sur les articles 262 al. 3 et 263 al. 3 PPF et sur la jurisprudence – en particulier celle de la chambre d'accusation du Tribunal fédéral – relative aux articles 346 et suivants du code pénal – et notamment l'article 351 – et à l'article 264 PPF. Cette pratique – qui n'est pas directement fondée sur les prescriptions régissant la matière – donne aux cantons la liberté de déroger aux règles sur le for lorsque l'économie de la procédure le justifie et leur permet ainsi de déléguer par convention à un canton qui ne serait pas compétent, a priori, pour le faire le soin de conduire la procédure⁴¹. Toutefois, comme l'exige déjà la jurisprudence, il faut non seulement de bonnes raisons pour déroger ainsi au for régulier mais également un point d'attache dans le canton désigné pour se charger de la procédure⁴². Comme cela est prévu à l'alinéa 2 à propos de la compétence *ratione materiae*, qui est en soi une question strictement cantonale, les autorités concernées peuvent, pour résoudre des problèmes de compétence intercantonaux, envisager de joindre ou de disjoindre des procédures.

L'alinéa 2 dispose que les *tribunaux* peuvent également déroger aux dispositions sur le for. En particulier dans un environnement restreint, il doit être possible, par exemple, de confier une accusation à un tribunal de première instance non compétent territorialement lorsqu'il est permis de penser qu'en raison de la personnalité du prévenu ou de la gravité de l'infraction, le

³⁹ A ce sujet et sur ce qui suit, voir Schmid 1997 N 758 ; Schmid in Ackermann/Arzt/Bernasconi/de Capitani 1998 Art. 58 N 81.

⁴⁰ Voir le projet de loi et le rapport explicatif concernant la loi sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées, Berne, juillet 2000.

⁴¹ Voir les ATF 123 IV 23, 121 IV 224, 120 IV 280 ; Piquerez 2000 N 585 ss. ; Schweri 1987 N 405 ss. ; Trechsel 1997 Art. 351 N 6.

⁴² Voir l'ATF 120 IV 282.

tribunal qui serait normalement compétent pourrait ne pas être totalement impartial⁴³. Le transfert peut être opéré à la demande d'une partie ou d'office.

223.3 Procédure (section 3, art. 47- 49 AP)

Actuellement, la procédure applicable aux conflits de fors entre cantons est réglée très sommairement par les articles 351 CP et 264 PPF. Ces règles doivent être précisées afin de tenir compte de certaines contraintes pratiques et des exigences de la jurisprudence de la chambre d'accusation du Tribunal fédéral.

Examen de la compétence ; procédure de conciliation (art. 47 AP)

Les autorités pénales sont tenues d'*examiner leur compétence avant même d'ouvrir une procédure* et, si nécessaire, de transmettre celle-ci à l'autorité compétente (al. 1). Ainsi, lorsqu'un conflit de fors se dessine, elles doivent prendre contact avec l'autre ministère public concerné afin de parvenir à un accord et, dans l'intervalle, prendre les mesures qui ne peuvent être différées (al. 3-5). L'alinéa 2 prescrit aux *parties* l'obligation de demander le transfert de l'affaire lorsqu'elles considèrent que la première autorité saisie est incompétente.

Procédure en cas de conflit de fors (art. 48 AP)

L'article 48 AP reprend *l'essentiel de la teneur des articles 351 CP et 264 PPF*, mais règle de façon plus précise la procédure à suivre en cas de conflits de fors. L'alinéa 1 stipule en premier lieu que les conflits de fors entre autorités pénales d'un même canton sont tranchés définitivement par l'autorité de recours de ce canton.

Les alinéas 2 et 3 décrivent brièvement la marche à suivre pour soumettre les *conflits de fors intercantonaux* à l'autorité de recours de la Confédération. S'il y a concordance avec l'article 42 AP, le recours en matière de for doit être intenté aussitôt que le conflit apparaît; après la mise en accusation, il ne sera plus recevable. L'alinéa 4 est important dans la mesure où il n'accorde cette voie de recours aux parties que si elles ont vainement effectué la requête de transfert de l'affaire à une autre autorité prévue par l'article 47 al. 2. *Modification ultérieure du for (art. 49)*

L'article 49 AP reflète la jurisprudence actuelle qui ne tolère la modification d'un for fixé par accord entre les cantons ou par décision de l'autorité de recours de la Confédération que pour des motifs importants, relevant essentiellement de l'économie de la procédure et rendant une telle modification inévitable⁴⁴. Cela étant, la jurisprudence ne permet plus de changement de for lorsque l'instruction est pratiquement terminée⁴⁵; il apparaît objectivement justifié que de telles modifications ne soient désormais admises que jusqu'à la mise en accusation, moment butoir qui s'applique également à l'introduction de la procédure en attribution de for prévue à l'article 48 al. 2 AP.

⁴³ Solution semblable à l'article 23 al. 2 CPP FR ; voir à ce sujet Piller/Pochon 1998 Art. 23.7 ss. ; VD art. 22 CPP, Boyay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 22.

⁴⁴ Avec de nombreuses références jurisprudentielles : Schweri 1987 N 478 ss.

⁴⁵ Voir l'ATF 94 IV 47.

224 Entraide judiciaire nationale (chapitre 4, art. 50-60 AP)

Les prescriptions de ce quatrième chapitre consacré à l'entraide judiciaire nationale récapitulent sous une forme légèrement différente les règles, actuellement éparpillées dans différents actes, régissant l'aide que se fournissent réciproquement les *autorités pénales suisses*. Elle reprennent les dispositions figurant aux articles 352-358 CP qui pourront donc être abrogées. Il s'agira ensuite d'intégrer dans le code de procédure pénale fédéral les dispositions pertinentes des articles 252 et 253 PPF.

Comme l'ont déjà proposé les experts⁴⁶, les dispositions du *concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération en matière pénale du 5 novembre 1992*⁴⁷ (ci-après : le concordat) ont été introduites dans le code de procédure unifié. Il convient toutefois de préciser que certaines dispositions qui se trouvaient dans les sources mentionnées ci-dessus ont été placées à d'autres endroits de l'avant-projet ; on a par ailleurs proposé la suppression pure et simple de quelques autres dispositions qui avaient perdu toute pertinence. L'article 356 CP, par exemple, qui règle le droit de suite, a été placé parmi les prescriptions relatives à l'appréhensions policière de l'article 227 AP. L'article 358 CP qui impose aux autorités d'instruction une obligation d'informer lorsqu'elles découvrent des objets à caractère pornographique est désormais superflu⁴⁸ et peut être abrogé.

Les auteurs de l'avant-projet se sont abstenus de transposer dans la nouvelle loi de procédure les dispositions des articles 351^{bis} à 351^{septies} CP relative à l'entraide en matière de police et celles de la loi fédérale sur les offices centraux de police criminelle de la Confédération du 7 octobre 1994⁴⁹, et ce en dépit d'une suggestion des experts⁵⁰. Le futur code de procédure pénale fédéral ne doit pas s'encombrer de prescriptions qui ne sont pas de nature procédurale mais relèvent plutôt de la technique policière.

224.1 Généralités (section 1, art. 50-54)

Objet (art. 50 AP)

L'article 50 al. 1 AP définit l'objet de l'entraide judiciaire nationale entre les autorités pénales. Comme le précise l'article 51 al. 3 AP, il faut entendre par *entraide judiciaire toute mesure requise par une autorité, dans le cadre de sa compétence, au cours et dans l'intérêt d'une procédure pénale pendante*⁵¹. Il s'agit en premier lieu de l'entraide que se fournissent réciproquement les ministères publics, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions et les tribunaux ; cette entraide inclut les actes de procédure de la police dans la mesure où ceux-ci sont accomplis conformément aux instructions délivrées par les autorités susmentionnées.

L'*entraide directe entre autorités de police* est admissible selon l'alinéa 2 pour autant qu'elle n'ait pas pour objet des mesures de contrainte. Si de telles mesures sont nécessaires, il incombe au ministère public ou aux tribunaux d'engager la procédure d'entraide habituelle.

⁴⁶ « De 29 à l'unité », p. 76 s.

⁴⁷ RS 351.71

⁴⁸ Voir Trechsel 1997 Art. 358 N 1.

⁴⁹ RS 172.213.71.

⁵⁰ « De 29 à l'unité », milieu de la page 77.

⁵¹ Voir l'ATF 96 IV 183 ; avec d'autres références : Trechsel 1997 avant art. 352 N 1 ; Schweri 1987 N 303 ss.

Principes de l'entraide judiciaire (art. 51 AP)

L'article 51 AP consacre le principe général, déjà exprimé à l'article 352 al. 1 CP, selon lequel *les autorités pénales de la Confédération et des cantons sont tenues de se prêter assistance*. Ce principe fait écho à l'article 1 du concordat qui déclare sur un mode programmatique que les règles énoncées permettront de lutter plus efficacement contre la criminalité. Ajoutons que l'obligation faite aux autres autorités cantonales ou extracantonales de mettre à disposition leurs dossiers pour consultation dans le cadre d'une procédure pénale est régie par l'article 275 al. 5 et 6 AP.

L'alinéa 2 consacre une tendance qui s'exprime à l'article 2 ch. 2 du concordat et qui consiste à encourager l'entraide judiciaire jusque dans la poursuite des *infractions relevant du droit pénal cantonal*. Cette assistance doit être offerte pour autant que le droit cantonal ne l'ait pas expressément exclue.

Soutien (art. 52 AP)

L'article 52 AP qui prescrit aux cantons de mettre à disposition des autorités pénales de la Confédération les locaux nécessaires à l'exercice de leur office et à l'incarcération des personnes détenues à titre préventif et de prendre les mesures nécessaires pour garantir la sécurité des activités de ces autorités (par exemple protection policière des audiences des tribunaux) correspond aux actuels articles 28 ss. PPF.

Frais (art. 53 AP)

L'article 53 AP règle la prise en charge des frais de l'entraide judiciaire nationale et se réfère aux articles 354 CP, d'une part, 14 et 23 du concordat tout en essayant d'en simplifier le plus possible la rédaction. Il convient tout d'abord de mentionner la *gratuité* de l'entraide judiciaire, principe existant qui doit être repris dans le nouveau droit.

Jusqu'à présent, il était admis que les cantons requis avaient droit au *remboursement de certaines avances* (art. 354 CP ; art. 14 et 23 du concordat). Sont avant tout concernés les actes de procédure accomplis à la demande de la Confédération ou d'un autre canton, visés par les articles 55 à 58 AP. Certains praticiens ont qualifié cette mise en compte des frais de « *coup d'épée dans l'eau n'engendrant finalement qu'un coût administratif supplémentaire* »⁵² ; c'est pourquoi l'alinéa 2 prévoit que les frais de l'entraide judiciaire seront supportés par la Confédération ou le canton requis et devront être annoncés à l'autorité fédérale ou cantonale requérante⁵³ afin qu'ils puissent, le cas échéant, être mis à la charge des parties condamnées aux frais.

L'alinéa 3 stipule une obligation de prise en charge des prétentions en indemnités nées des mesures de contraintes prises par un canton requis au titre de l'entraide judiciaire. Conformément à la jurisprudence⁵⁴, ces indemnités sont supportées par la Confédération ou le canton requérant.

⁵² Voir notamment Müller 1997 I 22.

⁵³ Exemple : Conformément à la pratique actuelle, les procès-verbaux d'audition de témoins mentionneront « Indemnité versée au témoin : 45.- fr. ».

⁵⁴ Voir les ATF 108 Ia 17 ; 118 Ia 336 ; 119 IV 90.

Contestations (art. 54 AP)

L'article 54 AP attribue à l'autorité de recours de la Confédération la compétence de trancher les contestations en matière d'entraide judiciaire ; lorsqu'il y a contestation entre autorités pénales d'un même canton, cette compétence revient à l'autorité de recours de ce canton. Pour le premier cas, l'avant-projet reprend les articles 357 CP et 264 PPF.

224.2 Actes de procédure accomplis à la demande de la Confédération ou d'un autre canton (section 2, art. 55-58 AP)

Les articles 55 à 58 AP énoncent les règles applicables lorsqu'une autorité pénale de la Confédération ou d'un canton, au lieu d'accomplir elle-même certains actes de procédure, sollicite les autorités pénales de la Confédération ou d'un canton, par le moyen d'une demande d'entraide judiciaire, d'accomplir ces actes de procédure. Le ministère public du canton de Genève, par exemple, demande à son homologue valaisan de procéder à l'audition du témoin Z. qui est domicilié dans le canton du Valais. Au départ, ce type de situation était régi de façon très rudimentaire par l'article 352 CP ; par la suite, des règles plus précises en ce qui concerne les demandes d'entraide judiciaire intercantonale ont été formulées dans les articles 15 à 23 du concordat.

Principes (art. 55 AP)

Selon l'article 55 al. 1 AP, *l'entraide judiciaire doit être accordée*. Bien qu'il ait déjà été énoncé à l'article 51 AP, ce principe général mérite d'être précisé une fois de plus. En effet, dans l'exemple ci-dessus, l'autorité valaisanne risquerait d'estimer que le ministère public genevois peut procéder lui-même à l'audition du témoin en Valais en application des articles 59 ss. AP.

Reprenant l'article 19 ch. 2 du concordat, l'alinéa 2 insiste sur le fait que les actes de procédure demandés sont accomplis *sous la responsabilité de l'autorités fédérale ou cantonale requérante*. Lorsque la demande d'entraide est formellement conforme, l'autorité requise n'a pas à examiner l'admissibilité et la proportionnalité des actes de procédure demandés, ce qui, au demeurant, ne serait généralement pas possible. Dès lors, le canton requérant supporte le risque d'un éventuel dédommagement (art. 53 al. 3 AP).

Si une *partie désire contester un acte d'instruction accompli au titre de l'entraide judiciaire*, elle doit adresser son recours à l'autorité fédérale ou cantonale requérante (art. 19 ch. 2 du concordat) ; dans le canton requis, seuls les actes d'exécution accomplis par ce dernier peuvent être attaqués (al. 3).

Requête tendant à l'exécution de mesures de contrainte (art. 56 AP)

L'article 56 AP, qui reflète partiellement l'article 353 CO et les articles 20 et 21 du concordat, concerne les mesures de contrainte prises dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire.

Communication directe (art. 57 AP)

Actuellement déjà, les autorités pénales compétentes communiquent directement entre elles en vertu des articles 353 al. 1 CP et 15 ch. 1 du concordat (al. 1). Jusqu'à présent, selon

l'article 24 du concordat, chaque canton doit désigner une seule autorité chargée d'autoriser ou d'exécuter les mesures d'entraides demandées.

L'alinéa 2 indique dans quelle langue la demande d'entraide judiciaire doit être rédigée, reprenant la solution de l'article 15 ch. 1 du concordat.

La nouvelle loi de procédure pénale unifiée désigne le ministère public du canton requis (parquet général) comme autorité compétente lorsque l'autorité requérante a des doutes quant à l'autorité à saisir d'une demande d'entraide (al. 3).

Droits des parties (art. 58 AP)

L'article 58 al. 1 AP reprend la règle énoncée à l'article 17 ch. 1 du concordat. Les parties et leurs mandataires, de même que l'autorité requérante, peuvent participer aux actes de procédure requis, pour autant que la présente loi en prévoit la possibilité (voir les art. 158 s. AP). Pour être en mesure d'exercer ce droit, les intéressés doivent être informés de l'acte d'entraide prévu (al. 2), ce droit étant déjà consacré par l'article 17 ch. 2 du concordat.

224.3 Actes de procédure dans un autre canton (section 3, art. 59-60 AP)

Les articles 59 et 60 AP reprennent sous une forme simplifiée l'essentiel des articles 3 à 14 du concordat. Celui-ci permet depuis quelques années aux autorités pénales d'un canton de procéder à des actes de procédure dans un autre canton sans devoir requérir de ce dernier l'autorisation prévue par l'article 355 CP. Cependant, compte tenu de l'unification du droit de procédure, certaines des matières régies par cette partie du concordat n'ont plus besoin de figurer dans les dispositions de l'avant-projet consacrées à l'entraide judiciaire. Cela vaut pour la langue à utiliser (art. 5 et 13 du concordat, et maintenant art. 57 al. 2 et 72 AP), pour la notification des actes des tribunaux (art. 7 du concordat et 213 ss. AP), pour les mandats de comparution (art. 8 du concordat et 213 ss. AP), pour les perquisitions et les séquestres (art. 10 du concordat, 254 ss. et 273 ss. AP) et pour le devoir de dénoncer (art. 11 du concordat et 330 al. 1 AP).

Principe (art. 59 AP)

L'article 59 AP reprend la teneur des articles 3 et 9 du concordat. Les autorités pénales cantonales sont habilitées à ordonner et accomplir *directement dans un autre canton* les actes de procédure nécessaires (al. 1). Cependant, les autorités du canton dans lequel ces actes de procédure sont exécutés doivent en être informées, comme le stipule d'ailleurs le concordat. En revanche, contrairement à ce dernier, l'avant-projet renonce à imposer cette obligation d'information lorsqu'il ne s'agit que de recueillir des renseignements ou d'éditer des actes, procédure fréquente dans les banques, par exemple (al. 2).

Le sort des frais et des prétentions en indemnités, rappelé à l'alinéa 4, était déjà réglé par l'article 14 du concordat ; cette disposition est ainsi en harmonie avec les articles 53 al. 3 et 55 al. 2 AP qui renvoient la responsabilité des mesures d'entraide judiciaire au canton requérant (qui, en l'occurrence, est également le canton exécutant).

Participation de la police (art. 60 AP)

L'article 60 AP correspond à l'article 6 du concordat. Il paraît justifié de maintenir le ministère public du canton requis dans son rôle d'intermédiaire lorsque la police locale est sollicitée d'intervenir.

225 Entraide judiciaire internationale (chapitre 5, art. 61 AP)

L'entraide judiciaire internationale est régie de façon relativement complète par le *droit fédéral*. Il y a lieu de se référer d'une part à la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP) du 20 mars 1981⁵⁵ et sur son ordonnance d'exécution du 24 février 1982⁵⁶, d'autre part à de nombreux accords internationaux et à certaines lois fédérales promulguées parallèlement à ceux-ci, comme la loi fédérale du 3 octobre 1972 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale^{57 58}.

Réglementation ; compétence (art. 61 AP)

L'article 61 al. 1 AP se réfère aux articles 16, 23, 79 et 106 al. 3 EIMP qui, dans leur *version actuelle*, imposent aux cantons des *devoirs de coopération dans certains domaines ainsi que l'obligation* de ménager aux justiciables une voie de recours contre certaines décisions rendues dans le cadre de l'entraide judiciaire. L'avant-projet se contente toutefois d'énoncer quelques *règles minimales* et laisse aux cantons le soin de régler les détails de la procédure d'entraide judiciaire dans leur loi d'introduction (art. 61 al. 6 AP)⁵⁹.

En premier lieu, l'alinéa 2 précise que le ministère public ou, le cas échéant, le parquet général, est l'autorité cantonale compétente chargée, en vertu de l'EIMP, de coopérer – au niveau cantonal – à l'extradition au sens des articles 32 ss. EIMP, aux autres actes d'entraide judiciaire (art. 63 ss. EIMP), à la délégation de la poursuite pénale (art. 85 ss. EIMP) et à l'exécution des décisions par la Suisse ou à la délégation à l'étranger (art. 94 ss. EIMP). Demeurent réservées, tout d'abord, les compétences des autorités d'exécution, comme celle de demander l'extradition d'un condamné même après l'entrée en force d'un jugement. L'autre réserve concerne les tribunaux : lorsqu'une affaire est pendante, ils doivent par exemple pouvoir demander au titre de l'entraide judiciaire l'audition d'un témoin à l'étranger ; dans un tel cas, cependant, il leur sera souvent possible de communiquer directement avec l'autorité requise.

D'autre part, pour les cas où l'EIMP exige la coopération d'une autorité judiciaire, l'avant-projet se contente, à l'alinéa 3, de désigner l'autorité de recours comme instance cantonale ou fédérale unique. Selon la loi sur le tribunal administratif fédéral actuellement en préparation, les décisions cantonales et fédérales en matière d'entraide judiciaire prises en application de la EIMP pourront, à l'avenir, être portées directement devant le tribunal administratif fédéral (première instance) qui statuera en dernier ressort⁶⁰. En l'état actuel de la législation, il est

⁵⁵ RS 351.1.

⁵⁶ RS 351.11.

⁵⁷ RS 351.93

⁵⁸ Pour une vue d'ensemble sur l'entraide judiciaire internationale, voir Hauser/Schweri 1999 § 21.

⁵⁹ La commission d'experts s'est également prononcée pour une réglementation restreinte de cette matière (« De 29 à l'unité », p. 78).

⁶⁰ Voir les nouveaux articles 25 al. 1 et l'article 78 al. 1 lit. h EIMP dans la version des projets du 8 novembre 2000. Il a ainsi été donné suite à la demande des experts qui souhaitaient limiter les voies de recours à une seule

donc superflu, au vu de l'article 23 EIMP, de prévoir une instance de recours cantonale. Lors de l'élaboration du projet définitif de code de procédure pénale fédéral, il y aura lieu de tenir compte, ici également, des développements qui seront intervenus dans l'intervalle au niveau de l'organisation judiciaire fédérale et de l'EIMP.

L'alinéa 5 précise que les dispositions des articles 50 à 60 AP sur l'entraide judiciaire nationale sont applicables aux cas dans lesquels une autorité cantonale – en règle générale le ministère public - chargée de l'exécution d'une requête étrangère d'entraide judiciaire doit accomplir des actes de procédure dans d'autres cantons. Ainsi se trouve consacrée une solution déjà adoptée par la doctrine et la jurisprudence relatives au concordat⁶¹.

226 Récusation (chapitre 6, art. 62-66 AP)

Ce chapitre traite de la récusation des membres des autorités pénales, c'est-à-dire des cas dans lesquels des *magistrats ou des fonctionnaires sont suspects de prévention et ne peuvent donc officier*. La récusation des autorités pénales est généralement régie dans les codes de procédure pénale, mais elle peut également faire l'objet de dispositions communes à la procédure civile et pénale, voire à d'autres domaines du droit de procédure, dans les lois d'organisation judiciaire⁶². Afin de réaliser l'unification la plus complète possible de la procédure pénale, le futur code de procédure pénale fédéral devra contenir des règles uniformes sur la récusation. En prévision de la création d'un code de procédure civile fédéral, il convient de chercher à rapprocher ces domaines de réglementation.

Dans de nombreuses lois de procédure⁶³ actuellement en vigueur ainsi que dans la littérature⁶⁴ consacrée à la procédure pénale, la récusation est envisagée comme une notion générale qui recouvre un distinguo opéré entre les motifs de récusation obligatoire (incapacité) et les motifs de récusation facultative. Les premiers sont ceux qui interdisent d'une façon générale à une personne appartenant à une autorité pénale d'assumer ses fonctions ; il s'agit de circonstances qui font que cette personne ne peut exercer son office (*iudex incapax* ou *iudex inhabilis*). C'est notamment le cas lorsqu'il existe un lien de parenté étroit entre l'intéressé et le justiciable. A côté de cela, les lois de procédure prévoient également des cas de *récusation facultative*: un membre du corps judiciaire peut être récusé, même s'il ne tombe pas sous le coup des dispositions très strictes sur la récusation obligatoire, lorsque d'autres raisons permettent de mettre en doute son impartialité (*iudex suspectus*). A la différence de la récusation obligatoire, cette personne ne sera démise de sa fonction que si une demande de récusation a été admise.

instance. Voir « De 29 à l'unité », p. 78. Les auditions ont fait entendre un écho différent (voir pages 52, 65, 139, 152, 160).

⁶¹ Voir Hauser/Schweri 1999 § 21 N 19 sous la référence à Pra 87 (1998) n° 126 p. 697. S'applique également aux notifications, ZR 99 (2000) n° 53.

⁶² Voir notamment les art. 22 ss. OJ; art. 95 ss. LOJ ZH; art. 52 ss. LOJ SZ; art. 14 ss. LOJ OW; art. 92 ss. LOJ SO; art. 29 ss. LOJ VD; art. 85 ss. LOJ GE.

⁶³ Parmi d'autres : art. 30 ss. CPP BE; art. 25 ss. CPP SH; art. 14 ss. CPP AR; art. 23 ss. CPP SG; art. 32 ss. CPP TG; art. 33 ss. CPP VS; art. 35 CPP NE.

⁶⁴ A ce sujet, voir notamment Aeschlimann 1997 N 427 ss.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Commentaire ad art. 14 ss.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 29 ss.; Clerc 1975 N 71 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 28 ss.; Maurer 1999 100; Oberholzer 1994 83 ss.; Padrutt 1996 51 ss.; Piquerez 2000 N 921 ss.; Schmid 1997 N 137 ss.

Motifs de récusation (art. 62 AP)

Dans un but de simplification, l'avant-projet regroupe les deux cas envisagés ci-dessus, à l'article 62 AP, sous l'appellation générale « motifs de récusation » et énumère les principaux d'entre eux aux lettres a. à d. Il n'est pas nécessaire de mentionner d'autres motifs de récusation dans la mesure où la lettre d. permet d'une façon toute générale de récuser un magistrat ou un fonctionnaire soupçonné de partialité. Ainsi, les dispositions sur la récusation sont en harmonie avec celles de l'article 31 du projet de loi fédérale de 2001 sur le Tribunal fédéral.

Remarquons simplement à propos de la lettre b que, selon l'avant-projet, la *prévention*⁶⁵, qui résulte du fait que le juge a déjà agi dans la même affaire, constitue par principe un motif de récusation. Les personnes qui sont déjà intervenues précédemment à un autre titre dans la même affaire doivent se récuser. Cette règle renforce le principe qui sous-tend l'avant-projet et qui veut que différentes autorités soient investies des diverses fonctions procédurales (par exemple: décisions de mise en détention, recours contre une mesure de contrainte ou un autre acte de procédure d'une part, contre le jugement au fond d'autre part ; voir infra les chiffres 221.5 et 221.9 in fine). Elle souffre toutefois un certain nombre de restrictions. Ainsi, par exemple, la cour d'appel statue sur la prolongation de la détention de sécurité (art. 246 AP), et les juges ne sont pas non plus récusés lorsque leur décision est annulée par une instance supérieure et que le dossier leur est renvoyé pour réexamen et nouvelle décision (voir les cas mentionnés aux articles 466 et 477 AP).

Déclaration obligatoire de la personne concernée par des motifs de récusation (art. 63 AP) et récusation demandée par une partie (art. 64 AP)

L'article 63 AP impose à tout membre d'une autorité pénale concerné par un motif de récusation l'obligation de déclarer ce fait.

L'article 64 AP régit les cas, plus fréquents, dans lesquels la récusation est demandée par une partie. L'essentiel de cette disposition réside dans le fait que les motifs invoqués à l'appui de la demande de récusation doivent être démontrés (al. 1) et que cette dernière est soumise à des conditions de délai (al. 2). Les demandes de récusation doivent être présentées dans un délai de dix jours à compter de la constatation du motif et avant le prochain acte de procédure. Si un prévenu entend par exemple faire valoir que tel juge ne saurait siéger lors d'une audience déjà inscrite au rôle, motif pris de la prévention au sens de l'article 62 lit. c AP, il doit déposer sa demande dans un délai de dix jours après qu'il a découvert le motif de récusation mais au plus tard avant le début de l'audience. La jurisprudence des tribunaux, et notamment du Tribunal fédéral, avait déjà déduit cette restriction du principe de la bonne foi⁶⁶.

Procédure (art. 65 AP)

L'article 65 AP distingue deux situations : celle dans laquelle le magistrat ou le fonctionnaire concerné admet l'existence d'un motif d'incapacité ou de récusation et *se récuse lui-même*, et celle dans laquelle il nie l'existence des motifs invoqués. Afin d'éviter qu'un magistrat ou un fonctionnaire utilise ce moyen pour se débarrasser d'une affaire qu'il juge désagréable, les

⁶⁵ Sur la prévention, voir également Aeschlimann 1997 N 432 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 30 N 7 ; Maurer 1999 104 ss. ; Oberholzer 1994 80 ss. ; Schmid 1997 N 133 ss.

⁶⁶ Voir en particulier les ATF 117 Ia 322 ; 112 Ia 339 ; 114 V 62 ; 116 Ia 138, 389 et 487 ; Hauser/Schweri 1999 § 31 N 2 ; Piquerez 2000 N 936 s. ; Schmid 1997 N 250.

motifs invoqués doivent être démontrés. Si le magistrat ou le fonctionnaire concerné (ou la direction de la procédure lorsque, comme dans le cas mentionné ci-dessus, la personne en charge cherche à se débarrasser d'un cas encombrant) conteste l'existence d'un motif de récusation, les autorités mentionnées seront appelées à statuer sur la demande (al. 1 à 3)⁶⁷.

L'alinéa 4 est important dans la mesure où il *permet au magistrat ou au fonctionnaire visé de continuer à exercer son office* tant qu'une demande de récusation contestée (par lui-même) n'a pas été jugée. Cette précaution évite qu'une demande de récusation manifestement téméraire, déposée juste avant l'ouverture d'une audience de jugement, ne bloque toute la procédure. Mais les autorités pénales courent alors le risque que la procédure soit annulée sur recours et qu'elle doive être reprise par des personnes non récusées si la demande de récusation est jugée fondée (al. 5). Toutefois, lorsqu'une demande de récusation est liée à des actes de procédure, seuls les actes accomplis postérieurement à cette demande peuvent être attaqués (al. 6).

Décision (art. 66 AP)

Selon l'article 66 AP, la décision sur la demande de récusation est rendue par écrit et doit être motivée (al. 1). L'alinéa 2 fixe *le sort des frais*.

227 Direction de la procédure (chapitre 7, art. 67-70 AP)

Les articles 67 à 70 AP établissent les règles relatives à la direction de la procédure et à la police de l'audience. L'avant-projet utilise l'expression « *direction de la procédure* » dans un double sens :

Attribution de la direction de la procédure (art. 67 AP)

L'article 67 lit. a – d AP énumère tout d'abord les différentes personnes et autorités susceptibles d'être chargées de la procédure. Il s'agit des *personnes et autorités auxquelles il incombe de diriger la procédure pénale*. Dans les systèmes monocratiques tels que ceux du ministère public, de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions ou du juge unique, ce sera, en matière de crime ou de délit, le procureur ou le substitut désigné pour instruire l'affaire ; en matière de contravention, le fonctionnaire chargé du dossier ; dans un système de juge unique, le juge compétent. Dans les systèmes collégiaux, c'est le président du tribunal concerné. Dans cet avant-projet, le terme de « *direction de la procédure* » a été adopté notamment pour des raisons de simplification linguistique⁶⁸.

Tâches de la direction de la procédure (art. 68 AP)

Mais l'expression « *direction de la procédure* » désigne également *l'activité déployée* par les personnes et autorités mentionnées ci-dessus, c'est-à-dire les fonctions énumérées principalement à l'article 68 al. 1 à 3 AP mais également dans de nombreuses autres dispositions de l'avant-projet (voir notamment les articles 363 – 365 AP). Il incombe avant tout à la direction de la procédure de préparer et de diriger les opérations – auditions, audiences, etc. – de prendre toutes les décisions de nature à garantir la régularité de la

⁶⁷ Cette liste de compétences a été établie en premier lieu en fonction des autorités cantonales ; elle devra ensuite être adaptée à la législation relative aux autorités pénales fédérales.

⁶⁸ Le terme de « *direction de la procédure* » (*Verfahrenleitung*) pris dans le sens de « *personne compétente* » a été adopté dans les codes de procédure les plus récents ; voir par exemple art. 58 al. 1 CPP BE ; art. 10 CPP BS ; art. 26 CPP BL ; art. 64 CPP SH.

procédure et le respect de la loi. Ce rôle revêt une importance particulière lors de la préparation et le déroulement des débats, tant en première instance que dans les procédures de recours.

Les dispositions prises par la direction de la procédure ne concernent *que la préparation et le déroulement de la procédure pénale* et ne sauraient préjuger au fond. Comme le souligne l'alinéa 4, ces dispositions deviennent caduques au plus tard lors de l'entrée en force de la décision finale.

La question se pose de savoir s'il est opportun de prévoir un *recours* contre ce type de décisions, ce qu'ont fait plusieurs cantons. En règle générale, en effet, une décision de procédure peut faire l'objet d'une opposition portée devant une instance collégiale⁶⁹. L'avant-projet s'est abstenu de prévoir une voie de recours mais ménage aux parties, à l'alinéa 5, la possibilité d'obtenir par une requête appropriée présentée lors des débats l'annulation ou la modification d'une décision prise précédemment par la direction de la procédure. Si des décisions de procédure influent sur la décision finale, cette dernière pourra être attaquée.

Police de l'audience (art. 69 AP) et mesures disciplinaires (art. 70 AP)

Les compétences en matière de police de l'audience que l'article 69 AP attribue à la direction de la procédure permet à celle-ci de prendre les mesures propres à garantir *la sécurité, la tranquillité et l'ordre des débats*⁷⁰. Ces prescriptions ainsi que le pouvoir disciplinaire accordé à la direction de la procédure à l'article 70 AP correspondent à l'état général de la législation suisse en cette matière.

Toutefois, la sanction prévue par l'avant-projet en cas de violation de ces prescriptions est une amende d'ordre de 500 francs au plus, de 2000 francs au plus en cas de récidive, et non pas des peines d'emprisonnement comme c'est le cas dans certaines lois de procédure⁷¹ et comme l'avaient préconisé les experts⁷². Selon le concept adopté pour la nouvelle partie générale du code pénal, les peines privatives de liberté ne seront plus possibles, même pour sanctionner les contraventions prévues par le code pénal⁷³ et ne semblent de toute façon plus guère défendables pour de simples infractions à des prescriptions d'ordre.

228 Actes de procédure des autorités pénales (chapitre 8, art. 71 – 113 AP)

La procédure pénale est un processus qui ne se met pas en mouvement de lui-même et ne s'achève pas spontanément en aboutissant à une décision finale définitive. Elle est ouverte, conduite et menée à son terme par des actes accomplis par les autorités pénales d'une part, et par les justiciables concernés d'autre part (*actes de procédure*). C'est ainsi que l'on distingue les actes de procédure accomplis par les autorités pénales (ou actes de procédure officiels), qui font l'objet du présent chapitre 8, et les actes de procédure privés (actes procéduraux des

⁶⁹ Voir par exemple art. 122 al. 4 LOJ ZH ; art. 169 al. 2 CPP LU ; art. 122 al. 1 CPP BS ; art. 159 al. 1 CPP BL ; art. 155 CPP AG ; art. 157 CPP TG ; art. 232 al. 1 CPP TI.

⁷⁰ Voir également dans ce sens « De 29 à l'unité », p. 97. En ce qui concerne la police de l'audience en général, voir Aeschlimann 1997 N 651 ; Hauser/Hauser 1976 488 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 44 ; Maurer 1999 150 s. ; Poncet 1978 Art. 18 p. 93 s. ; Oberholzer 1994 443 ; Padrutt 1996 art. 65b N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 1592 ss..

⁷¹ Voir par exemple art. 38 CPP LU ; art. 80 LOJ SZ ; art. 18 CPP SO ; art. 68 CPP SH ; art. 108 CPP GR ; art. 30 CPP TI ; art. 82 LOJ GE ; art. 53 al. 2 CPP JU.

⁷² « De 29 à l'unité », p. 98.

⁷³ Message relatif à la partie générale du code pénal, p. 167.

parties), sur lesquels nous reviendrons en détail dans le troisième titre, chapitre 1, section 2 (art. 119 et suivants AP ; chiffres 231.2 infra)⁷⁴.

228.1 Généralités (section 1, art. 71-75 AP)

Forme des actes de procédure (art. 71 AP)

L'article 71 AP indique d'une façon générale que la procédure pénale se déroule en la forme orale, à moins que la forme écrite ne soit expressément prescrite. L'alinéa 2 souligne d'entrée que, conformément au principe de documentation, tous les actes de procédure doivent faire l'objet d'un procès-verbal, c'est-à-dire être consignés par écrit. Font exception, cela va de soi, les actes de procédure tels que les mémoires et autres qui, réalisés par écrit, se trouvent déjà dans le dossier sous une forme documentaire (papier).

Langue officielle (art. 72 AP)

L'article 72 AP fixe la langue dans laquelle se déroulent les actes de procédure. Si l'expression quelque peu désuète de « langue officielle » a été utilisée ici (au lieu de la tournure plus moderne de « langue judiciaire »), c'est que cette désignation ne vaut pas uniquement pour les tribunaux mais également pour les autres autorités pénales, telles que le ministère public ou la police. La langue officielle, c'est-à-dire la langue dans laquelle les autorités pénales – sauf décision contraire – dirigent la procédure *est déterminée, pour ces autorités, par le droit cantonal*⁷⁵. Pour les régions et les arrondissements judiciaires plurilingues, des règles particulières – que l'on trouve déjà dans certains cantons⁷⁶ – peuvent être prévues. Pour les procédures devant les autorités pénales de la Confédération, l'alinéa 2 renvoie par analogie à l'art. 50 al. 1 de la future loi sur le Tribunal fédéral selon lequel la procédure a lieu dans une langue officielle.

Effets (art. 73 AP)

L'article 73 al. 1 et 2 AP concrétise les règles énoncées à l'article 72 AP. En principe, *tous les actes de procédure accomplis par les autorités pénales et par les parties le sont dans la langue officielle du for*. La direction de la procédure peut ordonner des dérogations. Il est donc envisageable d'accomplir un acte de procédure – par exemple de procéder à une audition - et d'en dresser procès-verbal dans une autre langue ; mais il faudra généralement joindre au dossier une traduction de ce document. En principe, toutefois, les procès-verbaux sont rédigés dans la langue officielle. Il en va de même des pièces produites : selon la deuxième phrase de l'alinéa 2, les autorités pénales peuvent refuser les pièces produites dans une autre langue et impartir à l'intéressé un délai pour fournir une traduction ; dans un tel cas, ce n'est pas à l'autorité qu'incombe le soin de faire réaliser la traduction.

L'alinéa 3, reprenant le contenu de l'article 5 du concordat sur l'entraide judiciaire mentionné au chiffre 224 supra, stipule que les autorités pénales utilisent également leur langue officielle lorsqu'elles accomplissent, conformément à l'art. 59 AP, des actes de procédure dans un autre canton.

⁷⁴ Sur le rôle des actes procéduraux, voir Hauser/Schweri 1999 § 42 N 1 ss.; Piquerez 2000 N 1420 ss.; Schmid 1997 N 5540 ss. et 558 ss.

⁷⁵ Voir également « De 29 à l'unité », p. 96.

⁷⁶ Voir par exemple art. 62 CPP BE ; art. 45 ss. CPP FR (pour plus de détails : Piller/Pochon 1999 Commentaire ad art. 45 ss.) ; art. 4 CPP VS.

L'alinéa 4, pour sa part, répète la règle exprimée à l'article 8 al. 2 du concordat selon laquelle les mandats de comparution et autres communications adressés à des personnes dont le domicile ou la résidence habituelle se trouve dans une autre région linguistique interviennent dans la langue officielle du lieu de résidence de la personne concernée. Les décisions, toutefois, ne sont communiquées que dans la langue officielle de l'autorité qui la rend.

Traductions (art. 74 AP)

L'article 74 AP prescrit d'une façon générale - et usuelle dans la plupart des codes de procédure cantonaux - que lorsque des personnes tenues de prendre part à des actes de procédure (prévenus, témoins, personnes entendues à titre de renseignement) *ne comprennent pas la langue du for* ou ne peuvent s'exprimer suffisamment bien dans cette langue, il est fait appel à un interprète.

L'alinéa 2 permet que, dans les affaires simples (lorsqu'il s'agit par exemple, dans une affaire de contravention, d'entendre un témoin de langue étrangère), on renonce à la présence d'un interprète pour autant que la direction de la procédure ou la personne qui tient le procès-verbal maîtrise suffisamment cette langue étrangère. Il conviendra cependant de faire usage de cette exception avec retenue.

L'alinéa 4 renvoie, pour ce qui est de la *désignation et des devoirs de l'interprète*, aux dispositions des articles 190 à 194 qui concernent les experts. Par ce biais, les dispositions sur la récusation des art. 62-65 AP (art. 191 al. 3 AP) s'appliquent également aux interprètes. Ceux-ci doivent donc être exhortés à s'acquitter correctement et discrètement de leur mission (art. 193 al. 1 lit d AP).

Droits particuliers de prévenus (art. 75 AP)

L'article 75 AP mentionne le droit particulier des prévenus à obtenir la traduction des actes de procédure, droit déduit pour l'essentiel des articles 6 ch. 3 lit. a et e CEDH et 14 al. 3 lit a et f PIDCP ainsi que de la jurisprudence y relative⁷⁷. Les prévenus ont tout d'abord droit à ce que les charges retenues contre eux leur soient signifiées immédiatement, en détail et dans une langue qu'ils comprennent. Par ailleurs, ils ont droit à une traduction de tous les actes de procédure dont la compréhension est essentielle pour leur garantir un procès équitable⁷⁸. Ont notamment ce caractère des informations telles que l'essentiel du contenu des déclarations des témoins, des rapports d'expertise et autres moyens de preuve, de l'acte d'accusation, de l'exposé des conclusions des parties ainsi que la teneur du dispositif du jugement et, le cas échéant, les grandes lignes des considérants.

L'alinéa 2 consacre un principe élaboré par la jurisprudence relative à l'article 6 ch. 3 CEDH et selon lequel les prévenus ont bien droit à la traduction dans leur langue des informations essentielles visées à l'alinéa 1 mais ne sauraient en revanche prétendre à la traduction intégrale de tous les actes de procédure officiels et privés, de toutes les pièces du dossier, de

⁷⁷ A ce sujet, voir « De 29 à l'unité », pp. 96 s.

⁷⁸ ATF 118 Ia 462 ; voir également ATF 115 Ia 65. A propos de ceci et de ce qui suit, voir aussi Haefliger/Schürmann 1999 234 ; Schmid 1997 N 255a ; Villiger 1999 N 528 ss.

l'intégralité des déclarations des témoins, des plaidoiries, etc. ou, pour les personnes défendues par un avocat, de la totalité du jugement⁷⁹.

228.2 Publicité de la procédure et des débats (section 2, art. 76-79 AP)

Les articles 76 à 79 AP reprennent le principe de la publicité des débats garantie par les articles 30 al. 3 CF, 6 al.1 CEDH et 14 al. 1 PIDCP. Les participants à la procédure ne sont pas les seuls à pouvoir prendre part aux débats en vertu du *droit de participation des parties* ; les débats devant les tribunaux sont également ouverts au public⁸⁰. Mais ce principe de publicité concerne uniquement les débats devant les tribunaux et peut d'ailleurs faire l'objet de diverses restrictions. En effet, les articles 30 al. 3 cst., 6 al. 1 CEDH et 14 al. 1 PIDCP autorisent également des exceptions légales au principe de la publicité des débats, lequel inclut le prononcé du jugement en audience publique.

Principes (art. 76 AP)

Publicité au cours de la procédure préliminaire (art.76 al. 1 AP)

La première restriction figurant à l'alinéa 1 concerne la procédure préliminaire régie par les articles 326 et suivants de l'avant-projet, laquelle inclut l'enquête de police et l'instruction préparatoire du ministère public. Cette *phase préliminaire n'est pas publique ; de plus elle est secrète*. Cela signifie d'une part que l'accès à la procédure n'est pas ouverte au public. D'autre part, le déroulement de la procédure doit être considéré comme secret, du moins par les autorités pénales, conformément aux prescriptions des articles 80 à 82 AP ; sous réserve des exceptions prévues aux articles 81 et 82 AP, il n'est pas permis de communiquer à des tiers, encore moins au public, des informations sur une procédure en cours. Les infractions à cette règle sont passibles des sanctions prévues à l'article 320 CP pour violation du secret de fonction. L'alinéa 1 mentionne ensuite les droits de participation des parties consacrés par les articles 158 et 159 AP.

Publicité des débats devant les tribunaux (art. 76 al. 2 AP)

Le principe de la publicité de la procédure concerne surtout la phase des débats devant les tribunaux.

La publicité des débats n'est possible que lorsque la procédure se déroule oralement⁸¹. Au niveau des tribunaux de première instance, l'avant-projet prescrit sans exceptions l'*oralité de la procédure* (art. 367 ss. AP), ce qui garantit la publicité des débats qui se déroulent devant ces juridictions. Celle-ci est également garantie lorsque sont prévus des débats oraux en appel (art. 474 AP).

⁷⁹ Voir ATF 115 Ia 65, EuGRZ 20 (1993) 292 ; RJB 129 (1993) 308 ; ZR 95 (1996) n° 70 et la littérature citée dans la n. ci-dessus.

⁸⁰ En ce qui concerne ces principes et sur ce sujet en général, voir Aeschlimann 1997 N 173 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 28 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 74 ss. ; Maurer 1999 27 ss., 154 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 1 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 190 ss. ; Oberholzer 1994 227 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 170.1 ss. ; Piquerez 2000 N 665 ss. ; Schmid 1997 N 152 ss. ; Schmid 1997 N 152 ss. ; Villiger 1999 N 440 ss.

⁸¹ A ce sujet, voir parmi d'autres Schmid 1997 N 203.

Exclusion de la publicité dans certaines procédures, et notamment lorsque la procédure se déroule en la forme écrite (art. 76 al. 3 AP)

La procédure se déroule en la *forme écrite* devant les *autorités de recours* (art. 466 al. 1 AP) et, dans une certaine mesure également, devant la *cour d'appel* (art. 472 AP) ; dans ces cas, la publicité est exclue. Eu égard à l'article 6 al. 1 CEDH, il est généralement admis que des procédures de recours ne soient pas publiques⁸². La procédure de l'ordonnance pénale et la procédure de répression des contraventions qui, par nature, se déroulent en la forme écrite, ne sont donc pas publiques. Comme les *mesures de contrainte* relèvent de l'instruction préparatoire qui est secrète, il est justifié de ne pas accorder de publicité aux débats qui se déroulent devant le tribunal chargé de les prononcer⁸³. Etant donné qu'il ne s'agit pas de statuer sur une mise en accusation, cette exclusion de la publicité apparaît conforme à la CEDH⁸⁴.

Renonciation à la publicité des débats (art. 76 al. 4 et 5 AP)

Les parties peuvent renoncer à faire valoir leur droit à la publicité de la procédure devant les tribunaux. Mais ni la CEDH ni la constitution fédérale ne prévoient un droit de « non publicité » qui permettrait aux prévenus d'exclure celle-ci par simple déclaration⁸⁵. L'alinéa 4 permet aux parties de renoncer à un prononcé du jugement en audience publique⁸⁶, mais le tribunal n'est pas tenu de faire droit à une telle demande s'il estime que l'intérêt général à la publicité de la procédure s'en trouverait atteint. Cette disposition laisse au tribunal le soin d'apprécier si, après avoir *pesé les intérêts en présence*, il convient d'accepter cette renonciation et de siéger sans publicité. L'alinéa 5 cherche à préserver le droit d'être informé des tiers qui font valoir un intérêt légitime en leur permettant de *consulter les décisions pénales* rendues dans le cadre d'une procédure écrite ou en tout cas non publique. Cette règle reflète la jurisprudence selon laquelle lorsque les parties ont renoncé au prononcé du jugement en audience publique, ledit jugement doit être porté à la connaissance du public d'une autre manière, par exemple au moyen d'une publication au greffe de la juridiction⁸⁷.

Il n'est pas nécessaire pour cela de prouver l'existence d'un intérêt légitime⁸⁸.

Mise en œuvre de la publicité (art. 77 AP)

L'article 77 al. 1 et 2 précise les modalités de la publicité des audiences des tribunaux et prévoit des *restrictions liées à l'âge des personnes, en cas de forte affluence ou pour des motifs de sécurité*. Ces dispositions sont à dessein empreintes d'une certaine souplesse ; la direction de la procédure peut par exemple autoriser une classe d'écoliers âgés de 15 ans à assister à une audience.

⁸² Pour plus de détails sur ce point, voir Haefliger/Schürmann 1999 191 ss. ; Villiger 1999 N 446 ss.

⁸³ Voir notamment les articles 61 al. 2 CPP ZH ; 184 al. 2 CPP BE ; 64b al. 3 CPP OW.

⁸⁴ Voir Donatsch in Donatsch/Schmid § 61 N 27 ; Haefliger/Schürmann 1999 155.

⁸⁵ A ce sujet, voir l'ATF 117 Ia 388 ; ZR 99 (2000) n° 36 ; Haefliger/Schürmann 1999 194 s. ; Schmid 1997 N 153 ; Villiger 1999 N 451 signale que la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg relative à la possibilité de renoncer à la publicité n'est pas encore établie.

⁸⁶ A ne pas confondre avec la dispense de comparution personnelle de l'article 368 al. 2 AP ; dans ce cas, les débats publics ont lieu malgré l'absence excusée de l'inculpé.

⁸⁷ Voir ce sujet ATF 124 IV 239 s. = RSJ 94 (1998) 361 = EuGRZ 25 (1998) 516, ATF 111 Ia 243 ; 113 Ia 416 ; 116 Ia 66 ; 117 Ia 388 ; EuGRZ 12 (1985) 228, 229. Plus approfondi : RKG 1997 n° 5 = ZR 97 (1998) n° 42.

⁸⁸ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 novembre 1997 dans la cause Werner contre l'Autriche, rec.1997 - VII 2496, 2512 ch. 57.

Selon l'alinéa 3, toute *prise d'images ou de sons* à l'intérieur du palais de justice et tout enregistrement d'actes de procédure accomplis à l'extérieur du palais de justice (par exemple lors d'un transport sur place du tribunal)⁸⁹ requiert l'autorisation préalable de la direction de la procédure ; cela revient à dire qu'en l'absence d'une telle autorisation, tout enregistrement est interdit.

Dérogations au principe de publicité des audiences de tribunal (art. 78 AP)

Les dérogations prévues l'article 78 AP sont habituelles en Suisse. Les exceptions posées à l'alinéa 1 sont en harmonie avec les articles 30 al. 3 cst. , 6 al. 1 CEDH et 14 al. 1 PIDCP ; elles permettent au tribunal d'exclure totalement ou partiellement la publicité de l'audience si la sécurité et l'ordre publics ou des intérêts dignes de protection d'une personne participant à la procédure l'exigent⁹⁰. Il convient d'ajouter que d'autres restrictions à la publicité des audiences sont prévues aux articles 160 ss. AP qui visent la protection des témoins et 156 AP qui est destiné à prévenir la collusion.

L'alinéa 2 reprend tels quels les motifs d'exclusion déjà mentionnés à l'article 5 al. 3 LAVI en vue de la *protection des victimes d'infractions* au sens de l'article 2 al. 1 LAVI. La règle de l'alinéa 3 selon laquelle, lorsque la publicité est exclue, le prévenu et le plaignant (y compris la victime) peuvent se faire accompagner non seulement de leurs conseils et de leurs représentants mais également de personnes de confiance, figure déjà dans certaines lois de procédure⁹¹. Elle est destinée à éviter que l'exclusion du public ne fasse naître l'impression que le tribunal rend une justice « de cabinet ».

L'alinéa 4 atténue les conséquences négatives de l'audience dont la publicité a été exclue. Il peut par exemple s'avérer souhaitable de permettre l'information du public non pas par une participation directe à l'audience mais au travers des comptes-rendus des médias. On peut notamment attendre de chroniqueurs judiciaires spécialement mandatés à cet effet qu'ils rendent compte, par exemple de crimes sexuels, en faisant preuve de la retenue qui s'impose et en filtrant les informations concernant les actes en cause, leur auteur et la victime⁹².

Dans la plupart des cas, il devrait résulter du principe de proportionnalité que la protection des intérêts des personnes concernées n'exclut pas un *prononcé public du jugement*. L'alinéa 5 prévoit donc que le jugement sera rendu en audience publique même si les débats n'étaient pas publics. Si la protection des intérêts des personnes concernées exige exceptionnellement que le jugement ne soit pas rendu publiquement, le tribunal renseigne le public d'une autre manière appropriée sur l'issue de la procédure, par exemple par un communiqué de presse. Cela ne sera toutefois nécessaire que dans les cas où le public doit être informé ; si personne ne s'est intéressé à un procès dont toute publicité a été exclue, un communiqué de presse ne sera guère utile.

⁸⁹ La garantie porte donc sur la publicité immédiate, et non médiata ; voir sur ce point Hauser/Schweri 1999 § 52 N 11, avec d'autres renvois.

⁹⁰ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 177 ss.; Clerc 1975 N 76 s.; Maurer 1999 28 ss., 155 ; Haefliger/Schürmann 1999 196 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 13 ss.; Oberholzer 1994 231 s. ; Piquerez 2000 N 693 ss. ; Schmid 1997 N 170 s. ; Schmid 1997 N 170 s.; Villiger 1999 N 448 s.

⁹¹ Voir par exemple art. 135 al. 6 LOJ ZH ; art. 65 al. 3 et 4 CPP BE ; art. 71 al. 3 CPP SH ; art. 248 al. 3 CPP JU. Dans le même sens, voir également art. 168 al. 3 dernière phrase CPP LU ; art. 160 al. 4 CPP BL ; art. 149 al. 2 CPP TG ; art. 28 al. 2 CPP TI ; art. 334 al. 5 CPP VD

⁹² Voir Villiger 1999 N 449 avec référence à l'ATF 117 Ia 387 ss.

Chronique judiciaire (art. 79 AP)

Dans de nombreux cantons, la chronique judiciaire fait l'objet d'une réglementation particulière. Cette activité est souvent soumise à une autorisation officielle⁹³. L'article 79 AP laisse le soin à la Confédération et aux cantons d'édicter dans leur loi d'introduction des *règles particulières sur l'admission ainsi que sur les droits et les devoirs des chroniqueurs judiciaires*.

228.3 Devoirs de discrétion et d'information (section 3, art. 80-82 AP)

Selon l'article 76 al. 1, AP, la procédure préliminaire n'est pas publique. Mais les phases et actes de procédure qui se déroulent à un stade ultérieur sont également secrets. Ces devoirs de discrétion, dont la violation est punissable en vertu de l'article 320 CP (violation du secret de fonction) ainsi que leurs limites font l'objet des articles 80 à 82 AP.

Principe (art 80 AP)

L'article 80 al. AP pose tout d'abord le principe du *maintien du secret*. En concordance avec l'infraction réprimée par l'article 320 CP, cette disposition fait appel à la notion habituelle du secret⁹⁴. La protection du secret subit toutefois une restriction dans la mesure où des faits notoirement connus ou exposés dans une audience publique de tribunal ne sauraient, par définition être maintenus secrets. La protection du secret est également d'une portée limitée en ce sens que seuls les membres des autorités pénales et leurs auxiliaires, puis, en vertu de l'alinéa 2, les experts et les traducteurs (voir également l'art. 74 al. 4 AP) sont tenus par cette obligation. Les parties, en revanche, du moins en tant qu'il s'agit de particuliers, ne sont pas liées par le devoir de garder le secret, avec toutefois certaines restrictions en ce qui concerne les avocats et les témoins (voir l'art. 175 al. 4), par exemple.

Information du public (art. 81 AP)

L'article 81 al. 1 et 2 AP régit les *exceptions que peut subir l'obligation de maintien du secret* et qui permettent au ministère public et aux tribunaux de renseigner le public sur des procédures en cours. Les cas énumérés aux alinéas 1 et 2 lit. a – c correspondent à quelques détails près aux règles déjà consacrées par les lois de procédure actuellement en vigueur en Suisse⁹⁵. Au-delà des communiqués de routine faisant état d'accidents ou d'infractions, la police n'est pas habilitée, en vertu de l'alinéa 3, à informer le public sans l'autorisation du ministère public ou du tribunal.

L'alinéa 4 prescrit de *quelle façon les informations doivent être communiquées au public*. Les autorités pénales doivent s'en tenir au principe de la proportionnalité et ne diffuser que les informations nécessaires pour obtenir le but recherché. L'information doit notamment respecter la présomption d'innocence, c'est-à-dire qu'elle ne doit contenir aucun élément préjugé de la culpabilité de l'intéressé. Elle doit également respecter les droits de la défense du prévenu et les droits de la personnalité de toutes les personnes impliquées dans la procédure.

⁹³ Hause/Schweri 1999 § 52 N 12.

⁹⁴ Sur cette notion, voir notamment Trechsel 1997 Art. 320 N 3.

⁹⁵ Avec d'autres références, Aeschlimann 1997 N 689 ss. ; Clerc 1975 N 78 ; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 7 ; Maurer 1999 156 ss. ; Oberholzer 1994 228 s. ; Piller/Pochon 1998 Art. 69 N 69.1. ss. ; Piquerez 2000 N 681 ss. ; Poncet 1978 Art. 16 ; Schmid 1997 N 157.

La première phrase de l'alinéa 5 reprend sans modification matérielle l'article 5 al. 2 LAVI relatif aux restrictions qui concernent la communication du nom de la victime. Cette disposition s'adresse aux autorités comme aux particuliers. Jusqu'à présent, la *violation par les particuliers des règles sur la protection des victimes* n'était pas sanctionnée⁹⁶ en-dehors des dispositions sur l'atteinte aux droits de la personnalité des articles 28 et suivants du code civil ; en effet, les particuliers ne pouvaient évidemment être concernés par les dispositions du code pénal réprimant la violation du secret de fonction. Désormais, l'alinéa 5, deuxième phrase, de l'article 82, prévoit la possibilité d'infliger une amende d'ordre aux contrevenants.

Communication à d'autres autorités (art. 82 AP)

Le devoir de discrétion de l'article 81 AP concerne non seulement la communication d'informations aux particuliers mais également à d'autres autorités ou services administratifs. L'article 82 AP prévoit donc un certain nombre de cas dans lesquels *d'autres autorités doivent être renseignées sur une procédure en cours lorsque des motifs objectifs le justifient*. Comme le précise l'alinéa 4, les obligations d'informer énumérées à l'article 82 AP ne sont pas exhaustives ; d'autres droits et obligations de communiquer figurent dans la législation fédérale et cantonale, par exemple à l'article 351^{quater} ou 363^{bis} CP. Selon l'alinéa 1, les autorités pénales doivent informer les autorités d'exécution compétentes lorsque des personnes qui exécutent déjà une peine ou une mesure sont impliquées dans une nouvelle procédure.

L'alinéa 2 fait obligation aux autorités pénales *d'informer les services sociaux et les autorités tutélaires* des procédures pénales engagées et des décisions arrêtées lorsque la protection des prévenus ou des lésés le commande ; cette disposition reprend la règle qui figure actuellement à l'article 358^{bis} CP mais l'étend aux services sociaux, comme c'est le cas dans certains codes de procédure récents⁹⁷. Il en va de même, quoique dans une formulation plus stricte, à l'alinéa 3 : lorsque, au cours de la poursuite d'infractions impliquant des mineurs, les autorités pénales constatent que d'autres mesures s'imposent, elles en avisent sans délai les autorités tutélaires.

Quant à l'alinéa, il laisse à la Confédération et aux cantons la possibilité de créer d'autres obligations de communiquer. Il paraît ainsi judicieux, lorsque des délits sont commis par des avocats, des médecins, des fonctionnaires, des étudiants, etc., d'informer les autorités de surveillance concernées afin qu'elles puissent intervenir si nécessaire.

Comme nous l'avons déjà mentionné (voir chiffre 224 supra), il est possible de renoncer à stipuler une obligation d'informer spécifique pour les cas de pornographie au sens de l'ancien article 358 ou du nouvel article 365 du code pénal.

⁹⁶ Voir Gomm/Stein/Zehnter 1995 Art. 5 N 11 ss.

⁹⁷ Par exemple art. 70 CPP BE ; art. 37 CPP UR ; art 19 CPP OW ; art 19bis CPP AI ; art. 74 CPP SG ; art. 48 al. 1 CPP TG.

228.4 Procès-verbaux (section 4, art. 83-90 AP)

Principes relatifs à l'obligation de documentation

La procédure pénale est soumise à une obligation de documentation⁹⁸. Tous les actes de procédure accomplis par les autorités pénales et par les parties doivent être consignés par écrit, c'est-à-dire qu'ils doivent faire l'objet d'un procès-verbal dès lors qu'il ne s'agit pas déjà d'un acte de procédure écrit, comme la production d'une pièce, le dépôt d'un mémoire de recours, etc. Cette obligation de documentation et celle, qui en est le corollaire, de la mise en place d'un système de classement (art. 110 AP) sont très importantes⁹⁹ : il s'agit de la *mémoire de la procédure, qui remplit une fonction de perpétuation* en enregistrant le déroulement de la procédure en prévision des phases ultérieures, comme le jugement et les recours, et fournit ainsi une base solide aux décisions. Mais cette documentation exhaustive a également un *effet de garantie* qui permettra plus tard de vérifier si les règles de procédure et surtout les prescriptions de forme ont bien été respectées. Eu égard à l'importance des dispositions régissant l'obligation de documentation au sens large, l'avant-projet introduit à ce sujet une réglementation relativement circonstanciée ; cette démarche est fondée sur la conviction que pour donner à l'unification du droit procédural toute l'efficacité voulue, des règles uniformes doivent s'appliquer à la manière de documenter le cours des procédures dans des procès-verbaux. Cela concerne avant tout les règles relatives à la consignation des auditions au cours de la procédure préliminaire. Le modèle adopté dans cet avant-projet, qui est celui de la procédure probatoire simplifiée (art. 374-375 AP), ne serait pas envisageable si les preuves recueillies au cours de la procédure préliminaire n'étaient pas consignées de façon parfaitement fiable.

Il ne faut toutefois pas négliger le fait que des différences considérables existent entre les différentes prescriptions cantonales en vigueur, et parfois plus importantes encore entre les différentes jurisprudences, notamment en ce qui concerne l'établissement des procès-verbaux d'audition. Compte tenu de l'importance de ces procès-verbaux, cet avant-projet repose sur la conviction que l'unification du droit de la procédure pénale passe inévitablement par celle des règles applicables à la tenue des procès-verbaux et que ce domaine ne doit pas être abandonné aux cantons.

Selon les articles 84 et 85 à 87 AP, deux formes de procès-verbal s'imposent : d'une part le *procès-verbal de procédure (ci-après : procès-verbal – NDT)* dont la fonction est de documenter d'une façon générale le cours de la procédure, d'autre part le procès-verbal d'audition dans lequel sont consignés les interrogatoires réalisés par les autorités pénales.

Principe (art. 83 AP)

L'article 83 al. 1 AP pose le principe de la documentation ou, en d'autres termes, de la consignation au procès-verbal de tous les actes de la procédure qui ne sont pas accomplis en la forme écrite. Les alinéas 2 à 4 fixent les responsabilités en ce qui concerne la tenue du procès-verbal. L'alinéa 5 étend la portée de ces règles à la procédure des recherches policières tout en admettant l'existence de règles divergentes, comme celle prévue par exemple à

⁹⁸ A propos de l'obligation de documentation, voir parmi d'autres Hauser/Schweri § 44 N 21 ss. ; Lobsiger 2000 231 ss. ; Piquerez 2000 N 1570 ss. ; Schmid 1997 N 205 ss.

⁹⁹ C'était également l'avis des experts : tout au long de l'instruction, puis pendant les débats, il est indispensable de tenir un procès-verbal en permanence.

l'article 419 AP pour les interrogatoires informels dans la procédure en matière de contraventions.

Contenu du procès-verbal (art 84 AP)

Comme le précise l'article 84 al. 1 lit a – f, le procès-verbal doit rendre compte de *tous les actes essentiels de la procédure*.

L'alinéa 2 indique que le procès-verbal peut être tenu sous deux formes principales, la Confédération et les cantons ayant, comme précédemment, le choix à cet égard. Il peut se présenter sous la forme d'un recueil systématique et numéroté des pièces pertinentes ; celles-ci sont réunies dans un classeur et pourvues d'un répertoire, constituant ainsi dans une large mesure le dossier dûment classé par ordre chronologique qu'exige l'article 110 AP. Mais il peut également se présenter sous la forme d'inscriptions successives (avec adjonction des pièces versées à la procédure) sur des pages numérotées constituant un registre ou un fascicule.

L'alinéa 3 permet d'une façon générale l'enregistrement des actes de procédure (y compris, donc, les auditions qui font l'objet de règles particulières énoncées aux articles 85-87 AP) par des moyens techniques qui ne doivent toutefois pas remplacer mais simplement compléter les procès-verbaux écrits¹⁰⁰. Il s'agit donc de s'en tenir à la règle que les actes de procédure sont en principe écrits.

Procès-verbal d'audition (art. 85 AP)

En ce qui concerne le procès-verbal d'audition, l'article 85 AP prescrit d'une façon générale que *les déclarations faites devant les autorités pénales doivent être consignées au fur et à mesure au procès-verbal* (al. 1). Le procès-verbal est établi dans la langue du for, ce qui signifie que lors de audiences qui se déroulent avec la collaboration d'un interprète, les déclarations consignées seront les déclarations restituées par ce dernier. Lors d'une déposition essentielle, et s'il est important qu'une déclaration soit faite dans la langue originale, la direction de la procédure peut ordonner que *la déclaration originale figure également au procès-verbal à côté de la traduction* (al. 2), exigence qui ne devrait toutefois s'avérer praticable que pour des langues étrangères courantes telles que l'allemand, l'italien, l'anglais ou l'espagnol. Il sera en outre possible en tout temps (et même très souhaitable) que de larges passages des déclarations faites en dialecte soit également inscrites au procès-verbal en dialecte. Il faut encore attirer l'attention sur l'exception générale de l'article 73 al. 1, deuxième phrase AP, lequel permet que certains actes de procédure - et donc l'intégralité d'une audition - se déroulent et soient consignés au procès-verbal dans une langue étrangère.

L'alinéa 3 traduit une pratique très fréquente dans la plupart des codes de procédure suisses et selon laquelle – contrairement à ce qu'on observe dans d'autres ordres juridiques, et notamment dans le système anglo-saxon – le jeu des questions et réponses entre l'autorité pénale et la personne interrogée n'est *pas transcrit littéralement* dans le procès-verbal ; souvent, en effet, on n'y trouve que la réponse, ou un résumé de différentes réponses¹⁰¹. Cette pratique, qui peut être motivée par un souci de clarté¹⁰², pose un problème dans la mesure où

¹⁰⁰ Voir également Hauser/Schweri 1999 § 44 N 27.

¹⁰¹ A ce sujet, voir Hauser/Schweri 1999 § 44 N 23a.

¹⁰² Voir Hauser/Schweri 1999 § 44 N 23a avec référence à l'ATF 122 IV 110 E. 1/3 ; voir également ZR 87 (1988) n° 96.

elle risque davantage de déformer les propos¹⁰³. L'avant-projet se contente de prescrire aux autorités pénales, lorsqu'elles doivent enregistrer des dépositions essentielles, de consigner les questions et les réponses. Il faut cependant renoncer à régler dans le cadre de cet avant-projet, en penchant dans un sens ou dans un autre, la question de la littéralité des questions et des réponses transcrites au procès-verbal. Dès lors, ce point continuera à relever de la pratique individuelle des autorités pénales de la Confédération et des cantons.

Procès-verbal d'audition dans la procédure préliminaire (art. 86 AP)

Les déclarations faites au cours de la procédure préliminaire, c'est-à-dire auprès de la police, mais surtout auprès du ministère public, sont *consignées au procès-verbal au fur et à mesure de l'audition, puis lues ou remises pour lecture à la personne entendue*. Ensuite, cette dernière ainsi que les membres de l'autorité pénale (art. 83 al. 3 AP) doivent *signer* le procès-verbal d'audition.

Procès-verbal d'audition dans la procédure devant les tribunaux (art. 87 AP)

L'article 87 AP prévoit, en ce qui concerne l'établissement des procès-verbaux d'audition devant les tribunaux, des formes quelque peu différentes de celles prescrites pour la procédure préliminaire. L'avant-projet reprend ainsi une distinction que l'on trouve déjà dans le droit procédural cantonal : il est en effet usuel, dans différents codes cantonaux¹⁰⁴, que les déclarations soient consignées au fur et à mesure au procès-verbal – comme dans la procédure préliminaire – mais sans que ce dernier soit dressé sur des feuillets séparés ni remis aux intéressés afin d'être signés. Souvent, les déclarations sont intégrées dans le procès-verbal d'audience du tribunal et simplement relues à la personne entendue, à moins que cette dernière n'y renonce. Le tribunal peut, il est vrai, ordonner l'établissement d'un procès-verbal d'audition séparé, que la personne entendue doit signer de sa main conformément à l'article 86 AP (al. 4).

Force probante des procès-verbaux (art. 88 AP) ; rectification des procès-verbaux (art. 89 AP)

Les procès-verbaux tenus en bonne et due forme, c'est-à-dire conformément aux articles 83 à 87 AP, *attestent l'exactitude des actes de procédure qu'ils relatent*¹⁰⁵, c'est-à-dire que le témoin A, comme indiqué dans le procès-verbal, a été rendu attentif à ses obligations de témoin et à son droit de refuser de témoigner (art. 88 AP). Eu égard à l'importance capitale des procès-verbaux, il doit être possible de rectifier les erreurs qui s'y trouvent ; l'article 89 AP prévoit les instruments nécessaires à cette fin, que l'on retrouve d'ailleurs, pour l'essentiel, dans les lois de procédure existantes.

¹⁰³ Voir Schmid 1997 N 565.

¹⁰⁴ Voir par exemple art. 143 ss. LOJ ZH et à ce sujet Hauser/Hauser 1976 531 ss.; art. 77 ss. CPP BE ; art. 46 CPP LU ; art.33 CPP UR ; art. 96 LOJ SZ ; art. 53 ss. CPP FR ; art. 122 al. 3 CPP BS ; art. 46 al. 3 CPP ARTICLE ; art. 120 CPP GR ; art. 55 al. 2 CPP AG ; art. 46 CPP TG ; art. 27 ss. CPP VS ; art. 226 CPP GE.

¹⁰⁵ Pour plus de détails, voir Aeschlimann 1997 N 725; Clerc 1975 N 134 ; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 26 ss. ; Maurer 1999 163 ; Oberholzer 1994 300 s. ; Piquerez 2000 N 1586 s. ; Schmid 1997 N 564.

Rectification d'inadvertances (art. 90 AP)

Outre les erreurs de consignation matérielles (art. 89 AP), on trouve aussi, non seulement dans les procès-verbaux mais également dans d'autres actes de procédure écrits établis par les autorités pénales – une décision par exemple - des erreurs qui relèvent plutôt de la faute de frappe. Il peut s'agir d'une erreur d'orthographe, d'une désignation de personne erronée ou d'une faute de calcul. Pour ce type d'inadvertances, l'article 90 al. 1 à 3 AP prévoit une *procédure de rectification relativement simple et informelle*¹⁰⁶.

L'alinéa 4 règle un cas particulier : celui dans lequel une décision pénale contient la désignation erronée d'un prévenu ou d'un autre élément d'identité essentiel. Des cas de ce genre se sont produits dans un passé récent, alors que des personnes arrêtées en possession de faux papiers avaient été condamnées sous l'identité d'un tiers (le plus souvent totalement innocent et ignorant du fait) et que leur vraie identité n'a été constatée que plus tard. Dans de tels cas d'erreur qualifiée, on ne saurait se contenter d'une simple rectification au sens des alinéas 1 à 3 ; on peut même se demander s'il n'y aurait pas là un motif de révision dans la mesure où un innocent a été condamné à tort. Ici, toutefois, en lieu et place d'une procédure de révision, empreinte d'une certaine lourdeur, l'avant-projet offre la possibilité de corriger relativement simplement les éléments d'identité dans les décisions de justice, puis au casier judiciaire¹⁰⁷.

228.5 Décisions (section 5, art. 91-95 AP)

La loi suisse de procédure pénale se doit de contenir des dispositions sur les différentes *formes que peuvent revêtir les décisions mettant fin à une procédure pénale*¹⁰⁸. Ces règles figurent aux articles 91 à 95 AP.

Formes en général (art. 91 AP)

L'article 91 AP contient les *prescriptions générales relatives à la nature et à la forme des décisions pénales*. Si l'on se conforme à la terminologie habituelle¹⁰⁹, le terme « décision » désigne d'une façon générale tout acte de procédure accompli par une autorité et destiné à trancher dans les formes requises une question de droit matériel ou formel. Lorsqu'il s'agit de statuer sur une question de droit matériel, c'est-à-dire sur l'objet même du procès, et notamment sur l'innocence ou la culpabilité du prévenu, la décision rendue porte le nom de « jugement ». Les autres sentences, qu'elles soient finales ou incidentes, sont appelées « décisions » lorsqu'elles émanent d'une autorité collégiale, ou « ordonnances » lorsqu'elles sont prononcées par une seule personne. Ces règles de base ainsi qu'une réserve faite en faveur d'autres formes de décisions mettant fin à une procédure figurent à l'alinéa 1.

L'alinéa 2 énumère *quelques principes à observer d'une façon générale par celui qui rend une décision* : les sentences doivent être rendues et motivées par écrit, elles doivent être signées, etc. Selon l'alinéa 3, les simples décisions ou ordonnances de la direction de la

¹⁰⁶ Tel est déjà le cas dans le droit en vigueur, comme par exemple aux art. 166 LOJ ZH ou 78 al. 5 CPP BE ; voir également Hauser/Schweri 1999 § 45 N 21.

¹⁰⁷ Voir par exemple l'art. 442 CPP ZH ; voir aussi Schmid 1997 N 1143 et ATF 101 Ib 222. Nous laisserons ouverte ici la question de savoir si une révision peut avoir lieu en faveur ou en défaveur du condamné une fois que la rectification a été effectuée ; voir également ZR 78 (1979) n° 11 = RSJ 75 (1979) 333.

¹⁰⁸ Voir à ce sujet les remarques générales formulées dans « De 29 à l'unité », p. 95.

¹⁰⁹ Sur ces questions [du moins pour la version allemande - NDT], voir Hauser/Schweri 1999 § 45 N 1 ss. ; Oberholzer 1994 450 ss. ; Schmid 1997 N 573 ss. Pour la terminologie française : Piquerez 2000 N 1545 ss.

procédure ne sont pas impérativement soumises à ces prescriptions de forme. Si, par exemple, l'audition d'un nouveau témoin est refusée au cours des débats, une telle décision peut être rendue et sommairement motivée verbalement. Des formes simplifiées sont admissibles, d'autant plus que la question abordée dans la décision rendue par la direction de la procédure peut être réexaminée dans le cadre du recours interjeté contre la décision finale.

Contenu des décisions finales (art. 92 AP)

L'article 92 AP cherche à uniformiser le contenu des décisions finales et énumère de façon relativement détaillée les éléments qu'elles doivent comporter.

Renonciation à l'exposé des motifs (art. 93 AP)

Bien qu'en principe les *jugements doivent obligatoirement être motivés*¹¹⁰, il est possible de renoncer à ce droit. Dans un but d'économie procédurale, plusieurs lois de procédure fédérales et cantonales ont récemment introduit la possibilité de renoncer, dans les cas simples, à la motivation des jugements lorsque les parties ne la demandaient pas expressément¹¹¹. Cette solution, accueillie avec un certain scepticisme par la doctrine¹¹², semble cependant avoir fait ses preuves. L'article 93 AP reprend ce postulat : *la renonciation à la motivation d'un jugement de première instance est possible* à la condition que le prévenu se soit déclaré coupable au sens de l'acte d'accusation, que le jugement concorde avec l'acte d'accusation sur la question de la culpabilité et que la sanction prononcée n'implique ni privation de liberté ni révocation d'un sursis pour une durée de plus d'un an. Si, par exemple, l'intéressé a été condamné à une peine pécuniaire, à l'accomplissement d'un travail d'intérêt général ou à une peine de trois années d'emprisonnement avec sursis, il sera possible de renoncer à la motivation. Si le jugement implique la révocation d'un sursis accordé antérieurement, la privation de liberté résultant globalement de la sentence ne doit pas dépasser une année (al. 1)¹¹³.

A l'instar des modèles cantonaux, l'avant-projet prévoit qu'*un jugement motivé doit être notifié ultérieurement* lorsqu'une partie en fait la demande dans le délai imparti ou forme un recours (al. 2 et 3). Comme le délai de recours commence à courir au moment de la remise du dispositif du jugement (art. 454 al. 2 lit a), il ne sera pas nécessaire, dans le cas du recours, de fixer un nouveau délai lors de la notification du jugement motivé. En matière de juridiction fédérale, dans laquelle le ministère public de la Confédération a droit à la notification d'un jugement complet (art. 33 al. 4 AP) et possède la légitimation pour recourir (art. 452 al. 2 AP), il y aura aussi lieu de lui notifier, en qualité de partie, le dispositif du jugement, acte qui marque le point de départ du délai de recours. Ainsi, il sera également en mesure d'exiger la communication de l'intégralité du jugement. Dès lors, les alinéas 2 et 3 de l'article 267 deviennent caducs.

¹¹⁰ Obligation déduite par le Tribunal fédéral de l'ancien article 4 cst ; voir ATF 104 Ia 322 ; 121 I 57.

¹¹¹ Voir notamment art. 37 al. 2^{bis} OJ ; art. 160a LOJ ZH ; art. 315 al. 1 CPP BE ; art. 187^{bis} s. CPP LU ; art. 194 CPP UR ; art. 135 LOJ SZ ; art. 128 al. 2 CPP OW ; art. 145 CPP NW ; art. 22 al. 1 CPP AI ; art. 274 III PPF dans la version du 23.6.00. Voir également sur ces questions Aeschlimann 1997 N 799, 802; Clerc 1975 N 134 ; Hauser/Schweri 1999 § 45 N 10, 82 N 25; Maurer 1999 440 s ; Schmid 1997 N 576a.

¹¹² Voir Hauser/Schweri 1999 § 45 N 10.

¹¹³ Même règle d'addition en cas de révocation à l'article 24 al. 2 lit. b ; à ce sujet : n. 18 et art. 412 al. 3.

Exposé des motifs dans la procédure de recours (art. 94 AP)

L'article 94 AP, qui vise l'économie de procédure, autorise l'autorité de recours à renvoyer à l'exposé des motifs de l'autorité précédente, dans la mesure où il y adhère.

Interprétation de décisions (art. 95 AP)

Il peut arriver qu'une décision soit peu claire, incomplète ou équivoque. Afin d'y remédier le plus simplement possible et d'éviter de susciter inutilement des recours, les lois de procédure prévoient généralement la voie de l'interprétation¹¹⁴. L'article 95 AP reprend cette solution.

228.6 Prononcé des décisions; communications; notifications (section 6, art. 96-101 AP)

Les articles 96 à 101 de l'avant-projet énoncent les règles formelles applicables à la notification des décisions et d'autres communications telles que les mandats de comparution. Ces propositions correspondent dans l'ensemble aux dispositions adoptées dans les actuels codes de procédure cantonaux¹¹⁵.

Lieu de notification en général (art. 98 AP)

Les propositions qui suivent méritent une attention particulière : l'article 98 al. 3 AP prescrit en effet aux parties qui habitent à l'étranger de désigner en Suisse un domicile de notification auquel des communications puissent leur être valablement notifiées. Cette disposition, jusqu'alors inconnue dans de nombreux cantons, devrait remédier dans une large mesure aux difficultés rencontrées lors de notifications à des personnes domiciliées à l'étranger. La prescription de l'alinéa 4 va dans le même sens: lorsqu'un changement d'adresse n'a pas été annoncé, les *communications peuvent être valablement notifiées à la dernière adresse connue*.

228.7 Délais; termes; restitution (section 7, art. 102-107 AP)

Les articles 102 à 107 AP régissent les délais et les termes d'audiences, la computation, l'observation et l'éventuelle prorogation des délais. Ils règlent également les conséquences de la non-observation de ceux-ci et leur restitution, le défaut de comparution et le relevé du défaut. Pour l'essentiel, ces règles correspondent à celles que l'on trouve dans les lois procédurales en vigueur¹¹⁶ et ne nécessitent donc pas d'explications approfondies.

Vacances judiciaires (art. 102 AP), heure de grâce (art 104 AP), restitution (art. 107 AP)I

Nous nous contenterons de souligner ici quelques rares détails discutables. L'article 102 al. 3 AP stipule que les vacances judiciaires – qui ne sont d'ailleurs pas réglementées dans cet avant-projet et relèvent dès lors du droit cantonal – n'interrompent pas le cours des délais légaux ni judiciaires. En outre, de nombreux cantons ne connaissent pas *l'heure de grâce* : le terme d'une audience est considéré comme observé si la personne citée se présente dans l'heure qui suit celle fixée pour le début de l'audience (art. 104 al. 4 AP).

¹¹⁴ Par exemple art. 145 al. 1 OJ ; art. 162 ss. LOJ ZH ; art. 141 LOJ SZ ; art. 204 CPP BS ; art. 169 al. 2 CPP AG ; art. 378a CPP VD ; art. 316 al. 4 CPP JU. Voir également Hauser/Hauser 1976 586 ss. ; Huser/Schweri 1999 § 45 N 22.

¹¹⁵ Pour une récapitulation, voir par exemple Hauser/Schweri 1999 § 44 N 12 ss. ; Piquerez 2000 N 1514 ss.

¹¹⁶ Pour une récapitulation, voir Hauser/Schweri 1999 § 43 N 22 ss. ; Piquerez 2000 N 1439 ss. ; voir également Piller/Pochon 1998 Commentaire des articles 64 ss.

A propos de la restitution des délais, la question qui se pose est de savoir si la condition de la restitution d'un délai est que le défaillant n'ait commis aucune faute¹¹⁷ ou si elle peut également être accordée en cas de négligence légère¹¹⁸. L'avant-projet propose d'accorder le bénéfice de la restitution d'un délai légal ou fixé par le juge à la partie qui démontre que le défaut n'est imputable à aucune faute grave de sa part, ni de celle de son conseil (art. 107 al. 1 AP). L'autorité compétente pour statuer sur les demandes de restitution est celle qui l'aurait été pour connaître du fond si le délai avait été respecté. Pour les délais de recours, ce sera l'autorité de recours. En ce qui concerne l'opposition dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale et de la procédure de contravention, il s'agira du ministère public ou des autorités pénales compétentes en matière de contraventions, puisque ces autorités seront appelées à connaître du cas une fois formée l'opposition prévue aux articles 415 s. AP et 423 s. AP.

228.8 Protection des données en procédure pénale (section 8, art. 108-109 AP)

On peut se demander *dans quelle mesure un code de procédure pénale doit contenir des dispositions sur la protection des données*. Il faut tout d'abord remarquer qu'en vertu des articles 2 al. 2 lit. c de la loi fédérale sur la protection des données du 10 juin 1992 (LPD)¹¹⁹, les procédures pénales pendantes ne font pas partie des données protégées par le droit fédéral. En outre, de nombreuses dispositions de l'avant-projet, comme les articles 78, 80, 81 et 111 AE, et surtout les articles 320 à 325 AP relatifs aux documents du service d'identification judiciaire, qui protègent la personnalité des personnes impliquées dans une procédure, constituent directement ou indirectement un instrument de protection des données. En revanche, la loi fédérale de procédure pénale par exemple, contient des dispositions sur la protection des données, encore que celles-ci concernent avant tout l'action préventive du ministère public fédéral et de la police fédérale. On trouve également des dispositions de cette nature éparpillées dans diverses lois de procédure cantonales récentes¹²⁰. Celles-ci prennent en compte le fait que les intérêts des personnes considérées comme prévenues sont suffisamment protégés par les nombreuses possibilités de consultation et d'intervention qui leur sont offertes. Mais il ne faut pas se cacher que de nos jours, la poursuite pénale, singulièrement pendant la phase des recherches de police, n'est pas envisageable sans l'exploitation d'informations concernant des personnes qui n'apparaissent pas comme parties dans la procédure. Il doit être possible, notamment pendant l'enquête policière, d'utiliser sur une base plus large des données concernant des personnes qui n'ont qu'un rapport très lointain avec l'infraction commise, Cela vaut tout spécialement lorsque les recherches mettent en oeuvre des systèmes informatiques ou l'investigation par recoupement ("Rasterfahndung")¹²¹, ou encore lorsqu'il s'agit d'établir un profil psychologique.

C'est pourquoi le futur code de procédure pénale fédéral se devait de fixer *certaines principes fondamentaux* qu'il s'agit d'appliquer lors de l'exploitation de données personnelles

¹¹⁷ art. 35 OJ; art. 76 al. 1 CPP BE; art. 48 CPP LU; art. 22 CPP UR; art. 31 LOJ OW; art. 35 al. 2 CPP NW; art. 32 CPP BS; art. 29 al. 2 CPP BL; art. 67 al. 1 CPP FR; art. 65A CPP GR; art. 53 CPP AG; art. 43 CPP TG; art. 21 CPP TI; art. 138 CPP VD; art. 32 al. 1 CPP VS; art. 86 CPP NE.

¹¹⁸ Avec des nuances, voir par exemple art. 199 al. 2 LOJ ZH; 129 al. 1 LOJ SZ; 101 al. 1 CPP SH; sur l'ensemble, voir Hauser/Schweri 1999 § 43 N 31 ss.

¹¹⁹ RS 235.1; à ce sujet, voir Buntschu, Commentaire de la LPD, art. 2 N 43 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 65 N 13.

¹²⁰ Voir par exemple l'art. 82 CPP BE; également Aeschlimann 1997 N 752 ss., 1270; Maurer 1999 167.

¹²¹ A ce sujet, et à propos de techniques analogues telles que la comparaison des données, voir (avec des références à la réglementation allemande dans §§ 98a ss. CPP allemand) Zaunardo-Walser 1998 153 ss.; d'une façon très générale; L'informatique au service de la police, RPS 106 (1989) 74 ss.

particulièrement dignes de protection au sens de l'article 3 lit c LPD¹²². Cependant, ses auteurs se sont abstenus d'y faire figurer une réglementation détaillée, comme celle des §§ 98a et suivants du code de procédure pénale allemand, par exemple. Les dispositions proposées correspondent dans une large mesure à l'article 29^{bis} PPF actuellement en vigueur.

Collecte et traitement de données personnelles (art. 108 AP)

L'article 108 al. 1 AP permet tout d'abord aux autorités en charge de la poursuite pénale de traiter des données personnelles au sens large et, comme nous l'avons indiqué en introduction, de recourir à l'informatique, d'utiliser l'investigation par recoupement ou d'établir des profils psychologiques. Ces *moyens de recherche* cernent régulièrement un grand nombre de personnes dont une majorité n'a rien à voir avec le délit en cause et qui, ultérieurement, ne figureront pas nécessairement dans le dossier même si leur nom est apparu au cours des recherches préliminaires. Dans la mesure où ces moyens de recherche sont expressément admis par l'article 108 al. 1 AP, l'éventuelle question de savoir si de telles recherches peuvent être considérées comme des procédures pénales pendantes¹²³ - ce qui, en matière de protection des données, exigerait une base légale particulière au sens de l'article 17 al. 1 LPD pour les autorités pénales fédérales et au sens de l'article 4 al. 1 LPD pour les autorités pénales cantonales - est dans une large mesure résolue.

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'avant-projet contient à plusieurs endroits des dispositions qui relèvent de la protection des données personnelles. L'alinéa 2 précise bien que les règles des art. 320 à 325 relatives à l'identification judiciaire ainsi que d'autres prescriptions figurant dans la législation fédérale, et notamment la loi fédérale du 7 octobre 1994¹²⁴ sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération, demeurent réservées.

A l'instar de l'article 29^{bis} al. 3 PPF¹²⁵ actuellement en vigueur, l'alinéa 3 postule que les données personnelles doivent être *collectées en principe au su des personnes concernées* à moins que l'instruction n'en soit compromise ou qu'il n'en résulte un volume excessif de travail. Mais dans bien des cas, la collecte et le traitement des données ne produiraient pas le résultat escompté si les intéressés en étaient informés. C'est pourquoi les données personnelles peuvent également être recueillies d'autres manières, par exemple en consultant les registres de l'administration (contrôle de l'habitant, office des poursuites, registre du commerce, contributions publiques, etc.) ou par l'exploitation des informations disponibles auprès des autorités pénales.

Selon l'alinéa 4 et en vertu de l'article 8 LPD, il faudra, si l'intéressé le demande, l'*informer après coup* du fait que des données le concernant ont été recueillies et utilisées. Ici s'appliquent toutefois les mêmes restrictions qu'à l'article 9 LPD¹²⁶ : cette information pourra être refusée si des intérêts prépondérants de tiers l'exigent (art. 9 al. 1 lit b LPD). Ensuite, l'article 9 al. 2 LPD énonce quelques restrictions importantes qui, d'après cette loi, ne s'appliquent en principe qu'aux autorités fédérales et, selon la proposition faite ici, également aux autorités pénales cantonales. Et puis, l'information pourra également être refusée, limitée ou retardée si un intérêt public prépondérant l'exige. Enfin, elle pourra faire l'objet de

¹²² Visiblement dans cette même direction ; « De 29 à l'unité », p. 82 s. Voir également Belser, Commentaire de la LPD, Art. 3 N 9 ss., N 19 ss.

¹²³ Sur ce point, voir Buntschu, Commentaire de la LPD, art. 2 N 47 ss.

¹²⁴ RS 172.213.71.

¹²⁵ Voir à ce sujet Lobsiger 2000 245 ss.

¹²⁶ Voir Dubach, Commentaire de la LPD Art. 9 N 13 ss., 25 ss.

restrictions dans les cas où elle risquerait de compromettre le but d'une instruction pénale ou d'une autre procédure d'enquête.

Utilisation, rectification et destruction des données (art. 109 AP)

L'article 109 al. 1 AP stipule tout d'abord que des données personnelles peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure autre que celle pour laquelle elles ont été collectées, lorsqu'il y a lieu de présumer qu'elles peuvent apporter des éclaircissements considérables. Ce faisant, cet alinéa 1 va plus loin que l'article 29^{bis} al. 4 PPF qui n'autorise une telle utilisation que lorsque des éléments concrets le justifient¹²⁷. L'alinéa 1 permet l'utilisation systématique des données personnelles dans d'autres procédures. Si l'on recherche, par exemple après un viol, un certain type de criminel en s'aidant de programmes informatiques et, le cas échéant, en établissant des profils psychologiques, les données recueillies de la sorte et les indications qu'elles auront fournies pourront être utilisées dans d'autres affaires de viol.

La deuxième phrase de l'alinéa 1 pose un *garde-fou essentiel contre les abus* : les données personnelles ne peuvent être exploitées dans aucun autre but que ceux de la procédure pénale, par exemple un but de police des étrangers ou fiscal. En outre, l'alinéa 2 reprend un principe établi à l'article 5 LPD : les personnes qui utilisent des données personnelles doivent veiller à leur exactitude et toute personne concernée doit pouvoir exiger la correction de données inexactes. Les données personnelles inexactes sont rectifiées par les autorités pénales compétentes immédiatement, au plus tard à la clôture de la procédure préliminaire ; les autres autorités auxquelles des données inexactes ou ayant un caractère litigieux ont été communiquées doivent être informées sans délai de la rectification ou de la mention du caractère litigieux.

L'alinéa 3 régit la *destruction des données personnelles qui ne sont plus utiles*. Dès lors qu'elles figurent dans un dossier pénal, leur sort est fixé par les articles 110 à 113 AP qui régissent la conservation des dossiers même au-delà de l'issue définitive de la cause. Il ne serait guère praticable de détruire prématurément certaines pièces ; jusqu'à leur destruction totale ou leur dépôt dans des archives quelconques, les dossiers doivent rester complets. L'obligation, stipulée à l'alinéa 3, de détruire les données personnelles lorsqu'elles ne sont plus utiles concerne donc les données qui ont été recueillies, consignées et traitées en marge d'une procédure préliminaire ouverte contre des tiers¹²⁸. Si l'on établit le parallèle avec la disposition correspondante applicable aux dossiers et aux documents du service d'identification judiciaire (art. 322 al. 3 AP), ces données personnelles et les résultats tirés de leur exploitation peuvent être conservés pendant dix ans au plus et exploités à nouveau si l'on peut escompter qu'ils puissent servir à élucider des infractions ultérieures.

Comme les dispositions sur la protection des données qui figurent dans cette section sont extrêmement rudimentaires, l'alinéa 4 propose que le Conseil fédéral règle en détail les devoirs de renseignement des autorités concernant les données traitées et leur destruction.

Selon l'alinéa 5, le recours prévu aux articles 461 à 466 AP est ouvert en cas de litige opposant les autorités pénales et les personnes concernées à propos de la collecte, de l'utilisation, de la rectification et de la destruction des données. Ce recours sera porté devant l'autorité de recours qui statue en dernier ressort.

¹²⁷ A propos des restrictions de l'art. 29^{bis} PPF, voir Lobsiger 2000 237 s.

¹²⁸ Il s'agit des données concernant des personnes impliquées dans une enquête alors que l'auteur d'une infraction était encore inconnu et qui ont pu être mises hors de cause par la suite.

228.9 Dossiers et consultation des dossiers (section 9, art. 110-113)

Donnant suite à l'obligation de documentation évoquée sous chiffre 228.4, les articles 110 à 113 AP fixent les modalités de *constitution des dossiers, puis de leur classement et de leur archivage au terme de la procédure*. Ces articles contiennent également les normes qui régissent la consultation des dossiers en cours d'instance. Ces prescriptions correspondent dans une large mesure aux dispositions que l'on trouve déjà dans les lois de procédure actuellement en vigueur en Suisse.

Dossiers en général (art. 110 AP)

Un *dossier systématique* est constitué pour chaque affaire pénale. Il devra contenir, outre les différents procès-verbaux et les procès-verbaux d'audition, l'ensemble des pièces et autres éléments probants versés à la procédure. L'alinéa 3 renvoie à l'ordre chronologique habituellement utilisé. Il n'est pas exclu, et même souhaitable, que pour certains dossiers volumineux traitant de plusieurs infractions, une autre systématique soit adoptée.

Comme le souligne l'alinéa 4, tout dossier bien ordonné comporte un index ; celui-ci est indispensable au contrôle des documents enregistrés, notamment lorsque le dossier est remis pour consultation aux ayants droit. L'existence d'index clairs, complets et tenus à jour au fur et à mesure permet également de prévenir le soupçon selon lequel les autorités pénales pratiqueraient la rétention de documents et garderaient un dossier secret¹²⁹

Consultation du dossier en cours d'instance (art. 111 AP)

Le droit de consulter le dossier accordé aux parties dans une procédure en instance est une composante du droit d'être entendu expressément garanti par l'article 29 al. 2 cst.. Il est incontesté dans son principe¹³⁰. Le point d'achoppement en ce qui concerne l'aménagement des droits des parties, et notamment ceux du prévenu, est régulièrement le *moment* à partir duquel ce droit peut être accordé. La règle, consacrée par les anciens code de procédure, selon laquelle le droit de consulter le dossier n'existe qu'à partir du moment l'instruction est close¹³¹, n'est plus en harmonie avec notre conception moderne des droits des parties, même si, pour autant qu'on sache, elle a encore été jugée compatible avec la constitution fédérale et la convention européenne des droits de l'homme¹³². D'autres lois de procédure se montrent plus souples et permettent la consultation du dossier dès lors que l'instruction n'en est pas compromise¹³³.

L'article 111 al. 1 AP, évitant cette formulation quelque peu ambiguë, précise que les parties doivent pouvoir *consulter le dossier au plus tard après la première audition du prévenu et l'administration des preuves principales par le ministère public*. Concrètement, cela signifie que dans un cas de viol, par exemple, le droit de consulter le dossier doit être accordé dès lors

¹²⁹ Voir Hauser/Schweri 1999 § 55 N 14; Oberholzer 1994 139; Piquerez 2000 N 780 in fine ; Schmid 1997 N 212. D'une façon générale : Piquerez 2000 N 775 ss.

¹³⁰ Parmi d'autres : Hauser/Schweri 1999 § 55 N 12 ss.

¹³¹ C'est encore le cas dans les textes suivants : art.119 PPF ; art. 66 CPP LU ; art. 151 al. 1 CPP UR ; art. 108 al. 1 CPP NW ; art. 91 al. 1 CPP OW ; art. 32 al. 1 CPP ZG ; art. 100. al. 2 CPP SO ; art. 149 CPP AR ; art. 174 CPP SG ; art. 97 CPP GR ; art. 78 CPP TG.

¹³² ATF 101 Ia 18 ; Schmid 1997 N 266.

¹³³ Tel est le cas dans les codes cantonaux suivants : art.17 al. 1 CPP ZH ; art.82 CPP BE ; art.66 CPP SZ ; art.103 al. 2 CPP BS ; art.149 al. 1 CPP AR ; art.25 s. CPP AI ; art.132 CPP NE ; art.43 CPP VD ; art.59 CPP VS ; art.142 al. 1 CPP GE ; art.112 CPP JU ;

que l'auteur et la victime ont été entendus par le ministère public. Si l'on considère que le prévenu et son défenseur peuvent être présents lors des auditions des témoins et poser des questions complémentaires (art. 156 ss. AP), il sera souvent préférable dans un cas comme celui évoqué ci-dessus d'accorder, par exemple au défenseur, le droit de consulter le dossier avant l'audition de la victime, car le droit de poser des questions complémentaires ne saurait être exercé dans l'ignorance du contenu du dossier. La conséquence d'une telle lacune sera fréquemment la nécessité de procéder à une nouvelle audition des témoins après que la défense aura pu consulter le dossier, ce qui n'est avantageux ni pour l'économie de la procédure, ni pour la victime. Toutefois, il sera possible de retarder le moment à partir duquel le dossier peut être consulté s'il y a un risque concret d'abus de droit au sens de l'article 118 AP.

Le droit de consulter le dossier peut également être accordé, dans une mesure limitée, à *d'autres autorités, notamment à des tribunaux civils ou pénaux appelés à connaître d'affaires connexes*. Les conditions posées sont énumérées à l'alinéa 2.

Les *tiers* qui ne sont pas parties à la procédure n'auront accès au dossier que s'ils peuvent justifier d'un intérêt scientifique ou d'un autre intérêt digne de protection. Mais la consultation du dossier est exclue si, en dépit des mesures de protection prises en application de l'article 112 al. 1 AP, elle porte atteinte à des intérêts prépondérants, publics ou privés, et notamment à la sphère privée (al. 3).

Modalités (art. 112 AP)

L'article 112 al. 1 AP vise essentiellement à *protéger les autres intérêts* susceptibles d'être menacés par la consultation du dossier et les éventuels retards que celle-ci pourrait occasionner. Il appartient à la direction de la procédure, qui statue sur les demande de consultation, de prendre les mesures de protection qui s'imposent. Aux termes de l'article 118 AP, des restrictions au droit d'être entendu sont admissibles. Dans les limites tracées par cette disposition, le droit de consulter le dossier peut être restreint ou dénié.

L'alinéa 2 reprend une règle déjà largement répandue en cette matière selon laquelle les dossiers *doivent être consultés au siège de l'autorité pénale* concernée, seuls les avocats autorisés pouvant bénéficier d'un envoi à domicile. Le droit d'obtenir *une copie du dossier consulté contre le versement d'un émolument* est également consacré par la plupart des lois de procédure suisses. Le Tribunal fédéral le déduit d'ailleurs également du droit d'être entendu¹³⁴. Les émoluments perçus à ce titre seront fixés dans une ordonnance du Conseil fédéral.

Conservation des dossiers pénaux (art. 113 AP)

L'article 113 AP règle le sort des dossiers pénaux, notamment *après la clôture entrée en force de l'affaire* (al. 1). Outre la restitution aux ayants droit des documents originaux versés au dossier à la fin du délai de conservation (al. 2), cet article prescrit que les autres documents doivent être conservés au moins jusqu'à l'écoulement des délais de prescription absolue de l'action pénale et de la peine (al. 3). Pour le surplus, il est fait référence à une ordonnance du

¹³⁴ ATF 92 IV 18 et 108 Ia 8. Voir également sur ce point Oberholzer 1994 140; Piquerez 2000 N 786; Schmid 1997 N 267.

Conseil fédéral (al. 4). L'accès aux dossiers est réglé en harmonie avec les dispositions régissant leur consultation dans les procédures en cours d'instance (al. 5)¹³⁵.

¹³⁵ L'archivage, quant à lui, est régi par le droit cantonal lorsqu'il s'agit d'actes cantonaux et par la loi fédérale sur l'archivage du 26 juin 1998 (RS 152.1) pour ce qui est des actes des autorités fédérales ; la loi sur l'archivage (art. 1 al. 3) accorde toutefois un régime spécial au Tribunal fédéral pour l'archivage de ses dossiers. Sur l'archivage en général, voir Lobsiger 2000 231 ss.

23 Les parties et les autres personnes impliquées dans la procédure (titre 3)

Le troisième titre de l'avant-projet est consacré au rôle et aux actes de procédure accomplis par les parties (personnes privées).

231 Dispositions générales (chapitre 1, art 114-119 AP)

231.1. Définition et statut

Définition de la partie (art. 114 AP)

L'article 114 AP définit les parties et applique cette notion en premier lieu aux particuliers qui interviennent dans la procédure à titre principal, à savoir le prévenu et le plaignant (al. 1 lit. a et b). L'alinéa 1 lit c précise ensuite que la qualité de partie appartient également, lors des débats – c'est-à-dire après la mise en accusation (art. 361 ss. AP) – et dans la procédure de recours, au ministère public. Au cours de la procédure préliminaire, ce dernier n'a pas le rôle d'une partie puisqu'à ce stade, c'est lui qui conduit la procédure. L'avant-projet suit ainsi, à l'article 114, l'avis des experts¹ en ce qui concerne l'attribution des rôles dans la procédure.

L'application du terme de partie aux particuliers impliqués dans une procédure pénale est contestée et généralement rejetée dans la littérature². De fait, il paraît problématique d'appliquer au prévenu la notion de partie, à laquelle on associe habituellement la possibilité, propre au droit civil, de se mesurer à la partie adverse sur un pied d'égalité et avec les mêmes armes (« égalité des armes »), une égalité qui est certes réalisée lors des débats mais dont le prévenu est loin de bénéficier au cours de la procédure préliminaire. Ainsi, dans le procès pénal, le prévenu et, dans une certaine mesure le lésé, ne disposent pas du pouvoir dispositif qui est le propre des parties ; ce qui leur manque avant tout, contrairement aux parties du procès civil, c'est la possibilité de disposer elles-mêmes de l'objet du litige. Au pénal, les lésés ne peuvent, du moins en matière d'infractions poursuivies d'office, retirer leur demande (il s'agira essentiellement de la plainte pénale) ni le prévenu en admettre le bien-fondé. C'est avant tout la position du prévenu qui a décidé la doctrine récente à préférer le terme de « participant à la procédure » à celui de « partie ». Si l'avant-projet utilise malgré tout cette dernière désignation, c'est principalement dans un but de simplification terminologique et linguistique³. D'autre part, ce choix paraît également logique eu égard aux langues latines dans la mesure où celles-ci, le français notamment, utilisent couramment le terme de « partie », mais non pas celui de « participant à la procédure ».

Selon l'alinéa 2, la Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie à *d'autres autorités* chargées de sauvegarder des intérêts publics. Des dispositions analogues se trouvent déjà dans certains codes cantonaux qui prévoient par exemple que les autorités

¹ « De 29 à l'unité », p. 84.

² Sur ce point et à propos de ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 503 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 42 ss. ; Clerc 1975 N 88 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 36 N 1 ss. ; Maurer 1999 114 ; Oberholzer 1994 123 ss. ; Piller/Pochon 1999 Commentaire ad art. 29 ss. ; Piquerez 2000 N 1158 ss., 1164 ss. ; Schmid 1997 N 450.

³ Cette préoccupation est nettement exprimée dans le rapport de la commission d'experts, « De 29 à l'unité », p. 88, dans lequel on peut lire : « *La confusion qui règne dans les codes de procédure pénale relativement à la désignation des parties doit être remplacée par une terminologie unifiée.* »

d'assistance sociale ou de protection de l'environnement peuvent former recours lorsque des délits sont commis dans ces domaines⁴.

En relation avec cet alinéa 2, on peut se demander s'il convient d'*accorder des droits procéduraux, voire de reconnaître le statut de partie à des associations qui se donnent pour but de protéger des intérêts généraux*. On songe notamment à des associations de protection de l'environnement ou des animaux, ou encore à des organisations de lutte contre le racisme. A ce sujet, une motion Schwaab a été déposée sur le bureau du Conseil national le 13 juin 2000 dans le but d'accorder la qualité pour recourir aux associations antiracistes⁵. Le 6 septembre 2000, le Conseil fédéral a pris position sur cette motion et demandé qu'elle soit convertie en postulat, évoquant la possibilité que cet objet soit examiné dans le cadre des travaux législatifs en cours (dans le droit procédural pénal). L'avant-projet présenté ici renonce à accorder aux associations (et notamment celles qui mènent la lutte contre le racisme) la qualité de partie et à leur ménager ainsi des possibilités de recourir. Les raisons qui plaident contre ce droit de recours des associations résultent pour une bonne part de la réponse donnée à la motion Schwaab par le Conseil fédéral le 6 septembre 2000. Contrairement à d'autres domaines juridiques dans lesquels on reconnaît à des associations la qualité pour recourir (par exemple en matière de concurrence déloyale, art. 10 LCD⁶), le droit pénal et la procédure pénale fait place à une autorité, le ministère public, dont la tâche consiste précisément à représenter, défendre et faire valoir d'office les droits supra-individuels de la collectivité (voir art. 7 et 18 AP). On constate en effet que, notamment lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la norme pénale antiracisme, les ministères publics s'acquittent parfaitement de leur obligation de poursuivre⁷. Si les autorités en charge de la poursuite pénale n'ouvrent pas d'elles-mêmes une procédure, quiconque – y compris une association – constate l'existence d'une telle infraction peut déposer une plainte pénale et déclencher ainsi l'ouverture d'une instruction (art. 329 AP). En outre, le fait d'accorder des droits procéduraux à ces associations serait contraire au principe, largement admis dans le droit pénal procédural suisse, selon lequel les seuls entrent en ligne de compte comme parties le prévenu, la partie plaignante et le ministère public (al. 1). Admettre d'autres parties aurait sur la procédure pénale diverses conséquences qu'il conviendrait encore d'évaluer⁸. Dans tous les cas, le déroulement de la procédure s'en trouverait inévitablement alourdi et compliqué dans une mesure disproportionnée avec les avantages obtenus.

Autres participants à la procédure (art. 115 AP)

L'article 115 AP prend en compte le fait que la procédure pénale n'affecte pas uniquement les intérêts du prévenu et de la partie plaignante mais peut également concerner d'autres particuliers. Il s'agit avant tout des personnes qui, sans être parties au sens de l'article 114 al. 1 AP, jouent un rôle dans le procès pénal. L'alinéa 1, lit. a-d, décline les personnes qui

⁴ Voir par exemple art. 395 CPP ZH ; 93 al. 3 CPP BE ; art. 22 al. 4 CPP NW ; art. 9 al. 3 CPP OW ; art. 29 lit. d et 196 lit. e CPP FR ; art. 50 CPP SG.

⁵ 00.3268.

⁶ Au sujet de la qualité pour recourir des associations professionnelles et des groupements d'intérêts en leur qualité de plaignants, voir l'ATF 120 IV 154.

⁷ On le voit en particulier dans cet arrêt par lequel le Tribunal fédéral a dénié la qualité pour recourir à de telles associations et auquel la motion Schwaab faisait expressément référence : dans cette affaire, le ministère public avait, de sa propre initiative, porté la cause devant le Tribunal fédéral ; dans ce cas concret, notre plus haute cour aurait été saisie même sans le recours déposé, entre autres, par la Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme. Voir ATF 125 IV 206.

⁸ On n'est par exemple pas encore fixé sur la question de savoir s'il y aurait lieu d'admettre toutes les associations qui interviendraient (avec cette conséquence que trois ou quatre représentants de ces associations pourraient plaider), comment il conviendrait de procéder en présence de demandes divergentes, si ces associations devraient supporter les frais de la cause en vertu de l'article 497 al. 1 AP, etc.

dénoncent des infractions, les témoins, les personnes entendues aux fins de renseignement et les experts. La lettre e, enfin, vise les tiers touchés par des actes de procédure bien qu'ils ne soient pas parties : il s'agira par exemple de personnes chez lesquelles des objets ou des valeurs patrimoniales ont été séquestrés au sens des articles 273 à 277 AP. On pourrait appeler ces personnes « tiers touchés par la procédure ».

L'alinéa 2 reconnaît à ces autres participants à la procédure les mêmes droits qu'aux parties pour autant qu'ils soient *directement touchés dans leurs droits par des actes de procédure des autorités* pénales et dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts⁹. Ainsi, celui à qui l'on a confisqué un objet est habilité à recourir en vertu de l'article 462 AP et peut donc demander à consulter le dossier dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Capacité d'ester en justice (art. 116 AP)

A l'instar du droit de la procédure civile¹⁰, l'article 116 AP parle de capacité d'ester en justice, c'est-à-dire de la capacité dont jouit une personne de jouer un rôle actif ou passif dans la procédure pénale en qualité de partie¹¹. La capacité d'ester en justice suppose que l'intéressé ait l'exercice des droits civils (al. 1) ; les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils sont représentées par le détenteur de l'autorité parentale ou par leur tuteur (al. 2). Une partie ne peut se faire représenter à des actes qui doivent être accomplis personnellement. Cela concerne avant tout les actes procéduraux du prévenu tels que la participation aux auditions, aux audiences des tribunaux, etc. au cours desquels la représentation n'est pas possible (voir à ce sujet l'art. 123 al. 1 AP). L'alinéa 3 stipule que les personnes capables de discernement peuvent exercer les droits procéduraux qui sont de nature strictement personnels, tels le dépôt ou le retrait d'un recours, dans la mesure où les prétentions civiles ne sont pas les seules concernées. Si les représentants légaux et les personnes capables de discernement exercent ces droits de manière différente, il convient, pour ce qui est des actes strictement personnels, de prendre en considération les actes accomplis par les personnes capables de discernement.

Droits généraux des parties; droit d'être entendu (art. 117 AP)

L'article 117 AP décrit d'une façon générale les droits fondamentaux des parties et, à l'alinéa 2, fait une place particulière au droit d'être entendu. L'alinéa 3 définit les *éléments essentiels de ce droit*, soit le droit de consulter le dossier (lit. a), de participer à des actes de procédure (lit. b), de se faire assister par un défenseur, un conseil ou un représentant (lit. c), de se prononcer au sujet de la cause et de la procédure pénale (lit. d) et de présenter des conclusions (lit. e). L'alinéa 4 souligne le *devoir d'assistance du juge* qui oblige les autorités pénales à attirer l'attention des parties, surtout celles qui ne connaissent pas le droit et qui ne sont pas assistées d'un avocat, sur leurs prérogatives et sur les conséquences préjudiciables de la violation de leurs devoirs¹².

⁹ Cela correspond en grande partie à l'état actuel du droit, voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 612 ss. ; Maurer 1999 144 ; Piquerez 2000 N 1406 ss. ; Schmid 1997 N 527 ss.

¹⁰ Voir parmi d'autres Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 27/28 N 1 ss. ; Vogel 1997 § 24 N 16 ss.

¹¹ Voir Rehberg 1994 243 ss. ; Aeschlimann 1997 N 505 ; Hauser/Schweri 1999 § 36 N 1 ss. ; Maurer 1999 114, 124 ; Oberholzer 1994 127 ss. ; Piquerez 2000 N 179 ss. ; Schmid 1997 N 467 ss.

¹² Au sujet de cette obligation, voir Schmid 1997 N 245 s.

Restrictions du droit d'être entendu et des autres droits procéduraux (art. 118 AP)

L'article 118 AP permet de restreindre le droit d'une partie à être entendue, y compris le droit de participation et les droits de la défense, lorsqu'il y a lieu de craindre que la partie, son défenseur, son conseil ou son représentant abuse de ces droits¹³. Ces restrictions générales¹⁴ constituent la contrepartie d'un droit de consulter le dossier et de droits de la défense assez généreusement octroyés (art. 156 ss. et art 111 s. AP ; voir également art. 168 et 236 AP). Les *abus commis par les avocats des parties* sont régulièrement contraires à la déontologie mais la sanction des violations des règles professionnelles échappe aux autorités pénales. Celles-ci n'ont pas davantage le pouvoir d'exclure les avocats de la procédure. Les restrictions apportées au droit d'être entendu restent donc la seule mesure praticable pour lutter contre les abus¹⁵. Toutefois, pour ne pas rendre ce droit illusoire, notamment au premier stade de la procédure préliminaire, de telles restrictions ne peuvent être prononcées que si un abus a été constaté ou si des éléments concrets permettent de soupçonner un abus de droit. La notion de « mise en danger des intérêts de la procédure », plutôt floue mais très répandue dans les différentes lois de procédure en vigueur¹⁶ ne suffit donc plus à elle seule pour justifier les restrictions du droit d'être entendu, et ce tout particulièrement lors de la phase initiale de la procédure préliminaire.

L'alinéa 2 permet également de restreindre le droit d'une partie à être entendue et son droit de participation lorsque *la sécurité d'une personne est menacée* ou lorsque cela est *nécessaire au bon déroulement de la procédure*. D'autre part, des restrictions sont aussi possible lorsque la sauvegarde d'intérêts publics ou privés au *maintien du secret* l'exige. En ce qui concerne ces risques, il doit y avoir suffisamment d'éléments concrets permettant d'en craindre l'existence et les mesures prises pour les prévenir doivent être proportionnées. L'alinéa 2 énonce des motifs de restriction généraux ; d'autres mesures de protection plus spécifiques sont prévues en d'autres endroits de l'avant-projet, notamment en relation avec la publicité des débats (art. 78 AP) et surtout avec l'audition des témoins, etc. (art. 160 ss. AP) ; celles-ci priment sur les dispositions générales du présent alinéa 2.

Les exceptions envisagées par les alinéas 1 et 2 doivent être appliquées avec retenue et dans le respect du *principe de proportionnalité*. Aussi l'alinéa 3 exige-t-il que les autorités pénales limitent l'application des restrictions dans le temps (p.ex. suspension du droit de consulter le dossier jusqu'à ce qu'une preuve importante ait été recueillie, p.ex. par l'audition d'un témoin), à des actes de procédure déterminés (p.ex. à certaines auditions) ou à certaines pièces du dossier (p.ex. à un rapport d'expertise qui contient des informations confidentielles dont la divulgation pourrait porter atteinte aux droits de la personnalité ou violer des secrets d'affaires). Souvent, le motif justifiant une restriction du droit d'être entendu tient à la partie et non pas à son avocat. Si, par exemple, un rapport d'expertise psychiatrique contient des informations confidentielles émanant de tiers et qui ne doivent pas parvenir à la connaissance de l'intéressé – le prévenu par exemple – il sera judicieux de refuser à ce dernier la consultation dudit rapport. Il n'y a toutefois aucune raison de refuser ce droit à la défense du prévenu, d'autant plus que l'article 112 al. 1 AP, par exemple, permet d'enjoindre le défenseur de ne pas laisser son client prendre connaissance

¹³ Solution analogue à celle de l'art. 43 CPP FR ; voir sur ce point Piller/Pochon 1998 Art. 43.1. ss.

¹⁴ D'autres restrictions spéciales demeurent réservées, comme celle de l'art. 248 al. 6 AP qui peut s'appliquer au cours de la détention préventive ou de sécurité.

¹⁵ Voir Hauser/Schweri 1999 § 40 N 41 ss.

¹⁶ Voir notamment art. 118 PPF ; art. 245 CPP BE ; art. 68 al. 1 CPP LU ; art. 66 al. 2 CPP SZ ; art. 150 CPP UR ; art. 34 CPP OW ; art. 102 CPP NW ; art. 30^{bis} CPP ZG ; art. 95 al. 2 CPP SO ; art. 106 CPP BS ; art. 219 CPP SH ; art. 148 CPP AR ; art. 25 al. 1 CPP AI ; art. 76c al. 3-5 CPP GR ; art. 57, 60 et 193 CPP TI ; art. 56 CPP VS ; art. 138 ss. CPP GE.

du rapport¹⁷. Lorsque le droit d'être entendu a été refusé pour l'un des motifs énumérés aux alinéas 1 et 2, il devra être accordé après coup sous une forme adéquate dès lors que le motif de restriction aura disparu (al. 5) ; en règle générale, donc, les documents en cause pourront être consultés ultérieurement. On peut également imaginer que pour un motif relevant de la protection de la personnalité, certains documents (p. ex. un rapport d'expertise) ne soient pas communiqués aux parties pendant toute la durée de la procédure. Dans un tel cas, ce moyen de preuve ne pourra être utilisé que si la partie est informée du contenu, serait-ce sous forme d'extraits, ou des conclusions du document en question¹⁸.

231.2 Actes de procédure des parties (section 2, art. 119-120 AP)

Les articles 119 et 120 AP constituent le pendant des articles 71 à 113 AP qui régissent les actes de procédure des autorités pénales. Il n'est toutefois pas nécessaire de développer longuement les règles générales dans la mesure où de nombreux aspects essentiels du rôle des particuliers dans le procès pénal sont régis à d'autres endroits du texte, par exemple en relation avec les auditions aux articles 166 ss. ou à l'article 186 AP.

Droit de présenter des observations et des requêtes (art. 119 AP)

L'article 119 al. 1 et 2 AP, conséquence naturelle du droit d'être entendu, confère aux parties le droit d'intervenir activement dans la procédure en présentant des observations et des requêtes. L'alinéa 2 précise notamment que les parties peuvent *proposer des moyens de preuve* jusqu'à la clôture de la procédure préliminaire ou des débats. Il convient également de rattacher au droit d'être entendu l'obligation faite à la direction de la procédure d'examiner les requêtes (al. 3) et de statuer sur celles-ci soit immédiatement, soit dans le cadre de la décision finale. Il est déjà usuel dans la plupart des cantons de statuer – par exemple sur une offre de preuve présentée au cours des débats – soit immédiatement dans le cadre d'une décision incidente, soit dans la décision finale. En d'autres termes, cela perturberait le déroulement des débats que les tribunaux soient contraints de statuer immédiatement.

Actes de procédure des parties (art. 120 AP)

L'article 120 al. 1 et 2 dispose que les actes de procédure privés *ne sont soumis à aucune forme*, à moins que la présente loi n'en dispose autrement (par exemple en matière de recours, voir les art. 454 ou 458 AP). Ainsi, les requêtes peuvent être présentées par écrit, ou oralement à l'intention du procès-verbal. Un régime procédural qui n'impose pas, en principe, l'assistance d'un avocat¹⁹ se doit d'instaurer une certaine liberté de forme afin de permettre aux justiciables peu familiers des tribunaux et des autorités de faire valoir pleinement leurs droits dans la procédure. Dans la mesure où des observations sont formulées par écrit, elles doivent être remises en un nombre d'exemplaires suffisant pour en permettre la distribution toutes les parties habilitées à les recevoir. L'alinéa 4 autorise la direction de la procédure – possibilité déjà offerte par de nombreux codes – à renvoyer à l'expéditeur les observations inconvenantes ou prolixes et à lui impartir un délai pour les remanier. Selon l'alinéa 5, les actes de procédure privés des parties ne sont pas soumis à des délais à moins que la loi n'en prescrive (p.ex. en cas de recours, art 454, 465, 468 al. 2 AP) ou que le juge décide d'en fixer pour une raison objectivement justifiée. Ainsi, dans un cas de défense obligatoire (art. 136 AP), le ministère public impartira au

¹⁷ Voir Schmid 1997 N 263 s. qui mentionne d'autres références. Possibilité expressément prévue: art. 174 al. 2 CPP SG.

¹⁸ Voir ATF 122 I 153 ; Schmid 1997 N 263 in fine, avec d'autres références.

¹⁹ Voir sur ce point le chiffre 234.1 infra.

prévenu, en vertu de l'article 138 al. 1 AP, un délai pour désigner un avocat de choix avant de lui en désigner un d'office en application de l'article 139 AP.

232 Le prévenu (chapitre 2 , art. 121-123 AP)

L'avant-projet, reprenant en cela une proposition des experts, utilise pour simplifier un seul et même terme, tout au long de la procédure, pour désigner la personne contre laquelle celle-ci est dirigée : le prévenu²⁰. Ce choix entraîne l'abandon des distinctions opérées dans de nombreux codes de procédure en fonction du stade de la procédure : suspect, prévenu, inculpé, accusé, condamné, etc²¹.

Définition (art. 121 AP)

Le prévenu est la personne contre laquelle la poursuite pénale est dirigée, c'est-à-dire celle qui, dans une dénonciation, une plainte ou un acte de procédure d'une autorité, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'avoir commis une infraction (al. 1).

L'alinéa 2 souligne le fait que le statut de prévenu appartient également aux personnes qui ont fait l'objet d'une procédure certes close, mais qui va être reprise en application de l'article 356 AP (reprise en mains d'une instruction suspendue) ou des articles 479 ss. AP (révision d'un jugement entré en force). La procédure de reprise en mains ou de révision dirigée contre ces personnes ne constitue pas une poursuite pénale au sens de l'alinéa 1, raison pour laquelle il paraît judicieux d'en faire mention.

Reste actuellement ouverte la question de savoir dans quelle mesure l'introduction d'une *responsabilité pénale des entreprises* (nouv. art. 102 CP) va nécessiter la création d'une nouvelle catégorie de prévenus (et, d'une façon générale, de règles particulières applicables aux procédures dirigées contre les entreprises). Le présent avant-projet n'aborde ce problème que de façon liminaire²². Il faudra y revenir le cas échéant lors de l'élaboration du projet définitif de code de procédure pénale fédéral, en tenant compte de la version définitive du nouvel article 102 CP²³.

Statut (art. 122 AP)

Le fait qu'une personne soit soupçonnée d'avoir commis une infraction fasse l'objet d'une procédure pénale ne signifie pas encore qu'elle est réellement coupable de cette infraction. Au contraire, l'article 11 al. 2 AP consacre le principe selon lequel toute personne est présumée innocente jusqu'à l'entrée en force de sa condamnation. La présomption d'innocence s'impose

²⁰ « De 29 à l'unité », p.86.

²¹ Aeschlimann 1997 N 506 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 54 ss. ; Clerc 1975 N 94; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 1 s.; Maurer 1999 115 ss.; Oberholzer 1994 125 ss. ; Piquerez 2000 N 1171 s.; Schmid 1997 N 455 ss. Vers une définition uniforme de la notion de « prévenu » (en allemand : *der Beschuldigte*), voir p.ex. l'art. 30 du nouveau CPP FR (à ce sujet, voir Piller/Pochon 1999 Art. N 30.1. ss.), exemple qui montre que les deux termes peuvent être utilisés dans les deux langues de façon concordante. Il s'agira maintenant d'examiner quel choix terminologique opérer en italien ; dans le code de procédure pénale tessinois, on utilise les termes *indiziato* et *accusato*, mais pas *prevenuto*. Voir sur ce point Salvoni 1999, commentaire ad art. 47, p. 121.

²² Voir l'audition des organes, etc. entendus aux fins de renseignement selon l'art. 186 al. 1, lit. f AP.

²³ Les nombreuses difficultés de procédure inhérentes à la responsabilité pénale des entreprises (p.ex. : représentation, droit de refuser de témoigner, conditions de recevabilité de l'action notamment en cas de disparition de l'entreprise, etc.) sont décrites (du point de vue allemand) dans Schlüter 2000 189 ss. Voir également à ce sujet Wolfgang Wohlers in RSJ 96 (2000) 381 ss.

aux autorités pénales tout au long de leur action, et celles-ci doivent traiter le prévenu en conséquence. Concrètement, cela implique notamment qu'elles mènent l'instruction avec le même soin à décharge qu'à charge (voir art. 6 al. 2 AP), qu'elles traitent le prévenu aussi correctement que les autres parties et qu'elles s'abstiennent de tout jugement prématuré sur sa culpabilité. La présomption d'innocence n'exclut cependant pas qu'un soupçon, même ténu, suffise à la police ou au ministère public pour déclencher l'ouverture d'une procédure pénale, voire pour recourir à des mesures de contrainte, et que les autorités pénales fondent fréquemment leur action sur l'hypothèse que le prévenu pourrait avoir commis l'infraction considérée.

Les alinéas 2 et 3 stipulent que le prévenu *est tenu de se soumettre* aux actes de procédure accomplis dans le cadre de la poursuite pénale dirigée contre lui, y compris d'éventuelles *mesures de contrainte*, mais qu'il n'a en revanche pas l'obligation de collaborer activement à la procédure et, ainsi, de se charger lui-même²⁴. Il n'est notamment *pas tenu de faire des déclarations*. Mais comme le souligne l'alinéa 4, la procédure sera poursuivie même si le prévenu refuse de collaborer.

Capacité d'ester en justice (art. 123 AP)

Selon l'article 123 AP, et indépendamment des mesures prises à l'égard des prévenus incapables de discernement²⁵, une procédure pénale et les différents actes qu'elle implique ne sont admissibles qu'envers des prévenus capables de prendre part aux débats et en état d'être interrogés²⁶. La punissabilité est fonction de la culpabilité de l'auteur ; ce dernier n'est donc pas punissable s'il ne peut pas être considéré comme coupable en raison de son irresponsabilité (art. 10 CP / nouv. art. 17 CP). Une condamnation suppose donc *que l'auteur puisse s'exprimer lui-même et librement sur son acte et sur la sanction à laquelle il doit s'attendre*. Une procédure pénale dirigée contre des personnes qui ne peuvent être entendues pour des motifs psychiques ou physiques n'est donc pas envisageable²⁷. Lorsqu'un prévenu n'est pas en état de participer aux débats par suite de maladie ou d'accident mais que, par ailleurs, certains actes de procédure ne souffrent aucun retard, la présence du défenseur est suffisante (al. 2) ; cette disposition est cohérente avec l'article 158 al. 2 AP.

Comme l'indique l'alinéa 3, *les conséquences d'une incapacité durable de prendre part aux débats* sont variables : la procédure sera suspendue en application de l'article 345 AP lorsqu'il y a lieu de penser que cette incapacité n'est que temporaire ; ou alors elle sera classée en vertu des articles 350 et suivants lorsque tout laisse supposer que l'incapacité est irrémédiable. La deuxième phrase de cet alinéa réserve des dispositions particulières applicables à la procédure contre les prévenus incapables de discernement ; cette procédure peut également être dirigée contre des personnes incapables de prendre part aux débats (art. 404-407 AP ; voir également le chiffre 264.42 infra).

²⁴ A propos de ce principe en général, voir Aeschlimann 1997 N 510; Clerc 1975 N 150; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 11 ss.; Oberholzer 1994 130 s. ; Piquerez 2000 N 1188 ss.; Schmid 1997 N 469 ss.

²⁵ Voir la dernière phrase de l'alinéa 3 et l'article 10, 2^{ème} phrase CP (nouv. art. 17 al.3 CP) et la procédure y relative (art. 404 ss. AP).

²⁶ Pour plus de détails : Rehberg 1994 243 ss.

²⁷ Cela vaut aussi, soit dit en passant, pour des actes commis alors que leur auteur était encore responsable pénalement et en état d'être entendu. Voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 630 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 27; Maurer 1999 116 s.; Oberholzer 1994 128 s. ; Piquerez 2000 N 1179 ss.; Schmid 1997 N 467a s.

233 Le lésé, la victime et la partie plaignante (chapitre 3, art. 124 – 132 AP)

233.1 Le lésé et la victime (section 1, art. 124 AP)

Définition (art. 124 AP)

L'article 124 al. 1 donne du lésé la même définition que les lois de procédure pénale actuellement en vigueur²⁸ et que la doctrine dominante²⁹. Il y est fait référence à une *atteinte directe aux intérêts juridiquement protégés* de la personne concernée. Il s'agit, du moins dans le cadre des dispositions qui protègent des biens juridiques individuels tels que la vie, l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur, etc., de la personne qui est touchée par l'infraction. Cette disposition renonce à donner une définition plus précise du lésé, notion occasionnellement controversée dans certains cas limite, et renvoie pour cela à la doctrine et à la jurisprudence³⁰. L'alinéa 2 précise que les personnes qui ont qualité pour porter plainte pénale au sens du nouvel article 30 al. 1 CP, c'est-à-dire celles qui sont titulaires du bien juridique en cause³¹, sont toujours considérées comme les lésés.

Depuis la création de la loi sur l'aide aux victimes, la *victime* au sens de l'article 2 al. 1 de cette loi possède un statut particulier dans le droit suisse de la procédure pénale : il s'agit de la personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique. La notion de victime est donc plus étroite que celle de lésé : si toute victime est également le lésé dans le sens indiqué ci-dessus, l'inverse n'est pas vrai dans la mesure où la notion de victime ne recouvre que les lésés qui ont été atteints dans leur intégrité corporelle, sexuelle ou psychique. Il en résulte que toute victime au sens de la LAVI peut faire valoir les droits que l'avant-projet reconnaît au lésé (al. 3). Lorsque ce texte parle de lésé, il y inclut toujours la victime ; celle-ci n'est spécialement mentionnée que lorsqu'on évoque des droits qui lui reviennent en propre.

233.2 La partie plaignante (section 2, art. 125-128 AP)

La qualité de lésé ou de victime est reconnue, *de lege lata*, à la personne atteinte. Reste à savoir si cette position juridique automatiquement acquise est suffisante en procédure pénale pour *pouvoir exercer les droits procéduraux* qui y sont associés. Plusieurs codes de procédure pénale actuellement en vigueur n'accordent des droits procéduraux aux personnes concernées que si elles ont le statut de lésé ou de victime³². Les lésés peuvent faire valoir leur qualité à n'importe quel stade de la procédure, y compris celui du recours, même s'ils n'ont pas participé aux phases précédentes. D'autres codes de procédure n'accordent au lésé les droits reconnus aux parties que si celui-ci a expressément déclaré vouloir les exercer³³. Les textes

²⁸ Voir par exemple art. 395 CPP ZH ; art. 47 CPP BE ; art. 45 al. 2 CPP UR ; art. 25 al. 1 CPP NW ; art. 31 CPP FR ; art. 14 CPP SO ; art. 40 CPP SH ; art. 54 CPP AR ; art. 28 al. 1 CPP AI ; art. 129 al. 1 CPP GR ; art. 48 CPP VS ; art. 49 al. 1 CPP NE ; art. 25 CPP GE ; art. 47 CPP JU ; voir également « De 29 à l'unité », p. 85.

²⁹ Voir Aeschlimann 1997 N 551 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 93 ss. ; Clerc 1975 N 106 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 1 ss. ; Maurer 1999 123 ss. ; Oberholzer 1994 184 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 31.1 ss. ; Padrutt 1996 Art. 129 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 1309 ss. ; Schmid 1997 N 502 ss.

³⁰ Reproduites dans la littérature citée ci-dessus.

³¹ A ce sujet, voir parmi d'autres Trechsel 1997 Art. 28 N 2 ff.

³² Voir notamment art. 10 al. 2 et 395 al. 1 ch. 2 CPP ZH ; art. 107 al. 5 CPP GL ; art. 14ss. CPP SO ; art. 54 ss. CPP AR ; art. 131 CPP AI ; art. 129 CPP GR ; art. 49 al. 1 ch. 3 et 53 al. 2 CPP TG.

³³ Par exemple art. 47 CPP BE ; art. 35 ss. CPP LU ; art. 47 s. CPP UR ; art. 14 ss. CPP OW ; art. 31 al. 4 et 32 s. CPP FR ; art. 41 et 44 CPP SH ; art. 42 ss. CPP SG ; art. 69 ss. CPP TI ; art. 95 CPP VD ; art. 48 CPP VS ; art. 25 GE ; art. 47 ss. CPP JU ; semblable : art. 47 CPP UR ; art. 27 et 95 CPP NW ; art. 41 et 44 CPP SH ; art. 56

qui ont adopté cette deuxième solution utilisent le plus souvent la notion de partie plaignante, soulignant ainsi le fait que le lésé doit expressément manifester au travers d'une plainte sa volonté de participer à la procédure et d'y faire valoir ses droits.

Définition (art. 125 AP)

L'avant-projet s'aligne sur le deuxième modèle évoqué ci-dessus. Pour les autorités pénales comme pour les autres parties, cela présente l'avantage de savoir à un stade relativement précoce de la procédure si le lésé envisage de prendre une part active à cette dernière. C'est la raison pour laquelle l'article 125 AP souligne que seuls peuvent jouir des droits de procédure de la partie plaignante les lésés qui déclarent expressément vouloir participer à la procédure pénale comme plaignant ou comme partie civile. On utilise à cet égard la notion de « *constitution de partie plaignante* » déjà connue dans plusieurs lois de procédure cantonales³⁴. Aux conditions détaillées à l'article 127 AP, cette déclaration peut être faite à n'importe quel stade de la procédure préliminaire, c'est-à-dire pendant l'enquête de police ou au cours de l'instruction du ministère public.

Succession (art. 125 AP)

L'alinéa 1 règle le sort des droits de procédure du lésé au cas où celui-ci vient à décéder. Si le lésé a renoncé de son vivant à se constituer partie plaignante, cette renonciation est définitive, c'est-à-dire que ses proches ne peuvent plus revenir sur sa décision même si le délai court encore (voir l'art. 127 al 6 AP). Si, en revanche, il n'avait pas encore déposé sa déclaration mais avait positivement exprimé l'intention de se constituer partie plaignante, ses droits de procédure passent à ses proches au sens de l'article 110 ch. 2 CP/nouv.art. 110 al. 1 CP dans l'ordre de succession.

L'alinéa 2 régit les conséquences de la *subrogation*, c'est-à-dire le transfert, de par la loi, de certains droits à des personnes qui ne sont pas elles-mêmes lésées. Ainsi, selon l'article 14 al. 2 LAVI, lorsque l'autorité a accordé à la victime une indemnité ou une somme à titre de réparation morale en application des articles 11 et suivants LAVI, le canton est subrogé, à concurrence du montant versé, dans les prétentions que la victime peut faire valoir contre les auteurs de l'infraction. Il convient de mentionner encore les cas de subrogation du droit des assurances, prévus notamment par les articles 72 al. 1 LCA et 41 LAA ou, dans certains cantons, en relation avec les prestations de l'assurance des bâtiments en cas d'incendie³⁵. Dans ces cas-là, les ayants droit peuvent faire valoir leurs prétentions civiles dans le cadre du procès pénal. Toutefois, en vertu de l'alinéa 3, ils ne jouissent des droits de procédure que dans la mesure où ceux-ci se rapportent directement aux conclusions civiles. Concrètement, cela signifie que les intéressés ne pourront consulter que les pièces du dossier qui sont nécessaires pour motiver l'action civile.

La déclaration en général (art. 127 AP)

Comme les droits de procédure ne sont accordés qu'aux lésés qui se sont expressément constitués partie plaignante (art. 125 AP), il fallait prévoir des règles relativement détaillées en ce

ch. 3 CPP AG ; art. 12 lit. e CPP BS ; art. 40 CPP NE ; à ce sujet, voir aussi Aeschlimann 1997 N 564 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 9 ; Maurer 1999 129 ; Piquerez 2000 N 1325 ss., 2788 ; Poncet 1978 ad art. 25.

³⁴ Par exemple art. 47 CPP BE ; de même art. 47 al. 2 CPP JU.

³⁵ Voir Aeschlimann 1997 N 580. ; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 3. ; Maurer 1999 128 s. ; Oberholzer 1994 185. ; Piquerez 2000 N 2758. ; Schmid 1997 N 505.

qui concerne le contenu, la forme et le délai requis pour la déclaration de constitution. Le lésé peut faire la déclaration par écrit ou oralement au procès-verbal (al. 1). Comme c'est déjà le cas pour la plainte des articles 28 ss. CP / nouv. art. 30 ss. CP, il est probable que des formules standard seront créées à cet effet et remise d'office aux lésés dès le début de la procédure préliminaire. Ce document permettra d'ailleurs de satisfaire à l'obligation d'informer la victime de ses droits, qui est prévue par l'article 334 AP.

Aux termes de l'alinéa 2, le lésé peut se déclarer *cumulativement ou alternativement plaignant au pénal ou partie civile*. Si son intérêt se limite à voir condamner la personne responsable pénalement de l'infraction commise, il se contentera de la position de plaignant. En revanche, s'il a l'intention de faire valoir des prétentions civiles – il s'agira généralement de prétentions en dommages & intérêts ou en réparation du tort moral – il devra se constituer partie civile.

L'alinéa 3 est essentiel dans la mesure où il prescrit que *la déclaration doit être faite au plus tard jusqu'à la clôture de la procédure préliminaire*, c'est-à-dire jusqu'à ce que soit rendue une décision de classement, de mise en accusation ou d'ordonnance pénale. Selon l'alinéa 4, une plainte pénale au sens des articles 28 ss. CP / nouv. art. 30 ss. CP est suffisante.

L'alinéa 5 prescrit – afin que l'on soit rapidement fixé sur les intentions du lésé – que lorsque celui-ci n'a pas spontanément fait sa déclaration (par exemple au moyen de la formule standard évoquée ci-dessus), le ministère public *lui fixe un délai pour ce faire*. Enfin, selon l'alinéa 6, le lésé qui ne déclare pas vouloir se constituer comme partie plaignante dans le délai imparti est réputé renoncer à ses droits au sens de l'article 128 AP.

Renonciation à la plainte (art. 128 AP)

L'article 128 AP régit la *renonciation à la plainte* ; celle-ci peut *intervenir à tout moment de la procédure*, le cas échéant par simple passivité au sens de l'article 127 al. 6 AP. Conformément à l'alinéa 2, le lésé peut limiter sa renonciation à la plainte pénale ou, au contraire, à ses prétentions civiles. Faute d'indication expresse, la renonciation vaut pour les deux domaines.

En complément aux articles 28 al. 5 et 31 CP / nouv. art. 30 al. 5 et 33 CP, l'article 128 al. 2, deuxième phrase, de l'avant-projet stipule que la *renonciation à la partie plaignante vaut retrait de la plainte pénale*. Ainsi, le plaignant qui renonce ultérieurement à ses conclusions civiles est réputé retirer sa plainte pénale à moins qu'il ne limite expressément sa démarche à la prétention civile. Celui qui renonce à déposer une plainte pénale ou qui la retire perd logiquement son statut de partie civile puisque la procédure pénale n'est pas poursuivie pour le délit en question. La renonciation ou le retrait de la plainte pénale ou des prétentions civiles est définitive (al. 3), étant précisé que l'intéressé peut à nouveau faire valoir ces dernières par la voie civile sous réserve de la restriction formulée à l'article 129 al 5 AP.

233.3 Conclusions civiles (section 3, art. 129-132 AP)

En général, les prétentions civiles figurent régulièrement au premier plan des intérêts du lésé ; il se justifie donc de régler séparément et de façon détaillée les modalités des conclusions civiles.

Généralités (art. 129 AP)

En tête des dispositions générales de l'article 129 AP, l'alinéa 1 rappelle une règle courante en droit pénal procédural suisse: la partie plaignante peut faire valoir des prétentions de droit

privé déduites de l'infraction soit par adhésion dans la procédure pénale (lit. a), soit dans une procédure civile séparée (lit. b)³⁶.

L'alinéa 2, quant à lui, reprend la règle déjà énoncée à l'article 2 al. 2 LAVI. Les *proches de la victime* qui y sont énumérés peuvent également, dans le procès pénal, élever des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction.

L'alinéa 3 renvoie à la règle de l'alinéa 1. Lorsque l'une des deux voies proposées a été choisie, la litispendance est créée, ce qui interdit à l'intéressé de faire valoir une nouvelle fois ses prétentions par l'autre voie³⁷.

Il appartient au droit de la procédure pénale de déterminer, sans égard à la procédure civile, à quel moment se crée la litispendance lorsqu'une personne fait valoir des prétentions civiles par adhésion dans la procédure pénale. Dans le procès civil, on peut dire – en simplifiant quelque peu – que la litispendance est créée par le dépôt de la demande³⁸. En procédure pénale, on pourrait placer le début de la litispendance au moment où le lésé déclare vouloir élever des prétentions civiles auprès d'une autorité pénale en application de l'article 127 AP. Mais, contrairement à ce que prescrit le droit civil, le lésé n'est pas tenu de motiver d'entrée sa demande et de chiffrer son préjudice. Les conclusions civiles peuvent être chiffrées et motivées ultérieurement, mais au plus tard jusqu'à la fin des débats de première instance (art. 130 AP). Il serait erroné de vouloir faire intervenir les effets décisifs de la litispendance dès l'instant où les prétentions civiles sont invoquées. C'est pourquoi l'alinéa 4 propose de *ne lier l'instance qu'à partir du moment où elles ont été chiffrées et motivées*. A ce moment-là, les conclusions civiles par adhésion dans la procédure pénale ont pris des formes plus concrètes à l'instar d'une demande introduite par la voie civile. Cette solution avantageuse pour la partie plaignante tient également compte du fait que la poursuite de prétentions civiles dans le cadre d'une procédure pénale engage l'intéressé dans des voies secondaires dont l'issue est tout sauf certaine.

Les conditions du *retrait des conclusions civiles* ont été aménagées de façon tout aussi généreuse à l'alinéa 5. En procédure civile, le retrait de la demande (ou le désistement de l'action) n'est admis que de façon très restrictive par les codes de procédure, parfois même uniquement avec l'accord du défendeur ; ou alors il est sanctionné par un abandon de prétentions qui relève du droit matériel³⁹. Eu égard au rôle particulier de l'adhésion, il est apparu justifié de renoncer à des conséquences aussi strictes. Aussi la partie plaignante qui retire ses conclusions civiles avant l'issue des débats de première instance a-t-elle la possibilité de renouveler sa demande par la voie civile. On peut attendre de cette faculté un certain allègement des procédures pénales dans la mesure où, sinon, les prétentions civiles devraient être formulées au cours de la procédure pénale sous peine de déchéance éventuelle des droits.

Motivation et chiffrage (art. 130 AP)

L'article 130 AP contient des règles relatives à la motivation et à l'évaluation chiffrée des conclusions civiles. *Le moment* auquel elles doivent intervenir *a été défini avec une certaines*

³⁶ Voir Aeschlimann 1997 N 551. ; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 12 ss.; Habscheid 1990 N 147 ss. ; Maurer 1999 123 ; Oberholzer 1994 191 ; Padrutt 1996 Art. 130 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 2782 ss.; Schmid 1997 N 518.

³⁷ Du point de vue de la procédure civile, voir Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 102 N 1 ss. ; Habscheid 1990 N 334 ss.

³⁸ A ce sujet, voir Habscheid 1990 N 332 ss. ; Vogel 1997 § 39 N 28 ss.

³⁹ Habscheid 1990 N 421 ss. ; Vogel 1997 § 42 N 58 ss.

souplesse. La motivation et le chiffrage des conclusions civiles peuvent être communiqués immédiatement, c'est-à-dire en même temps que la déclaration prévue aux articles 125 et 127 AP. Dans l'intérêt de toutes les parties concernées comme dans celui des autorités pénales, il est souhaitable que les prétentions civiles soient chiffrées et motivées dès le début de la procédure préliminaire (al. 1 et 2). Toutefois, si l'on considère le fait que dans les affaires pénales, les circonstances exactes de l'infraction ne sont souvent élucidées qu'en cours de procédure et que les prétentions civiles ne peuvent généralement être déterminées avec précision d'entrée de cause, il s'impose que la partie plaignante puisse aussi bénéficier des débats pour motiver et chiffrer ses conclusions. Elle pourra encore le faire à l'occasion des plaidoiries (al. 4). L'alinéa 5 vise la partie plaignante qui n'est pas représentée par un conseil. Celle-ci pourra encore les motiver brièvement lors de son audition personnelle. Il faut relever à cet égard l'obligation faite au juge d'interroger la partie plaignante afin d'en apprendre tous les faits et allégations pertinents⁴⁰.

Traitement des conclusions civiles en général (art. 131 AP)

L'article 131 AP règle la compétence pour ce qui est du jugement et du traitement des conclusions civiles. Celle-ci est fondée uniquement sur la *compétence matérielle du tribunal pénal*. Par exemple, un juge unique compétent pour juger une affaire pénale statuera également sur les conclusions civiles sans être lié par un montant maximum, même si au civil une autre instance, par exemple un tribunal collégial, aurait été compétent pour connaître d'une telle demande⁴¹. Le tribunal pénal compétent à raison de la matière statue sur les conclusions civiles dans le cadre de la décision finale (al.1 ; art. 132 al. 1 AP).

L'alinéa 2 consacre le *droit d'être entendu du prévenu* contre lequel sont dirigées les conclusions civiles. Ce sont les autorités pénales qui décident à quel moment et de quelle manière celui-ci pourra se déterminer sur ces conclusions. En règle générale, le prévenu y répond dans le cadre des plaidoiries lors des débats. Ceci constitue également le dernier moment où peut s'exercer le droit d'être entendu. Comme il est fréquent que la partie plaignante ne motive et ne chiffre ses prétentions qu'au moment des débats (art. 130 al. 4 et 5AP) et avant la plaidoirie de la défense (voir l'art. 379 AP), ce sera régulièrement dans le cadre de cette dernière que le prévenu répondra aux conclusions civiles. Si ce dernier n'est pas assisté par un conseil, la direction de la procédure devra lui donner l'occasion de se déterminer sur ce point lors de son audition personnelle.

L'alinéa 3 règle l'acquiescement aux conclusions civiles ; cette déclaration devra être enregistrée au procès-verbal et reprise dans la décision mettant fin à la procédure.

Décision (art. 132 AP)

L'article 132 AP règle les *détails qui doivent être pris en considération au moment où le tribunal statue sur les conclusions civiles*. Si le tribunal reconnaît le prévenu coupable de l'infraction qui lui est reproché dans l'acte d'accusation, il juge aussi les conclusions civiles pendantes. Ce principe général souffre toutefois les exceptions énumérées aux alinéas 2 à 7 :

⁴⁰ A ce sujet, voir parmi d'autres Schmid 1997 N 245, 979, identique du point de vue de la procédure civile ; à propos de l'article correspondant du code de procédure zurichois (art. 55 CPP ZH), voir Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 55 N 1 ss. Obligation générale également prévue à l'art. 117 AP.

⁴¹ Autre solution : art. 17 al. 2 CPP SO ; art. 13 al. 2 et 372 al. 2 CPP VD.

- Si la partie civile néglige l'obligation qui lui est faite à l'article 130 AP de motiver et de chiffrer ses prétentions civiles, il se pose une fois de plus la question de savoir quelles doivent être les conséquences procédurales de cette omission. En soi, on pourrait envisager le rejet des conclusions entraînant la déchéance des droits. Toutefois, si l'on considère le caractère particulier de l'adhésion, laquelle n'est pas comparable en tous points avec un procès civil, il semble justifié de s'aligner sur les règles de l'article 128 AP régissant la renonciation à la plainte et celles de l'article 129 al. 5 AP concernant le retrait des conclusions civiles et d'atténuer quelque peu les conséquences de la *violation* par la partie plaignante de *ses obligations*. Aussi l'alinéa 2 stipule-t-il que la partie civile négligente est renvoyée à agir au civil et perd ses possibilités de recours.
- L'alinéa 3 dispose que si la procédure est classée, il n'y a plus lieu à jugement des conclusions civiles, ce qui est également le cas dans la procédure de l'ordonnance pénale⁴² ; dans l'hypothèse où le prévenu acquiescerait aux conclusions civiles, il conviendrait de procéder conformément à l'article 131 al. 3 AP. Cette proposition devrait correspondre à la solution adoptée par le droit procédural actuel⁴³.
- L'alinéa 4 règle le sort des *conclusions civiles en cas d'acquiescement*, question réglée de différentes façons ou alors carrément négligée par les lois de procédure pénale actuellement en vigueur. Selon de nombreux codes, le juge n'entre pas en matière sur les conclusions civiles en cas d'acquiescement⁴⁴, alors que d'autres n'excluent pas un jugement sur les conclusions civiles nonobstant l'acquiescement⁴⁵. L'alinéa 4 prévoit que si le prévenu est acquitté, les conclusions civiles ne seront jugées que si l'état de fait est liquide et s'il peut être statué sur les prétentions civiles sans demande additionnelle et sur la base des preuves réunies en cours de procédure – surtout en relation avec l'affaire pénale.
- Les alinéas 5 et 6 reprennent les règles figurant aux articles 9 al. 2 et 3 LAVI qui admettent une scission des débats ou alors une procédure dans laquelle le tribunal peut se limiter à adjuger l'action civile dans son principe et renvoyer la victime pour le reste devant les tribunaux civils. Pour simplifier, l'alinéa 6 prévoit, pour les cas où *la procédure est scindée* en deux phases, que la direction de la procédure, intervenant comme juge unique, statue sur les conclusions civiles au cours de la deuxième phase.
- Selon l'alinéa 7, le tribunal peut *renvoyer sur la voie civile les prétentions de lésés qui ne sont pas des victimes* si ces prétentions ne sont pas justifiées au moment du jugement compte tenu de l'état du dossier, ou si leur traitement alourdirait notablement ou prolongerait la procédure. On peut trouver étonnant que des prétentions qui n'ont pas été dûment établies puissent être renvoyées sur la voie civile alors qu'en vertu des règles de la procédure civile, cette hypothèse serait normalement sanctionnée par un rejet de la demande. Mais si l'on veut bien considérer que la procédure de l'adhésion ne représente pas un procès civil au plein sens du terme, il peut sembler trop sévère de rejeter purement et simplement une prétention civile

⁴² Si la procédure pénale des mineurs devait être intégrée dans cette loi, il y aurait lieu d'y étendre cette restriction.

⁴³ Voir notamment art. 310 al. 2 CPP BE ; art. 5^{bis} al. 2 CPP LU ; art. 48 al. 2 CPP UR ; art. 17 al. 1 CPP OW ; art. 28 al. 3 et 4 CPP NW ; art. 5 al. 2 CPP SH ; art. 165 al. 2 CPP AR ; art. 54 al. 2 CPP TG

⁴⁴ Voir notamment art. 210 PPF ; art. 165 CPM ; art. 9 al. 1 LAVI ; art. 310 CPP BE ; art. 5^{bis} al. 2 CPP LU ; art. 48 al. 2 CPP UR ; art. 17 al. 1 CPP OW ; art. 28 al. 3 CPP NW ; art. 17 al. 1 CPP SO ; art. 45 al. 2 CPP SH ; art. 131 al. 6 CPP GR ; art. 165 al. 2 CPP AR ; art. 54 al. 2 CPP TG. Sur le sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1607 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 16; Maurer 1999 436 ss. ; Oberholzer 1994 192 ss.

⁴⁵ Art. 57 al. 2 CPP AR ; art. 46 al. 1 CPP SG. Voir également art. 31 CPP NE ; art. 234 et 298 CPP JU. Doctrine partiellement pour ZH, voir Schmid 1997 N 845.

insuffisamment chiffrée et motivée par la partie plaignante et de causer ainsi la déchéance des droits éventuels de celle-ci. Dans de tels cas, les conclusions civiles seront donc liquidées par le renvoi à la voie civile. Ce renvoi devra aussi être admis lorsqu'il faudrait recueillir trop de preuves – au-delà de celles qui sont nécessaires pour statuer au pénal – pour permettre au juge de statuer correctement sur les conclusions civiles. Il ne sera cependant plus possible de renvoyer sans autre des prétentions civiles au seul motif qu'une ou deux preuves devraient encore être recueillies pour permettre de chiffrer ces prétentions ou parce que le tribunal souhaite éviter le travail d'argumentation supplémentaire que lui occasionnerait le fait de devoir rendre un jugement sur les conclusions civiles.

234 Le défenseur, le conseil et le représentant (chapitre 4, art. 133-144 AP)

Les parties à la procédure pénale sont avant tout le prévenu et la partie plaignante. En principe, elles peuvent agir seules, mais également se faire assister et, dans une certaine mesure, représenter par des tiers, singulièrement des avocats. A cet égard, il convient de distinguer différentes situations : le *défenseur* aide le prévenu à faire valoir ses intérêts mais ne peut pas le représenter en-dehors des aspects civils de la cause. Lorsqu'une personne impliquée dans une procédure à un autre titre que celui de prévenu fait appel à un tiers pour l'assister tant en matière pénale que civile, ce tiers sera qualifié de *conseil*. Comme pour la défense, le rôle du conseil est limité dans la mesure où il ne peut représenter son mandant que pour les aspects civils de la procédure, et non pas au pénal. En revanche, si le rôle du tiers se limite à aider la partie plaignante à faire valoir ses prétentions civiles, une représentation proprement dite est possible, comme dans un procès civil⁴⁶. Ces trois catégories (entre le conseil et le représentant, la distinction n'est pas toujours aisée) sont brièvement décrites à l'article 133 al. 1 AP. Il n'est pas nécessaire, en-dehors des dispositions générales des articles 133 al. 2 et suivants et 134 AP, de régler plus en détail le rôle du représentant et celui du conseil. En revanche, il convient de définir les règles qui régiront la défense (art. 135 à 142 AP) ainsi que les cas dans lesquels il y a lieu de désigner un conseil gratuit à la partie plaignante démunie ou de mettre celle-ci au bénéfice de l'assistance juridique gratuite (art. 143 AP).

234.1 Généralités (section 1, art. 133-134 AP)

Principes (art. 133)

Selon l'article 133 al. 1 AP, les parties peuvent, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, se faire assister d'un défenseur, d'un conseil ou d'un représentant à n'importe quel stade de la procédure. En ce qui concerne la défense, cette disposition consacre un principe fondamental de toute procédure pénale respectueuse de l'Etat de droit, principe garanti par des normes juridiques supérieures qui sont les articles 32 al. 2 cst., 6 ch. 3 CEDH et 14 al. 3 lit. b PIDCP. Conformément au droit procédural en vigueur en Suisse, *le recours à un avocat ou à un conseil n'est pas obligatoire*. Sous réserve de la défense obligatoire prévue à l'article 136 AP, les parties peuvent donc faire valoir elles-mêmes leurs droits procéduraux⁴⁷.

L'alinéa 2 attribue la *représentation des personnes morales à leurs organes*. Cette règle s'applique d'une part lorsqu'une personne morale intervient en qualité de partie plaignante, d'autre part lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure pénale en vertu du nouvel article 102 CP.

⁴⁶ Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 29 N 1 ss. ; Habscheid 1990 N 275, 298 ss. ; Vogel 1997 § 29 N 110 ss.

⁴⁷ Voir notamment Clerc 1975 N 103 ; Haefliger/Schürmann 1999 226 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 10 ss. ; Piquerez 2000 N 1257 s. avec des références aux exceptions prévues par l'art. 127 al. 1 CPM ; Villiger 1999 N 517 ss. ; sur la défense facultative, voir Graf 2000 38 ss.

Comme nous l'avons déjà indiqué à propos de l'article 121 AP, il y aura lieu, lors de la rédaction définitive du projet de loi, d'examiner encore les différents problèmes posés par l'introduction d'une responsabilité pénale des entreprises.

L'alinéa 3 offre aux parties la possibilité de se faire assister de *deux ou plusieurs personnes en tant que défenseurs, conseils et représentants*. Dans des affaires importantes et complexes, les parties peuvent avoir un intérêt légitime à recourir à plusieurs avocats différemment spécialisés et à les faire plaider devant le tribunal. Comme il y a un risque que cela fasse traîner les choses, cette possibilité ne sera accordée que si la procédure ne s'en trouve pas retardée de manière indue. Pour les mêmes raisons, la dernière phrase de ce troisième alinéa prévoit que la partie concernée devra désigner l'un des avocats comme représentant principal, lequel sera alors seul habilité à se voir notifier les mandats de comparution et autres actes.

L'alinéa 4 précise que les défenseurs, conseils et représentants peuvent dans la même procédure défendre les intérêts de plusieurs parties. Comme c'est déjà le cas actuellement, cette double représentation ne pourra intervenir que dans les limites de législation sur les avocats au sens le plus large⁴⁸ ; il est évident qu'il ne doit pas y avoir de conflits d'intérêt entre les prévenus⁴⁹.

Il se pose la question de savoir dans quelle mesure la défense, le *conseil et la représentation devant les autorités pénales doivent être réservés aux avocats autorisés*. Comme on l'a dit, l'obligation de se faire assister par un avocat était, à ce jour, pratiquement inconnue du droit procédural suisse. C'est ainsi que prévalait la règle selon laquelle la présence d'un avocat n'est pas nécessaire dans tous les cas⁵⁰, n'importe quelle personne jouissant de la capacité, de bonne réputation et digne de confiance pouvant donc assumer les fonctions de défenseur, conseil ou représentant. Cette règle souffrait toutefois certaines restrictions, notamment dans les cas où la loi prescrivait la défense obligatoire⁵¹. Conformément à la législation sur les avocats, la défense, le conseil et la représentation à titre professionnel restent en principe l'apanage des avocats⁵². L'alinéa 5 qui vise avant tout le conseil et la représentation dans le domaine des prétentions civiles, propose de renoncer comme par le passé à l'obligation de recourir à un avocat et, sous réserve de la législation ad hoc, de permettre aux parties de désigner comme conseils ou représentants n'importe quelle personne jouissant de la capacité, de bonne réputation et digne de confiance.

Eu égard à l'importance de l'enjeu, l'avant-projet suggère cependant à l'alinéa 6 de réserver la *défense* devant les autorités pénales aux avocats qui, *selon la législation sur les avocats, sont habilités à exercer cette profession en Suisse, respectivement dans le canton concerné*, et donc à représenter les parties devant les tribunaux. Sont essentiellement concernés les avocats qui sont habilités en vertu de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (loi sur les avocats, LLCA)⁵³ à représenter les parties devant les tribunaux ; il s'agira désormais d'avocats

⁴⁸ Déjà actuellement : art. 39 CPP FR en ce qui concerne la défense ; pour plus de détails, voir Piller/Pochon 1998 Art. 39.1 ss.

⁴⁹ Ce qui s'avère critique avant tout, c'est la défense unique de deux prévenus dans une même affaire ; voir ZR 98 (1999) N° 48, 51, avec d'autres références. Sur le problème de la représentation plurale, voir Hans Nater dans RSJ 95 (1999) 352.

⁵⁰ Voir l'art. 8 CPP ZH. Dans de nombreux cantons, cependant, la défense est partiellement réservée aux avocats : art. 49 CPP BE ; art. 33 al. 4 CPP LU ; art. 10 al. 2 CPP ZG ; art. 38 CPP FR ; art. 76a al. 3 CPP GR ; art. 61 al. 1 CPP AR ; art. 49 al. 5 CPP TI ; art. 99 CPP VD ; art. 49 ch. 4 CPP VS ; art. 29 al. 1 CPP GE ; art. 44 CPP JU. Voir également Piquerez 2000 N 1277 ss.

⁵¹ Voir par exemple l'art. 12 al. 1 CPP ZH. Dans le même sens : art. 31 CPP NW.

⁵² Voir parmi d'autres Vogel 1997 § 29 N 122 ss.

⁵³ RS 935.61 .

suisse inscrites dans un registre professionnel cantonal. Dans certaines limites, il pourra cependant aussi s'agir d'avocats de pays membres de la Communauté Européenne autorisés en vertu des articles 21 ss. de la loi sur les avocats à représenter des parties devant les tribunaux suisses⁵⁴. Il faut en outre savoir que les cantons conservent la possibilité de créer pour les avocats qui n'exercent que dans le canton concerné un brevet cantonal qui habilitera également les professionnels à défendre leurs clients devant les autorités pénales cantonales⁵⁵.

L'alinéa 6 prévoit cependant une *réserve en faveur du droit cantonal et fédéral*. Dans certains cas, les cantons préfèrent, d'une façon générale ou dans quelques domaines seulement – comme celui de la défense en matière de contraventions – admettre également des défenseurs qui ne sont pas avocat.

Droits généraux (art. 134 AP)

L'article 134 AP décrit de façon générale les droits des défenseurs, des conseils et des représentants. Comme c'est déjà le cas, ceux-ci doivent pouvoir exercer *tous les droits dont jouissent les parties et entreprendre pour celles-ci des actes de procédure*. Les parties peuvent donc, en principe, se faire représenter (al. 1). Font exception les actes de procédure qui, de par leur nature ou de par la loi, doivent être exercés et assumés par les parties personnellement. Ce sera par exemple le cas des auditions.

L'alinéa 2 concerne avant tout la *position du défenseur* : le prévenu ne peut pas se faire représenter dans la procédure pénale car le droit de répression de l'Etat et les actes de procédure y relatifs sont toujours dirigés personnellement contre lui. Le défenseur peut donc seulement intervenir aux côtés du prévenu, dans son intérêt et à titre de conseil, mais en aucun cas le représenter, du moins pour ce qui concerne ces aspects fondamentaux que sont la culpabilité et les sanctions. Autre conséquence de ce constat : le prévenu a tout loisir de formuler lui-même des demandes parallèles, parfois même divergentes, à celles de son défenseur. Le défenseur peut toutefois représenter le prévenu dans la mesure où la procédure porte sur des prétentions patrimoniales, c'est-à-dire lorsque des conclusions civiles sont formulées par adhésion⁵⁶.

L'alinéa 3 stipule ensuite, suivant en cela la doctrine et la jurisprudence⁵⁷, que les défenseurs, conseils et représentants *ne peuvent interjeter ou retirer des recours portant sur la question de la culpabilité et celle de la peine contre la volonté déclarée de la partie*. Mais cette restriction ne s'applique qu'aux recours portant sur la question de la culpabilité ou de la peine, dans la mesure où la partie a droit à ce que son point de vue soit pris en considération⁵⁸.

234.2 Le défenseur (section 2, art. 135-142 AP)

Le défenseur de choix (art 135 AP)

L'article 135 al. 1 AP répète le principe général de l'article 133 al. 1 AP selon lequel le prévenu a le droit, dans toutes procédures pénales et à n'importe quel stade de celles-ci, de se

⁵⁴ Voir les art. 21 ss. de la loi sur les avocats.

⁵⁵ Pour plus de détails sur ce point, voir Meier 2000 31 (« B-Patent » = « Brevet B »).

⁵⁶ A propos de la position particulière du défenseur, voir Clerc 1975 N 101 in fine.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 6 ss.; Oberholzer 1994 166 ss.; Piquerez 2000 N 1273 ss., 1298 ss.; Schmid 1997 N 478 ss.

⁵⁷ Voir Hauser/Schweri 1999 § 96 N 11; Maurer 1999 453; Oberholzer 1994 179; Piquerez 2000 N 1276; Schmid 1997 N 969. Sur la question de l'efficacité de la défense, voir Graf 2000 194 ss., 234 ss.

⁵⁸ Voir aussi ZR 70 (1971) N° 19.

défendre soi-même, ou alors de charger de sa défense un avocat. Comme cela est déjà précisé à l'article 133 al. 6, seules peuvent entrer en ligne de compte à ce titre des personnes qui y sont habilitées en vertu du droit fédéral ou cantonal. Lorsque le prévenu mandate lui-même un défenseur, on parle de *défenseur de choix ou de défenseur librement choisi*⁵⁹. A cet égard, il faut souligner notamment que le prévenu est totalement libre de son choix quant à la personne et qu'il peut changer de défenseur quand bon lui semble. *Le prévenu supporte lui-même les frais de la défense de choix*. L'exercice de la défense de choix implique une procuration écrite ou une déclaration du prévenu portée au procès-verbal (al. 2).

La défense obligatoire (art. 136 AP)

En dérogation au principe de la défense facultative énoncé ci-dessus, l'article 136 AP prescrit la défense obligatoire. Il s'agit des cas dans lesquels le prévenu doit systématiquement être assisté par un avocat autorisé, au besoin contre sa volonté. Cette obligation de recourir à un défenseur professionnel correspond, à quelques nuances près, à la réglementation en vigueur dans les codes de procédure pénale en vigueur en Suisse⁶⁰.

Exprimé d'une façon générale, ce sont la *gravité des faits qui lui sont reprochés ou la situation particulière de la procédure* dans laquelle il est impliqué qui fondent la nécessité d'accorder au prévenu une protection spéciale.

- La lettre a mentionne tout d'abord la *détention préventive*. Selon la proposition de l'avant-projet, la défense doit être obligatoire dès lors que la privation de liberté a duré cinq jours. Il convient de souligner à cet égard que dans les droits cantonaux, la durée de la détention préventive qui rend la défense obligatoire est extrêmement variable. Alors qu'au Tessin, par exemple, le prévenu doit avoir un défenseur sitôt qu'une mesure de détention préventive est prise à son encontre⁶¹, d'autres cantons prévoient un délai de cinq jours. Dans d'autres cantons encore, la défense ne devient obligatoire qu'après un mois de détention préventive⁶². Compte tenu de la situation particulière dans laquelle se trouve le prévenu au moment où sa mise en détention est ordonnée, on peut se demander s'il n'y a pas lieu de prescrire la défense obligatoire dès cet instant. Cette dernière pourrait notamment servir à modérer quelque peu la prise de mesures de contrainte⁶³. Toutefois, si l'on se réfère à la réglementation actuellement en vigueur et si l'on garde présent à l'esprit le fait que la détention préventive ne dure souvent que quelques jours, il semble judicieux de prescrire la défense obligatoire au terme d'une *détention de cinq jours*. L'avant-projet propose une *variante prolongeant ce délai à dix jours*.
- La lettre b prescrit également la défense obligatoire dès lors qu'une *peine privative de liberté de plus d'un an ou une mesure privative de liberté* est requise ou envisagée⁶⁴. Dès lors, la défense sera obligatoire dans les cas où l'hospitalisation en vue d'un traitement

⁵⁹ Voir « De 29 à l'unité », p. 86. En ce qui concerne le droit à un défenseur de choix, voir ZR 99 (2000) N°41.

⁶⁰ Voir « De 29 à l'unité », p. 87 ; par ailleurs : Aeschlimann 1997 N 519 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995, Art. 104 N1 ss. ; Clerc 1975 N 102, 104 ; Graf 2000 42 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 10 ss.; Maurer 1999 118 ss.; Oberholzer 1994 168 ss. ; Padrutt 1996 Art. 76a N 2 ; Piller/Pochon 1998 Art. 35.1 ss.) ; Piquerez 2000 N 1259 ss.; Poncet 1978 al. 3 ad art 29 ; Schmid 1997 N 484 ss.

⁶¹ Art. 9 al. 3 const. cant. et art. 49 al, 2 CPP TI ; à ce sujet, voir Salvioni 1999 123 ss.

⁶² Voir « De 29 à l'unité », p. 87.

⁶³ Mettler (2000 28 ss.) voit en effet dans la défense obligatoire immédiate le moyen de réfréner la mise en détention préventive, trop fréquente selon lui.

⁶⁴ Sur les différents régimes en vigueur et dans lesquels cette durée oscille entre six et dix-huit mois, voir « De 29 à l'unité », p. 87.

(nouv. art. 59 CP) ou de la désintoxication de personnes dépendantes de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments (nouv. art. 60 CP), une mesure concernant un jeune adulte (nouv. art. 61 CP) ou la garde (nouv. art. 64 CP) est ordonnée ou entre en ligne de compte.

- La lettre c prévoit la défense obligatoire dans les cas où le prévenu *n'avait pas encore dix-huit ans* à l'époque des faits. Selon cette même disposition, la défense sera également obligatoire lorsqu'en raison de son *état physique ou psychique* ou pour d'autres motifs (p.ex. une langue maternelle étrangère), le prévenu doit être assisté d'un défenseur professionnel. Pourtant, dans de tels cas, la défense du prévenu n'est obligatoire que lorsque son représentant légal – par exemple le tuteur - ne peut pas l'assister de façon convenable.
- La lettre d reprend une règle déjà prévue par certaines lois de procédure cantonales⁶⁵. *Lorsque le ministère public soutient personnellement l'accusation* devant le tribunal de première instance ou la cour d'appel, le prévenu devra impérativement être assisté d'un défenseur afin de préserver l'égalité des armes. Une telle situation devrait être assez rare dans la mesure où la défense est déjà obligatoire dans les cas où le ministère public est tenu de représenter lui-même l'accusation (peine privative de plus d'un an ou mesure privative de liberté, art. 369 al 3 AP). Ainsi, la disposition de la lettre d ne devrait trouver application que dans les cas où le ministère public souhaite intervenir personnellement (bien qu'il n'y soit pas obligé) en application de l'article 369 al. 1 ou lorsqu'il y est invité par la direction de la procédure.

Mise en œuvre de la défense obligatoire (art. 137 AP)

L'article 137 AP garantit la mise en œuvre de la défense obligatoire. Selon l'alinéa 1, la direction de la procédure (en règle générale, il s'agira du ministère public) s'assure que le prévenu soit assisté d'un défenseur sitôt que l'une des conditions de la défense obligatoire énumérées à l'article 136 AP sont remplies. Concrètement, l'alinéa 2 dispose que la défense doit être mise en œuvre après le premier interrogatoire par le ministère public, mais en tous les cas avant le début de l'enquête ouverte dans le cadre de la procédure préliminaire, et notamment avant que ne commence l'administration des preuves. Cette règle figure déjà dans plusieurs codes de procédure cantonaux⁶⁶.

L'alinéa 3 répond à la question – importante en pratique mais qui n'a pour ainsi dire pas été traitée expressément à ce jour – de savoir *si les preuves administrées alors qu'aucune défense n'est encore assurée bien que la nécessité de celle-ci soit reconnaissable, sont valables*⁶⁷. Les règles proposées font la distinction entre plusieurs situations. Il faut d'abord envisager le cas dans lequel des preuves sont administrées en l'absence d'un défenseur alors que la nécessité d'une défense est reconnaissable ; par exemple, dans le cadre d'une procédure préliminaire ouverte pour homicide intentionnel, des témoins sont entendus avant qu'un défenseur ait été constitué. Les preuves en question seront inutilisables, c'est-à-dire que l'audition des témoins devra être répétée en présence du défenseur, à moins que le prévenu y renonce. Mais le caractère

⁶⁵ Par exemple : art. 50 ch. 2 lit. c CPP BE ; art. 12 al. 2 CPP OW ; art. 35 lit. a CPP FR ; art. 9 al.1 lit a CPP SO ; art.61 al. 1 ch. 3 CPP AR; art. 32 al. 1 lit. d CPP AI ; art. 59 al. 2 CPP AG ; art. 104 al. 2 CPP VD ; art. 45 ch. 3 lit. c CPP JU.

⁶⁶ Voir notamment art. 13 CPP ZH ; art. 50 ch. 3 CPP BE ; art. 32 al. 2 AI (« avant l'audition des principaux témoins »); à ce sujet, voir Schmid 1997 N 491 ; voir également Hauser/Schweri 1999 § 40 N 6 ss.; Maurer 1999 118. Les art. 14 al. 1 CPP BS, 61 al. 2 CPP AR et 48 CPP SH exigent la mise en place de la défense obligatoire « aussitôt » que l'un des motifs qui la justifient apparaît réalisé.

⁶⁷ Voir p.ex. art. 54 al. 1 CPP NE.

obligatoire de la défense peut aussi se manifester après coup. On peut en effet imaginer qu'une instruction préliminaire soit ouverte contre un individu auquel on reproche des vols de peu d'importance et qu'il s'avère, ensuite seulement, que ce dernier est également soupçonné d'avoir commis un meurtre. Dans un tel cas, les preuves administrées au cours de la première phase restent valables, car il n'était pas reconnaissable à ce moment-là que la défense serait obligatoire.

Cas de défense d'office (art. 138 AP)

L'article 138 AP régit *la défense d'office*, c'est-à-dire les conditions auxquelles l'Etat commet un défenseur d'office et indemnise celui-ci⁶⁸.

Un défenseur d'office est désigné surtout lorsque, dans un cas de défense obligatoire, le prévenu n'a *pas commis lui-même un défenseur de choix* au sens de l'article 135 AP (al. 1 lit a), lorsque le mandat prend fin pour un motif quelconque ou lorsque le prévenu décide lui-même de changer de défenseur (al. 1 lit b).

L'alinéa 2 consacre la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'ancien article 4 de la constitution permettait de déduire directement un droit à une défense gratuite lorsqu'il ne s'agissait pas d'un cas mineur mais qu'au contraire, la situation de fait et de droit présentait des difficultés que le prévenu n'était pas en mesure de maîtriser⁶⁹. Selon l'article 6 al. 3 lit c CEDH, le prévenu a le droit d'être assisté gratuitement *lorsque cela s'avère nécessaire dans l'intérêt de la justice*. La doctrine et la jurisprudence relatives à cette disposition exigent, au-delà de l'intérêt de la justice, que le prévenu soit démuné. On peut partir du principe que les conditions que le Tribunal fédéral a déduites de l'ancien article 4 de la constitution sont compatibles avec la CEDH⁷⁰. Il convient ensuite de citer le nouvel article 29 al. 3 deuxième phrase est. qui garantit le droit à l'assistance gratuite d'un conseil lorsque cela est nécessaire pour préserver les droits d'une partie.

Les lettres a et b de l'alinéa 3 précisent la portée de ces droits :

- Selon la lettre a, il ne doit *pas s'agir d'une affaire mineure*, condition qui est remplie dans tous les cas si une peine privative de liberté de plus de quatre mois⁷¹ ou – dans la perspective du nouveau système de sanction mis en place par la partie générale du code pénal – une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou un travail d'intérêt général de plus de 120 heures sont envisagés. Les règles prévues aux alinéas 2 et 3 permettent désormais de ne plus qualifier d'affaire mineure un cas sanctionné par une peine légère.

⁶⁸ Voir Aeschlimann 1997 N 528 ss. ; Clerc 1975 N 104 ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 13 ss.; Maurer 1999 120 ss.; Oberholzer 1994 170 ss. ; Piquerez 2000 N 1280 ss.; Schmid 1997 N 487 ss.

⁶⁹ Voir les ATF 120 Ia 43, 45 et 117 Ia 279 ; voir par ailleurs Aeschlimann 1997 N 545. ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 16; Maurer 1999 121; Oberholzer 1994 171 ; Piquerez 2000 N 1282; Schmid 1997 N 488.

⁷⁰ Voir Haefliger/Schürmann 1999 229 ss. ; Villiger 1999 N 519 ss.

⁷¹ Dans la jurisprudence actuelle, la limite critique en matière de peines privatives de liberté a été située entre trois et cinq mois : ATF 115 Ia 103 (quatre délits contestés et la menace d'une peine de prison de trois mois fermes) ; ZR 85 (1986) N° 4 ; décision de la Cour eur. DH publiée dans JAAC 55 (1991) N° 52 p. 425 ss. = Pr. 81 (1992) N° 70 = RJB 128 (1992) 732. Condition jugée satisfaite dans le jugement de première instance prononçant une peine de cinq mois, RKG (= *rapport d'activités de la cour de cassation zurichoise - NDT*) 1995 22 N° 10. A propos du cas de la défense en matière de *contraventions*, voir RJB 132 (1996) 620 = RS.1999 N§ 564 ; JAAC 61 (1997) N° 118.

- La lettre b exige *en plus* des conditions énumérées sous lettre a, que le cas présente des difficultés réelles, du point de vue des faits ou du droit, que le prévenu seul ne pourrait surmonter.

Désignation du défenseur d'office (art. 139 AP)

L'article 139 AP règle les modalités de la nomination du défenseur d'office. L'avant-projet propose à l'alinéa 1 que la désignation d'un avocat d'office au cours de la procédure préliminaire – c'est le plus souvent à ce moment qu'elle intervient – ne soit pas confiée au ministère public qui, à ce stade, dirige la procédure, mais plutôt à la direction de la procédure du tribunal des mesures de contrainte. Il s'agit d'éviter ainsi que le ministère public soit soupçonné de désigner un défenseur qui lui est agréable.

Lorsque l'affaire est *pendante devant un tribunal*, c'est celui-ci qui désigne le défenseur d'office (al. 2).

Selon l'alinéa 3, la défense d'office ne doit être confiée, en règle générale, qu'à des avocats autorisés et établis en Suisse, c'est-à-dire des personnes qui, selon l'article 4 ou l'article 30 de la loi sur les avocats, sont inscrites dans un registre cantonal des avocats et sont tenues, en vertu de l'article 12 lit. g de cette loi, d'accepter de tels mandats. Mais ces derniers peuvent aussi être confiés à des avocats qui sont autorisés par le droit cantonal à exercer dans le canton où se déroule la procédure. Certes, comme nous l'avons signalé plus haut (voir ch. 234.1), des avocats étrangers pourront à l'avenir pratiquer en Suisse et y assumer des mandats de choix. Comme l'activité de défenseur au pénal exige de l'avocat une grande maîtrise de la procédure et de la jurisprudence suisses ainsi qu'une bonne connaissance des particularités locales, et que par ailleurs le fait de confier des mandats d'office à des avocats exerçant principalement à l'étranger suppose pour l'Etat des frais sensiblement plus importants, il paraît justifié de prévoir que seuls des avocats pratiquant en Suisse entrent en ligne de compte comme défenseurs d'office. Cela signifie que les avocats en provenance d'Etats de la Communauté Européenne qui exerceront en Suisse en vertu des articles 21 et suivants de la loi sur les avocats et au titre de la libre circulation des services, ou ceux qui pratiqueront en Suisse de façon permanente en vertu des articles 27 et suivants de cette même loi, ne se verront pas attribuer des nominations d'office. Ajoutons qu'en application des articles 25 et 27 al. 2 LLCA, ces avocats ne peuvent être tenus d'assumer des défenses d'office en Suisse. Il faut encore préciser que le principe énoncé à l'alinéa 3 peut souffrir des dérogations dans certains cas très particuliers. Supposons par exemple qu'un avocat étranger ait accompagné une partie tout au long d'une affaire complexe en qualité de défenseur de choix mais que, faute de moyens, son client se voie contraint de faire appel à la défense d'office pour la dernière phase de la procédure, il serait peu judicieux et contraire au principe d'économie de la procédure de ne pas désigner cet avocat comme défenseur d'office.

Selon la doctrine et la jurisprudence, le prévenu ne dispose pas d'un droit qui lui permettrait d'exiger de choisir librement l'avocat commis d'office à sa défense et d'être consulté à ce sujet⁷². L'alinéa 4 reprend cependant une règle, ou du moins une pratique, largement répandue en Suisse selon laquelle la nomination du défenseur d'office *tient compte, dans la mesure du possible, des souhaits du prévenu*⁷³.

⁷² Voir ATF 113 Ia 70 ; voir également Haefliger/Schürmann 1999 232 ; Villiger 1999 N 519.

⁷³ Par exemple : art. 13 al. 2 CPP ZH ; art. 51 al. 5 CPP BE ; art. 34 al. 5 CPP LU ; art. 56 al. 1 CPP UR ; art. 37 al. 2 CPP FR ; art. 11 al. 3 CPP SO ; art. 16 al. 4 CPP BS ; art. 18 al. 2 CPP BL ; art. 49 al. 1 CPP SH ; art. 102 al. 1 CPP GR ; art. 61 al. 2 CPP AG ; art. 49 ch. 3 in fine CPP VS.

Révocation et changement de l'avocat d'office (art. 140 AP)

L'article 140 AP détermine la durée et la fin du mandat du défenseur d'office ; normalement, celui-ci dure jusqu'à la *clôture définitive de la procédure* (al. 1).

Si le motif qui est à l'origine de la défense d'office disparaît, la direction de la procédure de l'autorité pénale devant laquelle la cause est pendante à ce moment-là révoque le mandat (al. 2). Si la défense d'office a été ordonnée en vertu de l'article 136 lit a AP, c'est-à-dire parce que la détention préventive a duré plus de cinq jours (variante : dix jours), elle prend fin au moment où le prévenu est remis en liberté et si aucun autre motif ne la justifie.

L'alinéa 3 régit une question importante en pratique mais qui n'a pratiquement pas été traitée expressément dans la législation en vigueur : celle du changement de l'avocat d'office. L'avant-projet propose qu'un tel changement soit possible lorsque la relation de confiance avec le prévenu est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons. Cette solution va plus loin que la jurisprudence actuelle, notamment celle du Tribunal fédéral⁷⁴.

Indemnisation du défenseur d'office (141 AP)

L'article 141 AP énumère les règles régissant l'indemnisation du défenseur d'office. Dans certains cantons, les avocats sont tenus d'assurer les mandats d'office à un tarif inférieur au montant normal de leurs honoraires⁷⁵ ; d'autres cantons rémunèrent les avocats au tarif habituel de la profession⁷⁶. De bonnes raisons plaident pour l'un et l'autre mode d'indemnisation. Afin de garantir au prévenu assisté d'un défenseur d'office une défense équivalente à tous égards à celle d'un défenseur de choix, l'indemnité allouée à l'un et à l'autre est en principe identique, la Confédération et les cantons ayant toutefois la possibilité de déroger à cette règle. C'est pourquoi l'avant-projet dispose que *si la Confédération et les cantons n'en ont pas disposé autrement dans leur loi d'introduction, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats applicable au for du procès* (al. 1).

Comme nous l'avons déjà précisé plus haut (voir ch. 234.2 ad. art 138 AP), l'indemnité est payée par *l'Etat, c'est-à-dire par le canton en charge de la procédure ou par la Confédération* ; cela n'empêche pas cependant que le remboursement de ces frais soit ultérieurement réclamé au prévenu (voir art. 494 AP). L'alinéa 2 précise que le défenseur d'office doit se satisfaire de l'indemnité versée par l'Etat et n'est pas autorisé à exiger d'autres dédommagements⁷⁷.

L'alinéa 3 attribue *la compétence de fixer l'indemnité* à la direction de la procédure de l'instance qui était en charge du dossier à la clôture de la procédure.

⁷⁴ Celle-ci n'autorise un changement que lorsque cela semble justifié par des motifs objectifs ; voir ATF 116 Ia 105, 114 Ia 101 ; Pra. 78 (1989) N° 261 ; avec d'autres références Aeschlimann 1997 N 550 ; Maurer 1999 122 ; Oberholzer 1994 175 ; Padrutt 1996 Art. 76a N 2.8 ; Piquerez 2000 N 1287 ; Schmid 1997 N 490.

⁷⁵ Voir par exemple art. 52 CPP BE. Tarif des honoraires selon une ordonnance des autorités ou à la discrétion des tribunaux : art 34 al. 6 CPP LU ; art. 58 CPP UR ; art. 20 al. 1 CPP GL ; art. 12 al. 3 SO ; art. 17 CPP BS ; art. 21 CPP BL ; art. 50 CPP SH ; art. 64 CPP AR ; art. 33 al. 3 CPP AI ; art. 110 CPP VD. D'une façon générale voir Aeschlimann 1997 N 538 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 110 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 14 ss. ; Maurer 1999 122 s. ; Oberholzer 1994 176 s. ; Piquerez 2000 N 1291 ss. ; Schmid 1997 N 492.

⁷⁶ Art. 12 al. 2 CPP ZH ; art. 13 al. 2 CPP OW ; art. 61 al. 3 CPP AG ; art. 52 al. 2 CPP TG ; art. 46 al. 2 CPP JU.

⁷⁷ Sur les limites de cette règle, voir ZR 99 (2000) N° 49.

L'alinéa 4 ménage au défenseur d'office la possibilité de *recourir* contre la décision fixant l'indemnité ; à noter que, en vertu des lettres a et b, l'instance de recours est cantonale ou fédérale en fonction de l'autorité qui a rendu la décision d'indemnisation.

Position du défenseur (art. 142 AP)

L'article 142 décrit les principales tâches du défenseur telles qu'elles résultent du rôle actuel de l'avocat. Le défenseur est, certes, un auxiliaire de la justice et un serviteur du droit ; mais face aux autorités pénales, il n'agit *que dans l'intérêt du prévenu*⁷⁸. L'alinéa 1 précise donc que le défenseur, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, est uniquement obligé par les intérêts de celui-ci.

L'alinéa 2 part du principe que le défenseur ne doit pas être *libre* uniquement à l'égard de l'Etat et des intérêts qui lui sont propres, mais également *envers le prévenu*. Il doit faire tout ce qui, en son âme et conscience, est susceptible d'influencer positivement la situation du prévenu. De ce constat, il résulte que le défenseur doit élaborer lui-même sa stratégie. Ce faisant, il tiendra compte des souhaits du prévenu, sans y être toutefois tenu⁷⁹. La restriction de l'art. 134 al. 3 reste réservée.

234.3 Assistance d'un conseil gratuite et assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante (section 3, art. 143-144 AP)

L'article 29 al. 3 de la nouvelle constitution fédérale accorde expressément à la partie qui ne dispose pas de ressources suffisantes le droit d'obtenir de l'Etat l'assistance judiciaire gratuite et l'assistance gratuite d'un défenseur⁸⁰. Le droit du prévenu à l'assistance judiciaire gratuite est défini aux articles 138 et suivants déjà passés en revue ci-dessus. La présente section règle le cas de la partie plaignante qui a besoin de l'assistance judiciaire gratuite et d'un défenseur gratuit pour faire valoir ses prétentions civiles.

Assistance d'un conseil gratuite (art. 143 AP)

L'article 143 al. 1 AP fixe les *conditions* qui doivent être remplies pour que la partie plaignante puisse bénéficier de l'assistance gratuite d'un conseil, celui-ci étant indemnisé par l'Etat. D'accord avec la doctrine et la jurisprudence⁸¹, il faut en premier lieu que la partie plaignante ne dispose pas des moyens nécessaires pour mandater et rémunérer elle-même un représentant⁸². Ensuite, la nomination d'un conseil gratuit suppose que la partie plaignante ait besoin de l'assistance d'un conseil pour faire valoir efficacement ses droits. Cette condition est remplie dès lors que se posent des problèmes complexes de faits ou de droit. Il faudra également tenir

⁷⁸ A ce sujet, voir Clerc 1975 N 101; Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 87 N 12 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 226 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 22 ss.; Oberholzer 1994 177 ss. ; Piquerez 2000 N 1263 ss., 1302s.; Schmid 1997 N 493 ss.

⁷⁹ Voir à ce sujet ATF 116 Ia 102 ; ZR 78 (1979) N° 110 ; RSJ 56 (1960) p. 261. L'indépendance de l'avocat est désormais garantie par l'article 12 lit a de la loi sur la profession d'avocat.

⁸⁰ Précédemment, le Tribunal fédéral déduisait ce droit de l'ancien article 4 de la constitution. Voir ATF 116 Ia 459 ; 124 I 1 ; 123 I 145 ; 120 Ia 217. Aeschlimann 1997 N 581 ss. ; Forster 1992 457 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 19; Maurer 1999 133 s. ; Georg Müller dans son Commentaire de la constitution 1995, art. 4 N 123 ss. ; Oberholzer 1994 194 s. ; Piquerez 2000 N 1330; Schmid 1997 N 520.

⁸¹ Voir parmi d'autres, avec d'autres références, Georg Müller, Commentaire de la constitution 1995, art. 4 N 125 ss.

⁸² Pour ce qui est des critères à appliquer, voir ATF 106 Ia 82 ; 108 Ia 8 ; 109 Ia ; 118 Ia 369 ; 119 Ia 11 ; voir également ZR 99 (2000) N° 35 ;

compte d'autres circonstances telles que l'importance de l'affaire, les connaissances juridique de la partie, etc.⁸³ Outre cela, il faut encore que les conclusions civiles ne paraissent pas dépourvues de chances de succès⁸⁴. Ces conditions figurent désormais *expressis verbis* dans le nouvel article 29 al. 3 cst. La référence aux conclusions civiles indique clairement que l'assistance d'un conseil gratuite n'est accordée que lorsque la partie plaignante fait valoir des prétentions civiles dans un procès pénal ; cela n'exclut évidemment pas que le conseil intervient également sur les aspects pénaux (ce que ne pourrait pas faire un simple représentant).

L'alinéa 2 fait référence aux éventuelles *avances de frais demandées aux parties*, que l'avant-projet ne prévoit d'ailleurs que dans des cas relativement rares et surtout dans le cadre d'actes de procédure liés à des délits poursuivis sur plainte ou lorsqu'il s'agit de faire valoir des prétentions civiles (voir par exemple les articles 192 al. 3 ou 344 al. 3 AP). Lorsque la partie plaignante doit fournir des avances de frais, la direction de la procédure peut l'en dispenser aux conditions de l'alinéa 1, pour autant que ses conclusions civiles ne paraissent pas dépourvues de chances de succès.

Autorités compétentes et mise à charge des frais (art. 144 AP)

Pour ce qui est de la désignation du conseil gratuit, de sa révocation, de son remplacement et de son indemnisation, l'art 144 AP renvoie aux articles 139 à 141 AP. Il s'ensuit que le conseil gratuit est généralement désigné par la direction de la procédure du tribunal des mesures de contrainte (art. 139 al. 1. Quant à son indemnisation, elle est en principe déterminée sur la base du tarif des avocats (art. 141 al. 1 AP).

L'alinéa 2 précise que la mise à la charge de l'Etat des frais du conseil gratuit et de l'assistance judiciaire gratuite *n'est pas définitive*. Comme c'est assez généralement le cas selon les lois de procédure en vigueur⁸⁵, le juge statue sur les frais relatifs au conseil gratuit et à l'assistance judiciaire gratuite dans le cadre de la décision finale (voir art. 493 al. 2 et 494 al.3 AP). Selon les circonstances, ces frais peuvent être mis à la charge du prévenu, ou alors à celle de la partie plaignante.

L'alinéa 3 fait référence au cas où la partie plaignante se voit allouer, en vertu des articles 503 ou 505 al. 2 AP, *des indemnités de procédure mises à la charge du prévenu*. Ces indemnités sont réputées cédées à la Confédération ou aux cantons dans la même mesure où ceux-ci ont pris en charge les frais de l'assistance judiciaire gratuite ou les frais occasionnés par l'assistance d'un conseil gratuite.

⁸³ ATF 104 Ia 72 ; 115 Ia 105 ; 117 Ia 279 ; voir également Georg Müller, Commentaire de la constitution Art. 4 N 126 ; Forster 1992 460 s.

⁸⁴ Voir notamment ATF 109 Ia 13 ; 114 Ia 101.

⁸⁵ Voir par exemple art. 188 al. 1 CPP ZH ; art 270 et 275 CPP LU ; art. 98 al. 2 CPP NE ; art. 98 ss. CPP GE.

24 Moyens de preuve (titre 4)

Le quatrième titre de l'avant-projet passe en revue les différents moyens de preuve¹. *Les parties au procès pénal peuvent mettre en œuvre ces moyens afin de convaincre les autorités, notamment les tribunaux, de l'existence d'un fait pertinent*². Comme il est habituel en doctrine³ et dans les lois de procédure, l'avant-projet envisage tout d'abord la preuve personnelle. Celle-ci repose essentiellement sur les déclarations de l'inculpé, des témoins, des personnes entendues à titre de renseignement et des experts. Ensuite est examinée la preuve matérielle. Il s'agit de tout objet, lieu, situation ou événement qui, en raison de leur perceptibilité par les sens, sont susceptibles de constituer une preuve. Le premier chapitre de cette quatrième partie passe en revue les principes généraux applicables à l'administration des preuves, le sort des preuves obtenues illégalement, les dispositions communes régissant les auditions, les confrontations, les droits de participation des parties et les mesures de protection des témoins, etc.

241 Les preuves et leur administration (chapitre 1, art. 145-165 AP)

241.1 Règles générales de l'administration des preuves (section 1, art. 145-147 AP)

Principe (art. 145 AP)

Le droit de la preuve et l'article 145 AP sont dominés par une conception qui prévaut de nos jours et selon laquelle il ne saurait y avoir un *numerus clausus des moyens de preuve*. Cette conception résulte en premier lieu du principe de la recherche de la vérité matérielle énoncé à l'article 6 AP qui fait obligation aux autorités pénales de rechercher d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et du prévenu. Par ailleurs, il faut déduire de la maxime de libre appréciation des preuves, exprimée à l'article 11 al. 1 AP que, dans les limites de la loi, tous les moyens de preuve imaginables doivent pouvoir être mis en œuvre, même s'ils ne sont pas – ou pas encore – expressément prévus par les lois de procédure. Cette disposition permet à la procédure pénale d'accueillir également des moyens de preuve nouvellement mis au point par la science ou la criminologie sans qu'il soit nécessaire de compléter la loi⁴.

Moyens de preuve inutiles, impropres et inaccessibles (art. 146 AP)

L'article 146 AP dispense les autorités pénales d'administrer des preuves sur des faits notoires⁵, comme par exemple le fait que telle commune se trouve dans tel canton. De même, on renoncera à l'administration de la preuve lorsqu'un fait, s'il n'est pas notoire, est cependant connu de l'autorité pénale (fait de notoriété judiciaire), comme par exemple le fait que la société X SA est en faillite. Enfin, il y a lieu de dispenser les autorités pénales d'administrer la preuve d'un fait déjà suffisamment prouvé (al. 1).

¹ « *Hauptsächlichste Beweismittel* » chez Aeschlimann 1997 N 831.

² A propos de la notion de preuve, voir Aeschlimann 1997 N 823 ss ; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 1 ss.; Maurer 1999 34 s.; Oberholzer 1994 255 ss. ; Piquerez 2000 N 1859 ss. ; Schmid 1997 N 593 ss.

³ Voir par exemple Clerc 1975 N 149 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 19 s.; Oberholzer 1994 255 ss. ; Piquerez 2000 N 1876 ss., 1887; Schmid 1997 N 600.

⁴ Voir Aeschlimann 1997 N 824; Clerc 1975 N 142.; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 3 ss.; Oberholzer 1994 255; Padrutt 1996 Art. 76 N 3.1. ; Piller/Pochon 1998 Art 73.1. ss. ; Piquerez 2000 N 1876 ss., 1887 ; Schmid 1997 N 600.

⁵ A propos de ces situations, voir Aeschlimann 1997 N 827 ss.; Clerc 1975 N 138 n° 3; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 21 ss; Maurer 1999 183 s. ; Oberholzer 1994 144 s; Poncet 1978 58 ; Schmid 1997 N 599.

En vertu de l'alinéa 2, les autorités pénales ne mettent pas en œuvre les moyens de preuve qui sont manifestement inutiles ou impropres à l'établissement d'un fait. Tel sera par exemple le cas lorsque le témoin cité à comparaître n'est pas en mesure de faire une déclaration utile sur le déroulement des faits ou lorsqu'un expert a été appelé à se prononcer sur une question de droit relevant de la seule compétence du juge. De même, on pourra renoncer à administrer une preuve inaccessible ; concrètement, cela signifie qu'une procédure peut être close par une décision finale par exemple lorsqu'un témoin qui aurait de toute évidence des déclarations essentielles à faire a disparu ; à cet égard, il se pose encore la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu, dans un tel cas, de suspendre la procédure en application de l'article 345 AP.

Méthodes interdites d'administration des preuves (art. 147 AP)

L'article 147 al. 1 AP rappelle le principe du respect de la dignité humaine déjà énoncé à l'article 3 AP, dont l'alinéa 3 prohibe formellement les méthodes d'enquête qui lèsent la dignité humaine. A l'exception des mesures de contrainte légales, tout recours à la force physique ou psychique est interdit dans l'administration des preuves. Sont également prohibées les méthodes susceptibles de réduire la faculté de penser et le libre arbitre des personnes concernées – par exemple en leur administrant de l'alcool ou des stupéfiants – ou la narcoanalyse. Ne sont pas davantage admis les dispositifs tels que le « détecteur de mensonges »⁶.

Selon l'alinéa 2, de telles interventions sont *inadmissibles même lorsqu'elles doivent servir à disculper le prévenu et que ce dernier en a lui-même demandé la mise en œuvre*. D'une part, les résultats de ces méthodes d'instruction ne sont pas au-dessus de tout soupçon ; d'autre part, le caractère facultatif de telles méthodes exercerait indirectement une contrainte sur le prévenu dans la mesure où un refus de sa part conforterait les soupçons de culpabilité des enquêteurs. Toute preuve obtenue par l'un des moyens de contrainte proscrits dans cette disposition ne sera pas admise en vertu de l'article 148 AP.

241.2 Moyens de preuve obtenus illégalement (section 2, art. 148-150 AP)

Les conséquences de la violation des règles sur l'administration des preuves constituent un vaste sujet qui n'est pas suffisamment, voire pas du tout pris en considération dans les lois actuellement en vigueur et qui, régulièrement, occupe beaucoup la doctrine⁷ et la jurisprudence. La création d'un code de procédure pénale fédéral sera l'occasion d'ancrer dans la loi un certain nombre de principes. Cette matière éminemment délicate, aux multiples aspects, se saurait évidemment trouver ici une réglementation détaillée, de sorte que certains

⁶ A ce sujet et à propos de ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 195; Clerc 1975 N 143; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 22 § 59 N 6; Maurer 1999 35 s.; Piquerez 2000 N 1888 ss; Schmid 1997 N 626. ATF 118 Ia 31; RSJ 67 (1971) 114.

- Récemment, toutefois, le problème du *détecteur de mensonge (polygraphe)* est envisagé de façon nuancée. Selon un arrêt non publié du 23.9.1998 rendu dans une cause A.P., de telles méthodes ne sont pas douteuses en soi ; mais elles ne doivent être utilisées que si elles servent à décharger un prévenu et avec le consentement de ce dernier. Voir à ce sujet Tages-Anzeiger N° 23 du 29.1.1999, p. 2. – En Allemagne, il n'existe pas de droit constitutionnel à l'administration d'une telle preuve, voir EuGRZ 25 (1998) 351. L'utilisation du détecteur de mensonge est contestée par certains non pas tant pour des considérations liées aux droits de l'homme mais à cause de l'inadéquation de la méthode ; voir « Kriminalistik » 1999 11 ; dans le même sens : Piquerez 2000 N 1897 ; pour une opinion différenciée : « Kriminalistik » 2000 607.

⁷ Voir avec des références jurisprudentielles : Aeschlimann 1997 N 196 ; Bénédicte 1994 ; Clerc 1975 N 144 ; Hauser/Schweri 1999 § 60 N 5 ss. ; Maurer 1999 36 s. ; Oberholzer 1994 246 ss. ; Padrutt 1996 Art. 76 N 3.3 ; Piquerez 2000 N 1965 ss. ; Schmid 1997 N 608 ss.

éléments de cette question seront, comme par le passé, laissés à l'appréciation de la jurisprudence.

Principe (art. 148 AP)

L'article 148 AP précise tout d'abord que *les preuves obtenues par les autorités pénales de manière punissable ne peuvent être exploitées comme moyens de preuve*⁸. Sont notamment considérées comme telles les déclarations obtenues d'un prévenu par une contrainte répréhensible. Selon l'alinéa 1, sont également inutilisables *les preuves obtenues en violation de règles de validité*. Nous employons ici l'expression « preuve inutilisable » et non pas « preuve nulle ». Ce qui compte, c'est que de telles preuves ne puissent être opposées aux personnes que l'on cherche à protéger au moyen des dispositions sur la preuve, c'est-à-dire surtout les prévenus. Quant à savoir dans quelle mesure elles peuvent être utilisées en faveur du prévenu ou d'une autre partie, cette question peut être abandonnée à la jurisprudence. Cette souplesse poserait problème dans les cas où une preuve serait expressément jugée nulle.

En revanche, l'alinéa 2 souligne que la *violation de simple règles d'ordre n'a pas d'effet sur la validité du moyen de preuve*. Ainsi, les alinéas 1 et 2 reprennent la distinction entre règles de validité et règles d'ordre, habituelle en droit procédural pénal⁹. Lorsque la loi ne qualifie pas elle-même une disposition de règle de validité¹⁰, il incombe à la jurisprudence d'opérer la distinction. Le critère de *distinction réside dans le but de protection que poursuit la norme* : lorsqu'une règle de procédure est d'une importance telle pour protéger un intérêt digne de l'être qu'elle ne peut atteindre son but que si l'acte de procédure doit être annulé en cas de violation de cette règle, on parle de règle de validité. Lorsque cette importance est moindre, on parlera d'une règle d'ordre.

L'alinéa 3 tente de régler un problème qui n'avait guère été abordé jusqu'à présent par la législation : celui de l'*effet indirect de l'interdiction d'utiliser une preuve obtenue de façon illégale*. En d'autres termes, il s'agit de savoir si des preuves secondaires obtenues grâce à une preuve initiale irrecevable peuvent être utilisées ou si elles doivent être considérées comme nulles également. Le problème se pose par exemple dans le cadre de l'audition d'un témoin, lorsque celui-ci n'a pas été rendu attentif à ses devoirs (art. 184 AP) ; dans ses déclarations, le témoin mentionne un autre témoin qui sera entendu à son tour, régulièrement lui, et qui fera à cette occasion des déclarations capitales. Ces déclarations du deuxième témoin sont-elles utilisables ? Contrairement au droit de procédure pénale anglo-saxon qui respecte de façon relativement conséquente l'interdiction d'exploiter les preuves indirectes¹¹, celle-ci n'a guère été consacrée par le droit européen continental, encore moins par le droit suisse. Les conséquences de la violation de cette règle sont controversées : en faveur de l'interdiction des preuves indirectes, certains soulignent que les règles sur la preuve risqueraient, autrement, d'être vidées de leur substance. Parmi les arguments qui plaident contre, on retiendra que l'interdiction de la preuve indirecte compromet la recherche de la vérité matérielle et peut aboutir à l'acquittement choquant d'une personne manifestement coupable¹². En Suisse, c'est surtout la jurisprudence qui semble s'opposer à l'application de l'interdiction des preuves

⁸ Le postulat des experts (voir « De 29 à l'unité », pp. 105 ss., allait déjà dans ce sens, de mêmes que certaines voix lors des auditions (voir Auditions, p. 105 s. et 163.).

⁹ Au sujet de cette distinction, voir « De 29 à l'unité », p. 105. Sur l'ensemble de la question : Hauser/Schweri 1999 § 44 N 51 ; Maurer 1999 37 ; Oberholzer 1994 246 s. ; Piquerez 2000 N 1980 ss. Schmid 1997 N 608 s.

¹⁰ Comme c'est le cas par exemple à l'art. 184 AP.

¹¹ Avec d'autres références : Schmid 1993 N 118 ss. Voir également Piquerez 2000 N 1975 ss.

¹² A ce sujet et à propos de ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 196 ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 16 ss. ; Oberholzer 1994 248 ss. ; Piquerez 2000 N 1994 ss. ; Schmid 1997 N 610.

indirectes. Il faut bien voir que dans l'exemple cité ci-dessus du témoin retrouvé par un moyen illégal, puis entendu de façon parfaitement régulière, ce témoin aurait éventuellement pu être trouvé même sans les déclarations – non exploitables – du premier témoin. C'est pourquoi l'avant-projet propose une application limitée de l'interdiction d'administrer des preuves indirectes : en vertu de l'alinéa 3, le *deuxième moyen de preuve ne sera jugé inexploitable que s'il aurait été impossible à obtenir sans la preuve initiale illégale*, laquelle serait donc une condition *sine qua non* de la deuxième. Tel est notamment le cas lorsqu'un expertise repose sur des déclarations de témoins inexploitables¹³.

L'alinéa 4 régit une question négligée¹⁴ par le droit écrit et controversée en jurisprudence comme en doctrine : que doit-il advenir des *pièces du dossier, notamment les procès-verbaux d'audition, dont l'objet est une preuve inexploitable*. Certains soutiennent qu'il convient de les extraire du dossier et de les détruire. D'autres affirment que ces pièces, *singulièrement les procès-verbaux*, doivent rester dans le dossier et simplement ne plus être prises en considération¹⁵. Eu égard au fait qu'une instance supérieure pourra, le cas échéant, donner une autre réponse à la question de l'admissibilité d'une preuve, ou alors que, pour d'autres raisons, une partie ou un tiers ait ultérieurement un intérêt légitime à ce que soit administrée la preuve précédemment jugée inexploitable, l'avant-projet propose une voie médiane : les pièces relatives aux moyens de preuves inexploitables doivent être retirées du dossier pénal et conservées séparément jusqu'à la liquidation définitive de la procédure ; selon leur volume, elles seront placées dans une enveloppe scellée, dans des cartons ou des armoires fermés, voire dans un local sous clé. Cette solution évite que les autorités pénales, au moment de rendre leurs décisions, s'appuient malgré tout sur ces preuves restées dans le dossier et permet néanmoins que l'on y ait accès ultérieurement si l'une des raisons évoquées ci-dessus le justifie.

Exceptions pour des preuves recueillies par l'autorité (art. 149 AP)

L'article 149 AP restreint l'inexploitabilité des preuves recueillies par les autorités pénales de manière punissable ou en violation de règles de validité. Dans les cas où une preuve ne peut être exploitée au sens de l'article 148 al. 1 AP, il y aura lieu de *peser les intérêts protégés par la règle de validité en cause d'une part, et ceux qui le sont par la poursuite pénale d'autre part*. Ainsi, comme en ont jugé le Tribunal fédéral dans un arrêt connu puis la Cour européenne des droits de l'homme, il devrait être possible d'utiliser des enregistrements de conversations téléphoniques obtenus illégalement comme preuve dans une affaire de meurtre¹⁶. Autre est la question de savoir si un tel moyen de preuve peuvent suffire pour rendre un verdict de culpabilité. Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, il est indispensable – brièvement résumé – qu'outre l'intérêt public à ce qu'un crime grave soit élucidé, la procédure ait été équitable dans son ensemble, que le moyen de preuve en cause ne soit pas le seul et que le prévenu ait eu l'occasion d'attaquer l'exactitude de la preuve obtenue illégalement¹⁷.

¹³ Voir Schmid 1997 N 610 avec d'autres exemples et références.

¹⁴ Voir notamment (tous en faveur de la suppression) : art. 56 al. 2 CPP BE ; art. 80 2^{ème} phrase CPP UR ; art. 73 al. 2 CPP FR ; art. 41 al. 2 CPP BL.

¹⁵ A ce sujet, voir « De 29 à l'unité », p. 105 ; RSJ 72 (1976) 64 ch. 5 = ZR 74 (1975) N° 78 ; BJM 1983 216 ; et également, avec d'autres références, Aeschlimann 1997 N 196 ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 12 ; Oberholzer 1994 247 s. ; Schmid 1997 N 572.

¹⁶ Affaire Schenk, voir ATF 109 Ia 244.

¹⁷ Voir à ce sujet Haefliger/Schürmann 1999 181 s. ; Villiger 1999 N 487 ; décision de la Cour eur. DH publiée dans EuGRZ 15 (1988) 390 ss.

Les limites absolues résident dans les droits fondamentaux (al. 2). Il va de soi que l'on ne saurait, après avoir pesé les intérêts en présence, recourir à la violence physique ou psychologique contre un prévenu et exploiter ensuite les preuves ainsi recueillies.

Preuves recueillies par des particuliers (art. 150 AP)

L'article 150 AP vise les situations dans lesquelles des particuliers recueillent eux-mêmes des preuves, par exemple des documents ou des déclarations de témoins potentiels ou de personnes susceptibles de fournir des renseignements, et les communiquent ensuite aux autorités pénales en charge de la procédure. Les principes régissant le droit de la procédure pénale, proclamés aux articles 3 et suivants AP, *ne lient en principe que les autorités pénales*. Il en va de même des dispositions relatives à l'administration des preuves et notamment des règles de validité mentionnées ci-dessus : celles-ci ne s'appliquent en principe qu'aux autorités pénales et non pas aux particuliers. Toutefois, certains intérêts protégés par l'article 148 al. 1 sur l'interdiction d'exploiter des preuves obtenues illégalement méritent cette protection même lorsqu'il s'agit de preuves recueillies par des particuliers¹⁸.

Comme les prescriptions relatives à l'administration des preuves par les autorités pénales ne s'appliquent pas directement aux particuliers, ceux-ci restent soumis pour l'essentiel aux limites établies par le droit pénal. Si des particuliers recueillent des preuves par des moyens pénalement répréhensibles tels que le vol, la soustraction, la violation de domicile, la contrainte ou la dissimulation de documents, celles-ci ne seront pas exploitables, c'est-à-dire qu'elles ne seront pas prises en considération par les autorités pénales¹⁹. On peut imaginer cependant qu'une partie recueille une preuve par un moyen pénalement répréhensible mais que cet acte soit *justifié* par un motif tel que l'état de nécessité ou la protection d'intérêts légitimes²⁰. S'il existe, par exemple, un danger imminent qu'une personne détruise un document susceptible de disculper le prévenu, la soustraction punissable de ce document peut être justifiée s'il n'existe pas d'autre moyen de lui venir en aide. Dans un tel cas, les autorités pénales pourront utiliser le document en question comme preuve²¹. Par ailleurs, lorsqu'on a affaire à une infraction grave, l'intérêt général à la recherche de la vérité peut primer sur l'intérêt du prévenu, par exemple au respect de sa sphère privée et intime²².

241.3 Auditions en général (section 3, art. 151-155 AP)

Dans le droit de la preuve, une importance particulière revient à la preuve personnelle. Ce mode de preuve consiste avant tout à intégrer dans la procédure des éléments pertinents connus de l'intéressé et recueillis lors de son audition, c'est-à-dire un interrogatoire mené par les autorités pénales et consigné dans un procès-verbal. Eu égard à l'importance des auditions, la présente section énonce un certain nombre de règles générales à ce sujet. Les prescriptions spéciales relatives aux différentes personnes susceptibles de fournir des preuves, telles le prévenu, les témoins, etc. sont développées dans les chapitres suivants.

¹⁸ A ce sujet et sur ce qui suit, voir « De 29 à l'unité », p. 105/6 : Aeschlimann 1997 N 826 ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 14 s. ; Maurer 1999 36 s. ; Piquerez 2000 N 1999 ; Schmid 1997 N 611 s.

¹⁹ Voir ATF 117 Ia 341.

²⁰ Voir parmi d'autres Trechsel 1997 Art. 32 N 11, Art. 34 N 1 ss.

²¹ Aeschlimann 1997 N 826 ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 14 ss. ; Maurer 1999 36 s. Schmid 1997 N 612.

²² Dans cette direction, voir le cas Schenk déjà cité : ATF 109 Ia 244 ; également EuGRZ 15 (1988) 390 ss. ; pour le résultat : SJ 1986 636. Voir également les décisions en matière de procédure civile ZR 94 (1995) N° 36 et RSJ 92 (1996) 360.

Autorités pénales compétentes en matière d'auditions (art. 15r1 AP)

Aux termes de l'article 151 al. 1 AP, les autorités pénales compétentes en matière d'auditions sont essentiellement *le ministère public, les autorités pénales en matière de contravention et les tribunaux*.

La fixation de ces compétences doit tenir compte des particularités cantonales. Dans certains cantons en effet, et surtout dans des affaires mineures, les auditions peuvent être effectuées par des *auxiliaires de la justice tels que les greffiers, les secrétaires de juridiction, etc.*, intervenant en lieu et place des représentants des autorités pénales, c'est-à-dire les procureurs ou les juges. Ainsi, l'alinéa 2 laisse à la Confédération et aux cantons la liberté de donner à ces auxiliaires, dans le cadre de leur loi d'introduction, la compétence de procéder à des auditions.

La *police* ne peut en principe que procéder à l'audition de prévenus et de personnes entendues aux fins de renseignements. Elle ne peut donc entendre des témoins ni des experts. Dans plusieurs cantons, il est cependant de tradition que la police, ou du moins une certaine catégorie de fonctionnaires de police constituant ce que l'on appelle dans les cantons romands la *police judiciaire*²³, puissent procéder à l'audition de témoins. L'alinéa 3 laisse donc aux cantons le loisir de conserver ce régime. Il est bien entendu souhaitable que ces personnes disposent d'une formation appropriée.

Devoir de comparaître, début et déroulement de l'audition (art. 152-154 AP)

En vertu de l'article 152 AP, les personnes qui sont citées à comparaître par une autorité pénale doivent donner suite personnellement à la citation indépendamment d'un éventuel droit de refuser de déposer en qualité de prévenu ou de témoin. Celui qui ne comparaît pas peut faire l'objet d'un mandat d'amener (art. 220 ss. AP).

L'article 153 AP énonce certaines *règles fondamentales qu'il y a lieu de respecter au début de toute audition*. L'essentiel de cette disposition réside en ceci que l'intéressé a le droit d'être informé à tous les stades de la procédure non seulement sur la qualité en laquelle il est entendu, mais également sur ses droits et ses devoirs.

L'article 154 AP décrit le déroulement de l'audition. Cette disposition correspond aux règles que l'on retrouve dans la plupart des lois de procédure suisses et dans la jurisprudence²⁴.

²³ Voir par exemple les art. 164 ss. CPP VD (et la loi sur la police judiciaire du 3 décembre 1940) ; art. 92 ss. CPP NE ; art. 106 ss. CPP GE ; art. 71 ss. CPP JU ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire des art. 164 ss. ; Clerc 1975 N 51 ; Piquerez 2000 N 975 ss.

²⁴ Voir par exemple les art. 39 ss. et 84 PPF ; art. 128 ss. et 150 ss. CPP ZH ; art. 103 ss. CPP BE ; art. 76, 91 ss. CPP LU ; art. 75 ss., 90 s. CPP UR ; art. 23 CPP SZ ; art. 36 ss. CPP OW ; art. 87 ss. CPP NW ; art. 42 et 81 CPP GL ; art. 24 ss. CPP ZG ; art. 82, 156 ss. CPP FR ; art. 68 ss., 92, 93 ss. CPP SO ; art. 42 s., 50 s. CPP BS ; art. 44 ss. CPP BL ; art. 106 s. CPP SH ; art. 65 ss., 78 s. CPP AR ; art. 75 ss., 89 ss. CPP SG ; art. 87 ss. CPP GR ; art. 62 ss., 100 ss. CPP AG ; art. 85 ss., 93 ss. CPP TG ; art. 117 ss., 133 ss. CPP TI ; art. 189 ss. CPP VD ; art. 61 ss., 90 ss. CPP VS ; art. 137 ss., 150 ss. CPP NE ; art. 166 ss. CPP GE ; art. 123 ss., 153 ss. CPP JU ; voir également Aeschlimann 1997 N 834 ss. ; Clerc 1975 N 149 ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 7 s., § 62 N 31 ss. ; Maurer 1999 185 ss. ; Oberholzer 1994 255 ss., 273 ss. ; Piquerez 2000 N 2040 ss. Schmid 1997 N 617 ss., 652 ss.

Rapports écrits (art. 155 AP)

En principe, les auditions se déroulent oralement, les déclarations recueillies étant consignées dans un procès-verbal versé au dossier (art. 71 al. 2 et 83 al. 1 AP). Mais dans des *affaires complexes* notamment, la procédure peut avoir intérêt, au nom de l'efficacité, à ce que les personnes qu'il s'agit d'entendre fournissent un rapport écrit sur l'objet de l'audition ; tel est notamment le cas lorsque des autorités²⁵, des fonctionnaires, voire, le cas échéant, des avocats, des médecins, des banques, des organes de révision, etc. sont appelés à fournir des renseignements sur des événements constatés dans le cadre de leurs activités. L'alinéa prévoit également la possibilité, pour les infractions de masse dans lesquelles les lésés peuvent se compter par centaines, d'adresser à ces derniers un *questionnaire*. Ces rapports écrits peuvent être demandés en lieu et place d'une audition ou en complément de celle-ci. Ils ne sauraient toutefois remplacer complètement l'audition du prévenu et, en ce qui concerne les principaux témoins, ils interviennent essentiellement en complément d'une audition.

L'alinéa 2 *relativise l'importance de ces rapports*. En cas de doute quant à leur exactitude, par exemple si le prévenu en conteste l'exactitude de façon vraisemblable ou si, pour d'autres raisons, ils n'apparaissent pas convaincants, leurs auteurs doivent être entendus sur ceux-ci en qualité de témoins ou de personnes entendues aux fins de renseignements.

241.4 Confrontations et droits de participation des parties (section 4, art. 156-159 AP)

Dans une procédure pénale, plusieurs personnes doivent généralement être entendues, en qualité de prévenu, de témoin, etc. La quatrième section définit les modalités de ces différentes auditions, indique dans quelle mesure une partie peut assister à une audition qui ne la concerne pas personnellement et détermine les cas dans lesquels des confrontations doivent avoir lieu.

Audition de plusieurs personnes et confrontations (art. 156 AP)

Selon l'article 156 al. 1 AP, les comparants (prévenu, témoins, etc.) sont en principe entendus séparément.

L'alinéa 2 précise que les autorités pénales peuvent, dans le but d'éclaircir les faits, *confronter entre eux* des prévenus, des témoins, des personnes entendues aux fins de renseignement ou des experts. Les personnes concernées sont tenues de participer aux confrontations. Celles-ci peuvent avoir pour but de comparer différentes dépositions, d'identifier ou de mettre hors de cause une personne.

L'alinéa 3 fait obligation *aux prévenus et aux personnes qui ont le droit de refuser de témoigner ou de contribuer activement à la procédure* de participer néanmoins aux confrontations. Ceux-ci ne sont toutefois pas obligés de faire des déclarations et peuvent se contenter d'une participation passive. Les dispositions spéciales relatives à la protection des victimes (art. 163 AP) demeurent réservées.

²⁵ Il s'agit des « informations » prévues notamment aux articles 101 bis PPF ; 40 DPA ; 138 CPP ZH ; 102 al. 1 ch. 8 CPP BE ; 95 CPP UR ; 48 CPP SZ ; 85 CPP FR ; 53 CPP BS ; 122 CPP SH ; 84 CPP AR ; 40 CPP AI ; 93 al. 2 CPP SG ; 96 CPP TG ; voir également Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 84 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 33 ; Oberholzer 1994 272 ; Schmid 1997 N 658.

L'alinéa 4, comme la deuxième phrase de l'alinéa 1 et l'article 118 AP, permet d'exclure temporairement de débats *les parties, les défenseurs, les conseils, les représentants ou d'autres personnes* afin d'éviter les collisions d'intérêts ou lorsque ces personnes doivent elles-mêmes être encore entendus dans la procédure et qu'il s'agit d'éviter qu'elles ne soient influencées²⁶. Comme à l'article 118 AP, l'exclusion ne concerne que les personnes chez lesquelles il existe un motif justifiant cette mesure ; lorsque c'est le lésé qui doit encore être entendu, il n'y a aucune raison d'en exclure la représentation.

Autres mesures (art. 157 AP)

Selon l'article 157 AP, les personnes qui se sont présentées aux débats ou lors d'une audition peuvent être tenues de rester sur place jusqu'à ce qu'une éventuelle nouvelle confrontation ait eu lieu (al. 1). La direction de la procédure prend les mesures adéquates pour isoler les unes des autres les personnes qui devront être confrontées ensemble (al. 2). Elle peut par exemple leur enjoindre d'attendre dans des pièces séparées.

Droits de participation en général lors de l'administration des preuves (art. 158 AP)

L'article 158 AP pose le principe fondamental de la *participation des parties* à l'administration des preuves²⁷. Ce droit implique que les parties, leurs défenseurs, leurs conseils et leur représentants doivent avoir la possibilité, en particulier, d'assister aux auditions et de poser des questions complémentaires aux personnes interrogées. Lorsqu'une partie est assistée d'un défenseur, d'un conseil ou d'un représentant, ce droit profite cumulativement à elle-même et à ces personnes. Des restrictions de ce droit ne sont possibles qu'aux conditions posées à l'article 118 AP ou dans le cadre des mesures de protection prévues aux articles 159 à 164 AP.

Selon l'alinéa 2, la participation du défenseur, du conseil ou du représentant est suffisante lorsqu'une partie est empêchée de participer à l'administration des preuves pour un motif impérieux (p.ex. maladie, voyage à l'étranger ; il peut également s'agir d'empêchement d'ordre juridique au sens des art. 118, 160 et 161 AP)²⁸.

L'alinéa 3 dispose que dans les cas où pour des motifs impérieux, et les parties et leurs défenseurs, conseils ou représentants ne peuvent pas prendre part à une administration de preuves, celle-ci doit en principe être *répétée*. Cette règle souffre cependant des exceptions énoncées à l'alinéa 4 : si une répétition n'est pas possible ou entraînerait des frais disproportionnés, il est possible d'y renoncer à condition toutefois que le droit d'être entendu des parties ainsi que leur droit de poser des questions complémentaires soient pris en compte d'une autre manière et dans une mesure appropriée. Lorsque, par exemple, un témoin essentiel est venu spécialement d'outre-mer et que le hasard veut que, le jour de l'audience, la partie et son avocat soient tous deux malades, l'audition du témoin pourra néanmoins avoir lieu en leur absence. Il n'existe pas de droit absolu à la répétition de l'administration d'une preuve, ce qui signifie que les éventuelles questions complémentaires de la partie empêchée devront être posées par commission rogatoire. Si le témoin décède dans l'intervalle ou s'il

²⁶ En ce qui concerne l'exclusion des débats de témoins qui doivent encore être entendus, etc., voir art. 170 CPP ZH ; art. 47 CPP ZG ; art. 111 CPP GR ; art. 153 CPP AG ; art. 201 CPP NE ; solutions analogues : art. 112 CPP SO ; art. 240 CPP TI ; art. 130 ch. 5 CPP VS ; art. 56 CPP GE.

²⁷ En ce qui concerne le principe de la participation des parties, voir Aeschlimann 1997 N 175 ; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 5, § 76 N 17 ss. ; Maurer 1999 366 ; Oberholzer 1994 146 ss. ; Piquerez 2000 N 678 s., 1211, 2921 s. ; Schmid 1997 N 155 ss.

²⁸ Voir l'art. 123 al. 2 AP qui est cohérent avec cette disposition.

n'est plus possible de retrouver sa trace en recourant à des moyens raisonnables, les déclarations qu'il aura faites antérieurement seront en principe exploitables, mais en l'absence d'une nouvelle audition ou de questions complémentaires écrites²⁹.

Il n'est pas rare que l'administration de preuves, et notamment des auditions, doivent se dérouler *par commission rogatoire à l'étranger*, parfois même jusque dans de lointains pays d'outre-mer. Se pose alors la question de savoir si le prévenu a le droit d'être présent à ces auditions, ce qui signifierait généralement que les témoins devraient être invités à venir en Suisse aux frais de la procédure ou que l'on octroie au prévenu la possibilité financière de se rendre à l'étranger pour y assister à l'administration de preuves. Dans ce genre de situation, l'alinéa 5 apporte quelques restrictions au droit d'être entendu. Les parties doivent tout d'abord avoir l'occasion de formuler des questions à l'intention de l'autorité étrangère requise (lit. a). Ensuite, au retour de la commission rogatoire exécutée, elles doivent avoir la possibilité de consulter le procès-verbal des auditions (lit. b). Sur la base de ce document, elles doivent alors pouvoir poser des questions complémentaires dans la mesure nécessaire pour sauvegarder le droit d'être entendu. Ces questions complémentaires seront alors transmises, par une nouvelle commission rogatoire, aux personnes entendues³⁰. Il va de soi qu'il n'est pas interdit aux parties de participer à leurs frais à l'administration de preuves par une autorité étrangère intervenant sur commission rogatoire, pour autant, toutefois, que le droit étranger le permette.

L'alinéa 6 déclare *inutilisables comme moyens de preuves à la charge de la partie qui n'était pas présente les preuves administrées en violation de ces dispositions* ; pour évaluer la régularité des restrictions apportées aux droits de participation des parties, il y a lieu de se référer également aux dispositions des articles 118 et 159 à 164 AP.

Droit de participation lors de l'audition de prévenus et de co-prévenus en particulier (art. 159 AP)

L'article 159 AP a pour objet quelques questions particulières qui peuvent surgir en matière de droits de participation lors de l'audition de prévenus et de co-prévenus. L'alinéa 1, tout d'abord, donne *au défenseur la possibilité d'assister aux auditions du prévenu par le ministère public et les tribunaux*.

Comme le précisent les articles 235 et 236 al. 1 AP en relation avec la procédure d'arrestation devant le ministère public, ce droit de participation est déjà accordé dès la première audition ; en revanche, il convient de noter qu'aux termes de l'article 168 al. 2 et 3, la présence du défenseur lors des interrogatoires de police est uniquement facultative.

L'alinéa 2 permet également, en principe, à la partie plaignante et à ses représentants de participer à l'audition du prévenu par le ministère public ou par un tribunal de jugement, ce qui exclut sa participation en d'autres circonstances, par exemple lors des interrogatoires de police ou devant le tribunal des mesures de contrainte. Toutefois, cette présence ne peut être exigée que si cela est indispensable pour sauvegarder les droits du lésé. Il est par ailleurs possible de s'abstenir de convoquer la partie plaignante lorsque des motifs pratiques relevant de l'économie de la procédure s'y opposent. Il est évident, par exemple, qu'en cas d'infraction contre la vie ou l'intégrité corporelle, le prévenu sera immédiatement entendu par le ministère

²⁹ Voir ATF 124 I 274.

³⁰ Cette possibilité de poser des questions complémentaires par écrit est conforme aux normes juridiques de rang supérieur (voir ATF 118 Ia 470 = EuGRZ 20 (1993) 290.

public et que l'on attendra pas que la victime soit rétablie. De même, dans une affaire de criminalité économique où les lésés se comptent par centaines, voire par milliers, ceux-ci ne seront pas invités à assister à l'audition du prévenu.

L'alinéa 3 reprend la règle fondamentale selon laquelle *les co-prévenus dans une même procédure sont entendus en qualité de prévenus ; en revanche, comme le précise l'alinéa 4, dans des procédures séparées, ils sont considérés comme des personnes entendues aux fins de renseignement*. Si les déclarations de co-prévenus dans la même procédure doivent être utilisées comme moyens de preuve, la CEDH (art. 6 ch. 3 lit d) exige que le prévenu et son défenseur aient été – comme pour les témoins – confrontés au moins une fois pendant la procédure avec ses co-prévenus³¹. Il va de soi que les restrictions des articles 118 et 160 à 164 AP s'appliquent également lors de l'audition des co-prévenus.

241.5 Mesures de protection (section 5, art. 160-165 AP)

Les experts avaient déjà préconisé dans leur rapport final l'introduction de *règles sur la protection des témoins*³² dans le futur code de procédure pénale fédéral. Cette demande a été majoritairement approuvée lors des auditions³³. Des mesures de cette nature ont également proposées dans une recommandation du Conseil de l'Europe datée du 10 septembre 1997 « *La protection des témoins contre toute manœuvre d'intimidation et les droits de la défense*³⁴ ». La présente section se fait l'écho des suggestions formulées par les experts d'une part, par la recommandation mentionnée d'autre part. Les propositions suivantes reprennent matériellement, en partie du moins, les normes de protection élaborées, dans le cadre d'un projet destiné à la procédure pénale militaire, par une commission d'experts du DDPS mandatée par le président de ce département. Dès le départ, l'idée était de permettre la transposition des mesures de protection élaborées pour la procédure pénale militaire dans la future loi de procédure pénale fédérale civile. Si l'initiative est venue du DDPS, c'est que les mesures de protection des témoins ont bénéficié des feux de l'actualité dans le cadre de certaines procédures pénales dirigées récemment contre des criminels de guerre étrangers par la justice militaire. Lors de sa séance du 5 septembre 2000, la commission d'experts a adopté un projet de mesures de protection qui sera soumis en temps voulu à la procédure de consultation.

Tandis que le projet de révision du code de procédure pénale militaire se contente de permettre l'anonymat des témoins et des personnes entendues aux fins de renseignement, les articles 160 et suivants étendent le champ des mesures de protection et élargissent, au-delà des témoins, le cercle des personnes protégées à quiconque pourrait être menacé à raison de sa participation à la procédure en qualité de personne entendue aux fins de renseignement, d'expert ou d'interprète. D'autre part, cette section intègre également les mesures de protection prévues par la loi sur l'aide aux victimes d'infractions (art. 163 AP) et des règles destinées à protéger les enfants, les anormaux mentaux et les sourds-muets (art. 164 AP). Toutefois, la protection offerte par ces dispositions aux personnes mentionnées se limite au cadre plus ou moins large de la procédure. Comme les experts l'avaient proposé, l'avant-projet a *renoncé aux programmes extra-procéduraux de protection des témoins*³⁵. L'article

³¹ RSJ 54 (1958) 165 ; ZR 83 (1984) N° 27 et 121 ; 86 (1987) N° 87 ; 88 (1989) N° 3 et N° 47 p. 154 ; RO 1983 313 N° 35 et ZR 95 (1996) N° 57 ; ZR 98 (1999) N° 11 = KGZ 1998 N° 112 = RSJ 96 (2000) 40.

³² « De 29 à l'unité », p. 61 ss.

³³ Voir Auditions, p. 14 s. et 137.

³⁴ Voir Recommandation N° R (97) 13, publiée dans : RUDH 1997 298, ou sur l'Internet : www.coe.fr/cm/ta/rec/1997/97r13.html. Voir à ce sujet Kley 2000 178.

³⁵ « De 29 à l'unité », p. 68. Lors des auditions, les votes sont allés dans le même sens (voir Auditions p.51).

165 donne toutefois à la Confédération et aux cantons la latitude d'instaurer des programmes de protection de ce type. Ajoutons que la *police de l'audience* (art. 69 AP) représente également une mesure de protection dans la mesure où la direction de la procédure est tenue de protéger les personnes présentes aux actes de procédure de toute agression. Il est vrai que cette protection se limite aux agressions physiques et verbales pendant lesdits actes de procédure.

Il convient de noter que dans le projet définitif de code de procédure pénal fédéral, les mesures de protection instaurées dans cette cinquième section devront être adaptées à la législation fédérale parallèle. On songe notamment au projet de loi fédérale sur l'investigation secrète, actuellement à l'examen au Parlement, et qui prévoit également des mesure pour protéger l'enquêteur³⁶, mais également à la révision, évoquée ci-dessus, du code pénal militaire.

Mesures de protection lors d'actes de procédure en général (art. 160 AP)

L'alinéa 1 de l'article 160 énumère les conditions auxquelles des mesures de protection sont ordonnées. Il incombe à la direction de la procédure, d'office ou sur requête, de protéger dans la mesure du possible et tout au long de la procédure les personnes impliquées qui seraient menacées. La condition posée est que les témoins, les personnes entendues aux fins de renseignement, etc. soient, en raison de leur participation à la procédure, sérieusement menacés dans leur intégrité corporelle et leur vie ou exposés à un autre inconvénient grave. D'autres dangers ne menaçant que des intérêts patrimoniaux, l'honneur, etc. ne sont généralement pas pris en considération (à moins que le danger considéré ne doive être considéré comme un cas d'exposition grave). Les « mesures appropriées » mentionnées à l'alinéa 1, deuxième partie de la phrase, sont énumérées pour l'essentiel à l'article 161 al. 2 AP. Compte tenu de la formulation assez générale de l'article 160 al. 1, on pourrait envisager que la direction de la procédure ordonne que la personne menacée soit protégée non seulement pendant un acte de procédure donné, une audition par exemple, mais également avant ou après, ce qui impliquerait une surveillance policière de certains lieux. En règle générale cependant, de telles mesures seront assez exceptionnelles pour des raisons purement pratiques ; il n'est guère possible, en effet, de protéger efficacement une personne sur une longue période. Et d'ailleurs, des mesures de cette nature se rapprocheraient des programmes extra-procéduraux de protection des témoins que la présente loi n'a précisément pas voulu retenir.

Les mesures de protection sont prises par la direction de la procédure, c'est-à-dire par le ministère public ou par le président du tribunal saisi (voir l'al. 1). Elles peuvent toutefois s'avérer nécessaires dès l'enquête de police dans la mesure où des personnes qui devront être entendues ultérieurement comme témoins ou aux fins de renseignement ont besoin de protection à ce stade déjà. On peut surtout envisager de garantir à ces personnes l'anonymat dès la phase de l'investigation policière (voir les art. 161 al. 2 lit. c et 162 AP). L'alinéa 2 précise que les mesures de protection prises au stade de l'investigation policière sont ordonnées par le ministère public.

Les mesures de protection prévues dans la présente section ne sont compatibles avec les principes régissant l'Etat de droit que si *le droit d'être entendu du prévenu est suffisamment garanti*. Ce contreponds essentiel aux restrictions des droits des parties qu'entraînent

³⁶ A propos de cette loi, voir le chiffre 256.4 infra. Le projet de loi du 1^{er} juillet 1998 (FF 1998 3705 ss.) est actuellement examiné par les Chambres.

inévitablement de telles mesures est formellement ancré à l'alinéa 3. Compte tenu des différentes mesures de protection envisageables et des innombrables situations dans lesquelles elles peuvent être ordonnées, l'avant-projet renonce à poser des règles plus détaillées en cette matière. Mais il va de soi, par exemple, qu'une administration de preuves effectuée avec des témoins – ou des personnes entendues aux fins de renseignement – anonymes ou en l'absence des parties ne saurait être admise que si ces dernières, notamment le prévenu et son défenseur, ont la possibilité de faire valoir leurs droits, et en particulier les droits de la défense. Ainsi, le prévenu doit en tout état de cause avoir le droit de poser des questions complémentaires. Par ailleurs, en vertu du principe de proportionnalité, les restrictions du droit d'être entendu ne se justifient selon les circonstances qu'à l'égard du prévenu et non pas de son défenseur³⁷.

Mesures de protection lors d'actes de procédure en particulier (art. 161 AP)

Les mesures de protection, au sens de l'article 160 AP, qui ne restreignent en rien les droits des parties (p.ex. surveillance d'une audience de tribunal par la police) ne posent pas de problème particulier de sorte qu'elles n'appellent pas une réglementation spéciale. Il n'en va pas de même lorsque des mesures concrètes, telles qu'elles sont prévues à l'article 161 al. 1 et 2, entravent l'exercice des droits des parties. De telles restrictions ne sont compatibles avec la CEDH et la cst. que si les preuves ainsi rapportées sont importantes pour la procédure, si les mesures de protection sont appliquées avec retenue et dans le strict respect du principe de proportionnalité et, enfin, si le droit d'être entendu des parties est suffisamment garanti (comme nous l'avons indiqué ci-dessus en relation avec l'article 160 AP in fine).

L'alinéa 2 énumère les *mesures de protection* qui peuvent être ordonnées isolément ou combinées³⁸. Les exemples mentionnés ne doivent *pas être considérés comme exhaustifs* (« notamment »). Les propositions déclinées sous lettres *a* à *f* ne nécessitent pas d'explications particulières. On relèvera avant tout les mesures prévues sous lettre *a*, *b* et *d* à *e*. Selon ces dispositions, la personne à protéger peut être entendue en l'absence du prévenu, voire à huis clos, ou encore moyennant différentes mesures propres à dissimuler son identité. Il est également possible, cela va de soi, de recourir à des moyens techniques, comme la retransmission audiovisuelle d'une audition se déroulant dans une pièce voisine, par exemple. D'autre part, la lettre *c* prévoit la possibilité d'une comparution anonyme de la personne en cause. Comme il s'agit d'une mesure particulièrement restrictive, cette procédure est régie séparément à l'article 162 AP.

L'alinéa 3 prend en considération la position délicate de la personne à protéger. C'est pourquoi la direction de la procédure peut permettre à celle-ci de se faire accompagner par un conseil aux débats auxquels ils doivent prendre part; exceptionnellement, elle peut leur accorder un conseil gratuit.

Octroi de la garantie d'anonymat (art. 162 AP)

L'article 162 AP pose un certain nombre de règles élémentaires pour les cas où, en application de l'article 161 al. 2 lit c AP, des personnes doivent être entendues de façon

³⁷ Parmi d'autres, voir Haefliger/Schürmann 1999 242 ; Villiger 1999 N 478 s. ; Aeschlimann 1997 N 1377 ; Maurer 1999 366 s. ; Piquerez 2000 N 2193 ss. ; Schmid 1997 N 653. A propos des limites des mesures de protection, notamment en ce qui concerne les victimes mineures de crimes sexuels, voir le point de vue récent de Schleiminger 2001 295 ss.

³⁸ Déjà possible actuellement, par exemple en vertu de l'art. 82 al. 4 CPP FR ; à ce sujet, voir Piller/Pochon 1998 Art. 82.6 ss.

anonyme, c'est-à-dire sous un nom d'emprunt ou sous un numéro. Ces dispositions sont fondées sur l'expérience que les témoins menacés ne sont souvent prêts à témoigner que si les autorités pénales leur *garantissent d'abord que leur identité ne sera pas divulguée, c'est-à-dire qu'ils seront entendus à titre anonyme*. Une telle assurance n'a de sens que si, une fois accordée, elle est respectée par toutes les instances concernées. La conséquence caractéristique d'une telle garantie d'anonymat réside dans le fait que le témoin à protéger figurera dans le dossier sous un pseudonyme (p.ex. « Albert ») ou sous un numéro (p.ex. « Témoin n° 7 »). L'identité réelle est conservée dans une enveloppe celée comportant la mention « Albert » ou « Témoin n° 7 ». L'autorité qui garantit l'anonymat – il s'agira généralement du ministère public – conserve cette enveloppe sous clé, à l'écart du dossier, puis la communique à la direction de la procédure du tribunal de jugement lors de la mise en accusation. Dans les documents accessibles aux parties, seule figure la mention du lieu où est conservée l'identité secrète.

L'article 162 AP part du principe que la garantie de l'anonymat constitue la mesure de protection la plus draconienne dans la mesure où l'identité réelle de la personne protégée est cachée aux parties (notamment au prévenu et à son défenseur). Celles-ci n'ont ainsi pas la possibilité de vérifier la crédibilité de cette personne. C'est pourquoi la procédure de l'anonymat ne sera admissible qu'en l'absence d'une autre mesure de protection envisageable et lorsque l'importance de l'enjeu et le rôle de la personne protégée le justifient. Le projet de révision du code de procédure pénale militaire propose de n'autoriser la garantie d'anonymat que dans les affaires où le prévenu encourt une peine privative de liberté d'une durée supérieure à cinq ans. Il convient toutefois de préciser que dans le futur CPPM, la garantie d'anonymat ne vise que la protection des témoins et des personnes entendues aux fins de renseignement, alors que dans le présent avant-projet, cette garantie s'étend par exemple aux interprètes et aux experts. Ces personnes peuvent aussi être menacées dans le cadre d'affaires de moindre gravité et doivent donc être également protégées. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet renonce à limiter la garantie d'anonymat aux procédures ouvertes pour des infractions graves.

L'autorité compétente pour accorder la garantie d'anonymat est le ministère public ou la direction de la procédure du tribunal de jugement (al. 1). Dans presque tous les cas, cette assurance est demandée au cours de la première phase de la procédure, souvent même pendant l'enquête de police (voir art. 160 al. 2), de sorte qu'il appartiendra généralement au ministère public de la délivrer. Il va de soi que la garantie de l'anonymat peut s'accompagner d'autres mesures de protection prévues à l'article 161 al. 2 AP. En effet, la garantie d'anonymat à elle seule manque son but si, par exemple, le témoin comparissant à l'audience du tribunal peut être reconnu par le prévenu.

L'alinéa 2 prévoit que l'anonymat garanti par le ministère public et par le tribunal de première instance doit être *approuvée* dans un délai de trente jours au plus par la direction de la procédure du *tribunal des mesures de contrainte*. L'avant-projet entend souligner ainsi que cette mesure de protection porte une atteinte considérable aux droits procéduraux des autres personnes impliquées dans la procédure et que sa légalité doit, de ce fait, être contrôlée par une autorité judiciaire. Il manque cependant un contrôle de légalité par une seconde instance judiciaire dans l'hypothèse (qui devrait rester exceptionnelle) où ce n'est qu'au stade du recours qu'une cour d'appel serait amenée à accorder l'anonymat à un témoin³⁹. Le contrôle ne porte que sur l'octroi de l'anonymat et non pas sur ses modalités pratiques ni sur la question de savoir dans quelle mesure celui-ci peut être combiné à les autres mesures de protection prévues à l'article 161 al. 2.

³⁹ Il manque au niveau cantonal une autorité supérieure à laquelle cette compétence pourrait être attribuée. Il en va différemment pour la procédure pénale militaire qui prévoit l'approbation de la mesure par le président de la cour de cassation militaire.

Si, dans les 30 jours, l'approbation n'est pas demandée, ou qu'elle est refusée, les moyens de preuve déjà obtenus dans la procédure sous la garantie de l'anonymat ne peuvent pas être exploités: les pièces correspondantes doivent être traitées selon l'article 148, alinéa 4. Si la garantie de l'anonymat a été accordée par le tribunal de première instance, il n'y a généralement pas d'urgence, contrairement à ce qui se passe lors de la procédure préliminaire. Ce dernier doit donc attendre pour procéder à l'administration des preuves que le tribunal des mesures de contrainte ait délivré son approbation (deuxième phrase de l'alinéa 3).

L'alinéa 4 revêt une importance particulière : si la garantie d'anonymat a été accordée par l'autorité compétente et, au besoin, approuvée par le tribunal des mesures de contrainte, cette assurance *lie irrévocablement toutes les autorités pénales, cantonales et fédérales*, en charge de l'affaire. La seule exception prévue concerne le cas où la personne protégée renonce par la suite à la garantie de l'anonymat. Il va de soi que cette dernière ne bénéficie à l'intéressé qu'en sa qualité de témoin dans l'affaire en cause. Si cette personne est ultérieurement poursuivie pour un délit qu'elle a elle-même commis (p.ex. instigation de l'infraction faisant l'objet de la procédure principale ou faux témoignage), l'anonymat peut être levé.

Selon l'alinéa 5, la direction de la procédure doit prendre les mesures appropriées pour garantir que la personne qui comparaît sous un pseudonyme, par exemple « Albert » ou « Témoin n° 7 », est bien la vraie personne – à savoir Robert Charron – qui se cache derrière cette identité factice. On peut envisager pour cela plusieurs façons de procéder : le président du tribunal peut par exemple, avant l'administration des preuves, en l'absence des parties et à huis clos, se faire confirmer l'identité de l'intéressé par le procureur en charge ou par des fonctionnaires de police ; ces fonctionnaires peuvent aussi être entendus sur ce point en qualité de témoins.

La règle énoncée à l'article 160 al. 3 AP, selon laquelle la direction de la procédure s'assure pour chaque mesure de protection que le droit d'être entendu des parties est garanti, revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit d'entendre des témoins anonymes. La question de savoir si la déposition d'un témoin anonyme peut suffire pour fonder un verdict de culpabilité n'est pas tranchée, car elle relève de l'appréciation des preuves par le juge. Il faut cependant rappeler que selon les jurisprudences de la Cour Européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral, une condamnation ne saurait en principe intervenir sur la seule foi de déclarations anonymes⁴⁰.

Mesures pour la protection des victimes (art. 163 AP)

L'article 163 reprend les normes de protection instaurées par la loi sur l'aide aux victimes d'agressions⁴¹ :

- L'obligation générale faite aux autorités pénales de garantir les droits personnels des victimes, statuée à l'alinéa 1, correspond à l'article 5 al. 1 LAVI ; elle répète le principe général proclamé à l'article 3 AP.
- L'alinéa 2 reprend la teneur de l'article 6 al. 3 LAVI selon laquelle les victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle peuvent exiger d'être entendues par une personne du même sexe, en précisant cependant que cette disposition s'applique à la procédure

⁴⁰ Voir ATF 125 I 127 avec d'autres références jurisprudentielles, et Kley 2000 179 avec des références à l'affaire *Kostovski* jugée à Strasbourg (Kostovski case, Application number 00011454/85 Date 20/11/1989).

⁴¹ Les experts avaient proposé cette intégration (« De 29 à l'unité », p. 102).

préliminaire, c'est-à-dire à l'enquête de police et à l'instruction du ministère public⁴², mais pas lors des débats devant le tribunal de jugement. Dans le cadre de la procédure préliminaire, cette règle vaut pour les membres des autorités pénales, mais elle n'exclut pas que lors de l'audition des témoins, la victime féminine se voie poser des questions complémentaires par un défenseur masculin.

- L'alinéa 3, selon lequel la victime peut se faire accompagner à l'occasion d'actes de procédure, outre par son conseil ou son représentant, par une personne de confiance, est la réplique de l'article 7 al. 1 LAVI.
- L'alinéa 4, pour sa part, correspond à l'article 5 al. 4, première et troisième phrases LAVI, qui faisait déjà aux autorités pénales l'obligation d'éviter toute rencontre – qu'elle soit prévue ou due au hasard⁴³ – entre le prévenu et la victime si cette dernière en faisait la demande. Mais cette disposition inclut les confrontations proprement dites. Sont également reprises ici les exceptions à l'interdiction de procéder à des confrontations. Il est possible de renoncer à la deuxième phrase, car le droit d'être entendu du prévenu est déjà garanti par la norme générale de l'article 160 al. 3 AP et réaffirmé à l'alinéa 6.
- L'alinéa 5 reprend l'article 5 al. 5 LAVI : lors d'infractions contre l'intégrité sexuelle, une confrontation ne peut être ordonnée contre la volonté de la victime que si le droit d'être entendu du prévenu ne peut être garanti d'une autre manière, ce qui devrait rester exceptionnel.
- Si une confrontation ne s'impose pas impérativement (voir al. 4 et 5), l'audition de la victime peut intervenir en application des mesures de protection prévues à l'article 161, 2^e alinéa, lettres a et e (al. 6), et cela sans que les conditions strictes de l'article 160 al. 1 AP doivent être satisfaites. Le droit d'être entendu du prévenu devra être garanti d'une autre manière (en application de l'article 160 al. 3), par exemple en permettant à ce dernier de poser des questions complémentaires par écrit ou par l'intermédiaire de moyens audiovisuels.

Mesures de protection lors de l'audition d'enfants, d'anormaux mentaux et de sourds-muets (art. 164 AP)

La plupart des codes de procédure pénale contiennent des règles particulières relatives à l'audition d'enfants, d'anormaux mentaux et de sourds-muets⁴⁴. L'avant-projet intègre celles-ci aux articles 164 et suivants. Cet article sera donc applicable chaque fois que des *enfants doivent être entendus comme témoins ou aux fins de renseignement*. S'ils doivent être entendus en qualité de prévenu, on appliquera les règles de la procédure pénale des mineurs.

L'alinéa 1 cherche à protéger les enfants âgés de moins de quinze ans et les anormaux mentaux des influences psychiquement néfastes qui peuvent résulter des auditions, engendrant

⁴² Voir Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 6 N 8.

⁴³ Voir à ce sujet et sur ce qui suit Weishaupt 1998 154 ss., 165.

⁴⁴ Voir par exemple les art. 130 al. 2 LOJ ZH, 139 al. 3, 149c, 158 CPP ZH ; art. 110 CPP BE ; art. 96 CPP LU ; art. 81 al. 2. CPP UR ; art. 47 al. 3 CPP SZ ; art. 44 et 50 CPP OW ; art. 4 al. 3 et 89 CPP NW ; art. 28 CPP ZG ; art. 90 CPP FR (voir à ce sujet Piller/Pochon 1998 Art. 90.1. ss.) ; art. 69 CPP SO ; art. 51 et 59 CPP BS ; art. 35 CPP BL ; art. 119 CPP SH ; art. 80 CPP AR ; art. 91 al. 3 et 95 lit. c CPP SG ; 89 al. 2 CPP GR ; art. 107 CPP AG ; art. 89 al. 3 et 4 CPP TG ; art. 130 et 132 CPP TI ; 146 CPP NE ; art. 44 et 84 CPP GE ; 157 s. CPP JU ; voir également Hauser/Schweri 1999 § 62 N 3.

un phénomène connu sous le nom de *victimisation secondaire*⁴⁵. C'est pourquoi les auditions doivent se limiter à ce qui est nécessaire. Il s'agit également d'éviter d'interroger les enfants et les anormaux mentaux à de multiples reprises sur les mêmes événements, étant entendu qu'il serait illusoire d'imaginer qu'une procédure peut, dans tous les cas, se contenter d'une seule audition⁴⁶.

L'alinéa 2 reprend une disposition figurant dans plusieurs lois de procédure cantonale et qui a fait ses preuves⁴⁷ : il s'agit de la possibilité offerte à la direction de la procédure de *déléguer à une autorité pénale ou un service social spécialisé (brigade des mineurs de la police, services psychologiques scolaires, etc.) les auditions de ce type*. Cette procédure garantit le professionnalisme et le tact de ces auditions et permet d'y procéder dans un environnement plus protégé que l'atmosphère parfois un peu rude qui entourent les interrogatoires des autorités pénales. Les personnes chargées de procéder à ces auditions (ou éventuellement des représentants des autorités pénales présents) doivent en dresser procès-verbal. Ces procès-verbaux ont alors valeur de preuve, étant précisé qu'il pourra s'avérer nécessaire, selon les cas, d'entendre en qualité de témoins les personnes qui ont procédé aux auditions et les autres personnes présentes. Si cela est utile, on pourra aussi, lors des auditions d'enfants ou d'anormaux mentaux par des autorités pénales ou par les organes auxiliaires mentionnés, faire appel à des *membres de la famille ou d'autres personnes de confiance* (p.ex. l'enseignant de l'enfant, le tuteur ou le curateur de l'anormal mental), ou encore à un professionnel (p.ex. un psychiatre).

L'alinéa 3 donne des règles applicables à *l'audition des sourds-muets*. Ceux-ci peuvent être entendus par écrit, ou en recourant aux différentes aides prévues à l'alinéa 2, ou encore avec l'aide d'un interprète spécialisé⁴⁸.

Ajoutons que lors d'auditions d'enfants ou d'anormaux mentaux, il est bien évidemment possible de prendre le cas échéant des mesures de protection au sens de l'article 161, et notamment de son al. 2 lit. *a* et *e*, et que le prévenu doit en principe être exclu de l'audience lorsqu'un enfant est entendu par une autorité spécialisée.

Autres mesures (art. 165 AP)

Parmi les autres mesures, il faut compter les *programmes (extra-procéduraux) de protection des témoins* dont la possibilité est évoquée à l'article 165 al. et que l'avant-projet a renoncé à introduire. De tels programmes peuvent cependant être mis en place par la Confédération et les cantons par le biais de leur loi d'introduction. Entre également en ligne de compte comme mesure de protection le *cautionnement préventif* de l'article 57 (nouv. art. 66) du code pénal pour lequel une procédure spéciale est prévue aux articles 399 à 401 AP. Selon les cas, le cautionnement préventif peut être ordonné à plus ou en lieu et place de mesures de protection des articles 161 et suivants AP.

⁴⁵ A ce sujet, voir Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 4 N 11, Remarques préliminaires ad. art 5-10 N 1.

⁴⁶ Voir Maurer 2000 322. Les résultats de l'initiative de la conseillère nationale Goll du 16 décembre 1994 (94.441 : Exploitation sexuelle des enfants. Meilleure protection), qui se trouve actuellement au stade des débats parlementaires, dont l'objectif est d'obtenir une révision partielle de la LAVI dans le domaine indiqué ne seront transposés qu'en temps voulu dans le code de procédure pénale fédéral.

⁴⁷ Voir par exemple art. 149c al. 3 CPP ZH ; art. 110 al. 2 CPP BE ; art. 80 al. 2 CPP AR ; 146 al. 2 CPP NE.

⁴⁸ Voir Hauser/Schweri 1999 § 62 N 3 ; art. 130 al. 2 LOJ ZH « *unter Beizug geeigneter Personene* » ; art. 63 al. 4 CPP BE ; art. 32 al. 1 CPP UR ; art. 85 al. 2 LOJ SZ ; art. 91 al. 1 CPP NW ; art. 73 al. 2 CPP SO ; art. 59 al. 2 CPP BS ; art. 115 al. 2 CPP AG ; art. 132 et 136 CPP TGI ; art. 205 CPP VD ; art. 61 CPP NE ; art. 84 CPP GE.

242 Audition du prévenu (chapitre 2, art. 166-171 AP)

Le prévenu est à la fois objet et sujet de la procédure pénale : d'un côté, il joue un rôle passif dans la mesure où la procédure est dirigée contre lui et où il doit subir notamment des mesures de contrainte ; de l'autre côté, il a également un certain nombre de droits de participation active à la procédure. En raison de cette double position, ses déclarations peuvent être utilisées comme moyen de preuve contre lui ou en sa faveur, contre ou en faveur d'éventuels co-auteurs. Ces déclarations ont habituellement une grande importance dans l'administration des preuves⁴⁹. C'est la raison pour laquelle la fonction du prévenu en matière de preuve doit faire l'objet d'une réglementation particulière.

242.1 Généralités (section 1, art. 166-168 AP)

Principe (art. 166 AP)

Les autorités compétentes peuvent à tous les stades de la procédure pénale entendre le prévenu sur les faits qui lui sont reprochés (al. 1) ; il s'agit des autorités au sens des articles 13 et 14, c'est-à-dire en premier lieu la police, puis le ministère public, l'autorité pénale compétente en matière de contraventions et enfin les tribunaux. Selon l'alinéa 2, ces autorités doivent donner l'occasion au prévenu de faire valoir son point de vue et de s'exprimer complètement sur les infractions dont on lui fait grief. Mais celui-ci n'est aucunement tenu de faire des déclarations (voir également l'art. 167 al. 1 lit b AP)⁵⁰.

Indications lors de la première audition (art. 167 AP)

Selon l'article 167 al. 1 AP, la police et le ministère public ont l'obligation de rendre le prévenu attentif à ses droits et à ses devoirs. Ce droit d'être informé de ses droits découle de l'article 6 ch. 3 lit. a CEDH et, depuis peu, en cas de privation de liberté, de l'article 31 al. 2 et plus généralement de l'article 32 al. 2 cst.⁵¹. L'obligation d'informer était déjà prévue dans plusieurs lois cantonales⁵², même si pour certaines d'entre elles elle ne s'appliquait qu'à partir de la comparution du prévenu devant le juge d'instruction ou le ministère public⁵³. Ces devoirs d'informer, déduits de la garantie des droits fondamentaux, concernent en priorité les

⁴⁹ Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Commentaire ad art. 65 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 2 s. ; Oberholzer 1994 256 ss. ; Padrutt 1996 Art. 1996 Art. 88 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 2011 ss. ; Schmid 1997 N 469 ss., 613.

⁵⁰ D'une façon générale : Aeschlimann 1997 N 840 ss. ; Clerc 1975 N 150 ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 1 ss. ; Maurer 1999 189 ss. ; Oberholzer 1994 258 ss. ; Piquerez 2000 N 1219 ss., 2016 ; Schmid 1997 N 613 ss.

⁵¹ A ce sujet, voir Haefliger/Schürmann 1999 219 ss. ; Schindler 1999 465 ss. ; Villiger 1999 N 504 ss.

⁵² Voir notamment art. 11 CPP ZH ; art. 105 CPP BE ; art. 76 al. 3 CPP LU (une révision de cette disposition et de l'art. 49 CPP est actuellement en cours à Lucerne ; selon l'al. 4 de l'art. 49, l'obligation d'informer le prévenu de ses droits existera déjà au niveau de la police) ; art. 39 al. 2 CPP OW ; art. 104 CPP NW ; art. 16 al. 3 et 44 al. 2 CPP BS ; art. 42 al. 1 et 102 CPP BL ; art. 79 al. 1 et 80 CPP SG ; art. 118 CPP TI ; art. 138 CPP NE ; art. 41 CPP GE ; voir également art. 156 CPP FR et art. 83 al. 3 et 123 al. 1 CPP JU, qui renvoient aux formulaires ad hoc.

⁵³ Par exemple : art. 11 CPP ZH ; art. 16 al. 3 CPP BL ; avec certaines restrictions art. 156 CPP FR. Parfois, les codes stipulent que le prévenu doit être informé de ses droits avant la première audition, ne précisant pas si cette disposition vise également le premier interrogatoire de la police. Il faut encore relever que certaines jurisprudences cantonales, influencées par l'article 31 al 2 cst., ont parfois décidé, semble-t-il en l'absence de toute base légale, que ces indications devaient être fournies dès le stade des interrogatoire de police ; sur l'ensemble de cette question, voir «Plädoyer» 5/2000 p. 22 s.

cas de privation de liberté, c'est-à-dire les auditions liées à l'arrestation du prévenu⁵⁴. Toutefois, l'article 167 al. 1 AP propose qu'ils soient observés également lors des auditions d'un prévenu laissé en liberté⁵⁵. Plusieurs raisons plaident en faveur de cette solution. Eu égard à l'importance de l'enquête préliminaire et des preuves recueillies au cours de celle-ci pour la suite de la procédure, et compte tenu de l'importance croissante que prend l'enquête de police par rapport à celle du ministère public, il convient de renforcer les droits de la défense au cours de la phase préliminaire⁵⁶. Il ne paraît guère raisonnable d'admettre au rang des moyens de preuve les déclarations faites par le prévenu à la police, au ministère public et devant les tribunaux alors qu'on n'informerait celui-ci de ses droits – notamment le droit de refuser de faire des déclarations et le droit d'être assisté d'un défenseur – qu'au moment de sa comparution devant le ministère public. S'il est vrai que l'avant-projet prévoit d'une façon générale qu'il incombe à la police d'informer le prévenu de ses droits avant sa première audition au niveau de l'enquête préliminaire, cette règle souffre certaines restrictions. En premier lieu, le devoir d'informer n'existe qu'à partir du début de la première audition (dont le contenu doit être consigné dans un procès-verbal). Echappent ainsi à l'obligation d'informer les cas dans lesquels la police aborde et interroge oralement des personnes dans le cadre d'un contrôle de parcomètre ou à la suite d'un accident de la circulation. Les restrictions de cet ordre s'imposent dans la mesure où, dans ce genre de situation, la position de l'intéressé dans la procédure n'est généralement pas encore certaine. Il est donc précisé que l'information du prévenu ne doit avoir lieu qu'avant la première audition par la police ou le ministère public ; cela signifie que si le prévenu a été régulièrement et complètement informé de ses droits par la police, le ministère public ou un tribunal est dispensé de réitérer cette information. D'autre part, cette disposition consacrant l'obligation d'informer ne dit rien sur le moment à partir duquel le défenseur peut intervenir, et notamment s'entretenir librement avec le prévenu et prendre part aux actes de procédure. Ces questions sont réglées aux articles 168 et 236 AP, celle de la première consultation du dossier à l'article 111 AP.

Les lettres *a* à *c* de l'alinéa 1 viennent préciser l'obligation générale d'informer qui s'impose à la police et au ministère public. A l'ouverture de toute procédure pénale, le prévenu doit être informé de la façon suivante :

- En vertu de la lettre *a*, le prévenu se voit informer qu'une procédure pénale est ouverte contre lui et signifier les infractions qui font l'objet de la procédure. La personne entendue doit donc avoir conscience que c'est contre elle qu'est dirigée la procédure. Quant à l'information sur les infractions visées, elle est de nature générale. Il s'agit d'indiquer au prévenu les faits qui constituent l'objet de l'enquête et l'incrimination générale qui s'y rapporte, et non pas de définir avec précision la nature des éléments constitutifs légaux retenus. Il va de soi, notamment au début des investigations de la police, que les infractions reprochées au prévenu soient encore assez vagues.
- Selon la lettre *b*, le prévenu doit être informé qu'*il peut refuser de faire des déclarations*.
- En vertu de la lettre *c*, le prévenu sera informé de son droit de *faire appel à un défenseur et de demander le concours d'un interprète*. Au début de l'instruction du ministère public,

⁵⁴ C'est le cas du fameux avertissement « Miranda » propre à la procédure pénale américaine qui (on omet souvent de le préciser) ne doit être prononcé que lors de la mise en détention ou dans d'autres situations de contrainte. Voir Schmid 1993 132 ss.

⁵⁵ C'est ce qu'ont suggéré les experts (du moins en ce qui concerne le droit de se taire) en se référant à la règle prévue dans le code de procédure pénale bernois (« De 29 à l'unité », p. 112 in fine).

⁵⁶ Sur ce sujet, voir Müller-Hasler 1998 35 ss., 110ss. ; Oberholzer 1994 50 ss. ; Schmid 1997 N 782.

et à ce stade seulement, il conviendra de déterminer, dans les cas où la défense est obligatoire (art. 136 ss. AP et 137 AP), si le prévenu entend constituer un défenseur de choix ou s'il faut lui en désigner un d'office.

Il est évident que ces indications doivent être consignées au procès-verbal ; il sera toutefois recommandé de remettre au prévenu les formules de requête ad hoc et de mentionner également ce fait dans le procès-verbal.

La sanction prévue à l'alinéa 2 est importante : les auditions qui interviennent sans ces indications ne sont pas utilisables.

Interrogatoires de police dans la procédure d'investigation (art. 168 AP)

L'article 168 al. 1 AP revient sur la règle fondamentale de l'article 166 al. 1 AP. Toutes les autorités pénales prévues au article 13 et 14 AP, ce qui inclut la police, ont le droit d'entendre le prévenu et doivent tenir un procès-verbal de l'audition.

Les alinéas 2 et suivants règlent la question controversée de la présence de l'avocat dès les premiers instants de la procédure. Actuellement, seuls quelques rares cantons autorisent le défenseur à intervenir activement au moment de l'arrestation provisoire, c'est-à-dire d'être présent lors des interrogatoires effectués par la police dans le cadre de la procédure d'investigation⁵⁷. Tout aussi frileuses sont les dispositions définissant le moment à partir duquel le prévenu et son défenseur peuvent communiquer librement : selon les cas, les premiers contacts sans surveillance n'interviennent qu'après que la requête de mise en détention a été soumise au juge de la détention⁵⁸, vingt-quatre heures après le début des interrogatoires de police⁵⁹, après que la garde à vue a été ordonnée⁶⁰ ou encore seulement après communication de la décision de mise en détention provisoire⁶¹. A l'étranger également, ces droits, et notamment celui de participer à la procédure dès le début de celle-ci, c'est-à-dire dès la phase des interrogatoires de police, ne sont pas partout garantis. Dans les systèmes juridiques anglo-saxons, il est vrai, le droit du prévenu de participer activement à la procédure dès l'arrestation est accordé depuis longtemps⁶². En Europe continentale, toutefois, cette participation n'est pas partout possible. Admise en Italie⁶³, elle est refusée en Allemagne⁶⁴. La *commission d'experts* ne s'est pas expressément déclarée en faveur de « l'avocat de la première heure » mais a souligné la nécessité de prévoir des mesures de surveillance et de protection appropriées ; elle a également estimé qu'il conviendrait d'examiner l'opportunité d'un modèle faisant intervenir un médiateur auquel la personne mise en détention pourrait s'adresser⁶⁵. Dans leur rapport, les experts ont toutefois relayé l'appréciation négative

⁵⁷ C'est par exemple le cas à Soleure : voir art. 7 al. 2 CPP SO (selon les autorités pénales soleuroises, ce système fonctionne sans problème ; aucune entrave à la justice semble n'avoir été constatée) ; cette pratique semble aussi avoir cour en Argovie, fondée sur l'art. 57 CPP AG en relation avec les articles 123 al. 1 et 126.

⁵⁸ P.ex. art. 18 al. 1 CPP ZH ; voir Schmid 1997 N 496.

⁵⁹ P.ex. art. 107A, al. 3 lit. g CPP GE dans la version du 23.4.1998 ; en ce qui concerne la compatibilité de cette règle avec la cst. et la CEDH, voir ATF 126 Ia 153.

⁶⁰ Art. 174 al. 3 CPP BE.

⁶¹ Art. 64a al. 3 CPP OW ; art. 100 CPP TI.

⁶² Voir Schmid 1993 123 ss.

⁶³ Au moins en ce qui concerne les actes de procédure de la police judiciaire (*polizia giudiziaria*) ; voir art. 350 et 356 CPP italien.

⁶⁴ Présence possible uniquement lors des auditions conduites par le ministère public, mais non pas lors des interrogatoires de police. Voir Kleinknecht-Meyer/Gössner 1999 § 163 N 16.

⁶⁵ Sur ce point et au sujet de ce qui suit, voir « De 29 à l'unité », p. 110. L'instauration d'un médiateur est écartée dans l'avant-projet ; voir ch. 253.3, remarques à propos de l'art. 231 AP.

formulée à l'égard des dispositions helvétiques ad hoc par les comités qui veillent au respect de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants⁶⁶ et de la convention européenne analogue⁶⁷. Dans ces rapports, la Suisse a été épinglée parce l'institution de « l'avocat de la première heure » fait défaut dans sa législation⁶⁸. Lors des auditions⁶⁹ et dans la littérature récente⁷⁰, certaines voix se font entendre en faveur de cette institution.

Le *Tribunal fédéral* et les instances suprêmes des différents cantons ont jusqu'à présent refusé de déduire ce droit de l'ancien article 4 cst. et de l'article 6 al. 3 CEDH⁷¹. La jurisprudence strasbourgeoise laisse toutefois planer le doute sur la question de savoir si cette exclusion est compatible avec l'art. 6 ch. 3 CEDH⁷². Mais il est remarquable que l'article 31 al. 2 de la nouvelle constitution fédérale – en harmonie avec l'article 6 al. 3 CEDH – accorde à la personne privée de liberté le droit d'être informée immédiatement et dans une langue qu'elle comprend des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens et mette celle-ci en mesure de faire valoir les droits de la défense. Mais dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a malgré tout refusé, en se référant aux décisions des instances strasbourgeoises⁷³, d'accorder d'une façon générale au défenseur le droit de conférer librement avec le prévenu dès la première heure de la garde à vue⁷⁴. En l'espèce, le code de procédure pénale genevois qui ne prévoit cette possibilité qu'à partir du moment où le prévenu a été entendu par l'officier de police mais au plus tard vingt-quatre heures après le début de l'interrogatoire (art. 107a ch. 3 lit g), a été jugé compatible avec le droit de rang supérieur.

En ce qui concerne les *droits de la défense pendant la procédure d'investigation*⁷⁵, l'article 168 al. 2 ss. AP propose *des solutions différenciées*. Cette approche résulte du constat que l'exclusion générale de la défense lors des interrogatoires de police pose problème au regard du modèle d'instruction retenu pour cet avant-projet, modèle postulant l'unicité de l'enquête de police et de l'instruction du ministère public. Ce qui est essentiel, c'est que ce système accorde une valeur probante aux interrogatoires de la police, ce qui implique un renforcement

⁶⁶ RS 0.105.

⁶⁷ RS 0.106.

⁶⁸ Voir ATF 126 I 162.

⁶⁹ Auditions, pp. 16, 21 ss., 75, 106 ss., 122 ss. ; voir également pp. 84 et 143 ; contre cette solution : pp. 55, 66, 153.

⁷⁰ D'une façon générale : Piquerez 2000 N 1205 ss.

⁷¹ Ainsi dans le canton de Zurich le 21.1.1994 dans une cause E.Th et consorts c. Ministère public, jugée par le Tribunal de cassation ; voir également « Kriminalistik » 1997 525. Le droit à la présence de l'avocat ne résulte pas sans autre de l'art. 6 ch. 34 CEDH ; voir l'ATF du 20.12.1993 publié dans la NZZ n° 33 du 9.2.1994. Le refus d'autoriser la présence du défenseur pendant les quarante-huit premières heures de l'interrogatoire de police dans les circonstances particulières de l'espèce (droit de se taire restreint) a cependant été jugé contraire à la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme le 8 février 1996 ; EuGRZ 23 (1996) 571, 587. Critique à l'égard de l'exclusion de l'avocat lors de la procédure d'investigation policière dans le canton de Zoug : voir l'arrêt de la Cour d'appel de Zoug publié dans « Plädoyer » 4/1997 p. 61.

⁷² Voir Murray, Grande-Bretagne (Reports 1996-I p. 55) et dans EuGRZ 23 (1996) 587 ss. (Il s'agit d'une affaire particulière dans laquelle un certain Murray a été arrêté sous la prévention de terrorisme et n'a eu le droit d'être assisté par un avocat quarante-huit heures plus tard seulement alors que, selon le droit applicable, son refus de répondre aux questions pouvait permettre des conclusions défavorables à son encontre ; voir également un cas analogue jugé le 6.6.2000 par la Cour dans une cause Averill contre le Royaume Uni ; à ce sujet, voir ZR 99 (2000) N§ 65 p. 185 ; Villiger 1999 N 516 ; Müller-Hasler 1998 10.

⁷³ Principalement l'affaire Murray évoquée ci-dessus.

⁷⁴ ATF 126 I 159 ss.

⁷⁵ A propos du problème analogue de la défense lors de la procédure d'arrestation devant le ministère public, voir l'art. 236 AP. Selon l'avant-projet, la situation juridique se présente différemment lors des interrogatoires de police qui se déroulent après l'ouverture de l'instruction à la requête du ministère public. Voir l'art. 343 al. 5 AP.

des droits de la défense. Cela vaut tout spécialement lorsque le prévenu est arrêté, cas dans lesquels le nouvel article 31 al. 2 est. fait apparaître l'amélioration de ces droits comme incontournable. Or, l'avant-projet s'abstient de prévoir des droits plus étendus pour la défense au stade de la procédure d'investigation. Ceux-ci sont plutôt aménagés de la façon suivante :

L'alinéa 2 propose que lors de l'interrogatoire d'un prévenu intervenant dans le cadre d'une arrestation provisoire au sens de l'article 229 AP, la police accorde au défenseur le droit de participer aux interrogatoires. Il apparaît justifié de lui permettre également de communiquer librement avec le prévenu dès cette phase dans la mesure où cette faculté est essentielle pour une défense efficace. Le libellé de cette disposition implique cependant un certain nombre de restrictions. Tout d'abord, les droits mentionnés ne sont accordés que si la privation de liberté résulte d'une arrestation provisoire ; tel n'est donc pas le cas lorsque le prévenu est appréhendé et brièvement interrogé au sens des articles 226 et suivants AP. Ensuite, ces droits liés à l'arrestation provisoire ne sont accordés que sur requête du prévenu ou de son défenseur ; dans les cas où la défense est obligatoire (voir art. 136 AP), il n'y sera pourvu que plus tard, au stade de la procédure préliminaire devant le ministère public. Enfin, les droits de participation du défenseur ne s'exercent que lors des interrogatoires du prévenu ; le défenseur ne peut pas participer à d'autres administrations de preuves telles que l'audition de personnes entendues aux fins de renseignement.

En ce qui concerne les interrogatoires de police qui se déroulent pendant la procédure d'investigation mais sans qu'il y ait arrestation, l'alinéa n'oblige pas la police à y admettre systématiquement le défenseur. Cela donne à la police la possibilité, notamment en cas d'urgence (par exemple : audition pendant la nuit à la suite d'un accident de la circulation) de passer outre le souhait du prévenu et de procéder à l'interrogatoire sans délai, hors la présence d'un avocat. Cette solution apparaît défendable : d'une part, le prévenu a toujours la possibilité de refuser de répondre aux questions, droit auquel il a précédemment été rendu attentif ; d'autre part, la valeur probante de l'audition qui se déroule sans que le défenseur soit admis à y participer en dépit de la demande formulée par le prévenu est relativisée à l'alinéa 4 en ce sens que les procès-verbaux ne peuvent être utilisés comme preuves contre le prévenu que si celui-ci en confirme l'exactitude ultérieurement, en cours d'instruction ou devant le tribunal.

242.2 Interrogatoire par le ministère public et les tribunaux (section 2, art. 169-171 AP)

Interrogatoire par le ministère public sur les faits (art. 169 AP). Examen des circonstances personnelles (art 170 AP). Interrogatoire par le tribunal (art. 171 AP)

Ces trois articles décrivent la procédure que doivent suivre le ministère public et les tribunaux lorsqu'ils interrogent les prévenus. Comme ces dispositions correspondent au droit procédural actuellement en vigueur⁷⁶ et qu'elles ne soulèvent pas de question particulière, d'autres explications sont superflues. Les droits de participation sont régis par l'article 159 AP, ceux de la défense – d'un prévenu arrêté – dans les phases de la procédure qui suivent celle de l'investigation policière, par les articles 236 et 248 AP.

⁷⁶ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 840 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 7, § 82 N 5 ss. ; Maurer 1999 189 s. ; Oberholzer 1994 255 ss. ; Piquerez 2000 N 2040 ss. ; Schmid 1997 N 617 ss.

243 Témoins (chapitre 3, art. 172-185 AP)

La preuve par témoin revêt traditionnellement un rôle important dans la procédure pénale. C'est pourquoi elle fait l'objet d'une réglementation relativement exhaustive dans la plupart des codes actuellement en vigueur. Les dispositions contenues dans les différentes lois de procédure pénale que nous connaissons en Suisse ne divergent guère les unes des autres et les solutions adoptées dans l'avant-projet s'y conforment pour l'essentiel. Dans certains domaines, toutefois, le projet fait œuvre de pionnier, notamment en ce qui concerne le devoir de discrétion des témoins (art. 175 AP) et le droit du témoin de refuser de témoigner pour sa propre protection (art. 181 AP).

243.1 Généralités (section 1, art. 172-175 AP)

Définition; devoir de témoigner (art. 172 AP)

Toute personne susceptible de faire des déclarations pertinentes concernant la procédure sans être ni un prévenu ni une personne entendue aux fins de renseignement est considérée comme un témoin et doit être entendue conformément aux dispositions y relatives. Un autre élément qui caractérise le témoin est son obligation légale de témoigner, à moins qu'il ne soit dispensé de celle-ci à raison d'un droit de refuser de témoigner⁷⁷. Ces principes sont ancrés à l'article 172 AP.

Capacité de témoigner (art. 173 AP)

Pour l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence⁷⁸ ainsi que pour les lois de procédure⁷⁹ qui règlent expressément la question, *toute personne capable de discernement peut témoigner* (al. 1). La personne à entendre en cette qualité doit donc, par analogie avec l'article 16 du code civil, être en mesure de faire des observations sensées, puis d'en rendre compte de façon raisonnable⁸⁰. En cas de doute, la direction de la procédure pourra désigner un expert afin de déterminer la capacité de discernement d'un témoin (art. 174 al. 2 AP).

La question de l'âge à partir duquel un enfant peut être considéré comme capable de témoigner – problème récurrent dans la mesure où il n'est pas souvent réglé expressément par la loi – trouve une réponse à l'alinéa 2 qui stipule que les enfants de moins de quinze ans ne peuvent a priori être entendus comme témoins mais uniquement comme personnes entendues aux fins de renseignement (art. 186 al. 1 lit. b AP). Les adolescents âgés de plus de quinze ans sont normalement capables de discernement dans pratiquement toutes les circonstances de la vie, de sorte qu'ils peuvent être entendus comme témoins.

⁷⁷ Sur l'obligation de témoigner envisagé comme un devoir citoyen, voir « De 29 à l'unité », p. 100 ; pour d'autres considérations sur le sujet : Aeschlimann 1997 N 856 ; Clerc 1975 N 151 ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 1 ; Maurer 1999 191 ss. ; Oberholzer 1994 264 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 77.5.ss. ; Padrutt 1996 Art. 89 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 2084 ss. ; Schmid 1997 N 628 ss.

⁷⁸ Aeschlimann 1997 N 848 ss. ; Clerc 1975 N 151 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 2 ss. ; Maurer 1999 193 s. ; Oberholzer 1994 266 ss. ; Piquerez 2000 N 2081, 2091 ss. ; Schmid 1997 N 631.

⁷⁹ Il semble que seul l'art. 84 al. 1 CPP NW mentionne *expressis verbis* les « personnes capables de discernement ». Les autres codes de procédure font simplement référence à l'obligation générale de témoigner dans les limites de la loi : art. 74 PPF ; art. 128 CPP ZH ; art. 108 CPP BE ; art. 91 al. 1 CPP LU ; art. 85 CPP UR ; art. 47 CPP SZ ; art. 47 CPP OW ; art. 29 al. 1 CPP ZG ; art. 62 CPP SO ; art. 44 al. 1 CPP BS ; art. 52 CPP BL ; art. 89 al. 1 CPP GR ; art. 108 CPP SH ; art. 73 CPP AR ; art. 36 CPP AI ; art. 96 CPP AG ; art. 89 al. 1 CPP TG ; art. 84 ch. 1 CPP VS ; art. 42 CPP GE.

⁸⁰ Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 157 N 2 ; Hauser 1974 63 ss.

Les alinéas 3 à 5 régissent la *capacité de témoigner de la partie plaignante*. Rien ne s'oppose à l'audition du lésé comme témoin s'il n'entend pas participer activement à la procédure en qualité de partie plaignante. Il en va de même du lésé qui renonce à être partie plaignante ou qui a retiré ses conclusions civiles (al. 4).

A quel titre faut-il entendre les *lésés qui se constituent partie plaignante* ? Jusqu'à présent, dans de nombreux cantons, le lésé qui intervenait dans la procédure comme plaignant – généralement en qualité de partie civile – pouvait être entendu comme témoin, était même tenu de témoigner⁸¹. D'autres cantons, en revanche, dénie à la partie plaignante la qualité de témoin⁸² et lui attribue la qualité de personne entendue aux fins de renseignement⁸³. Comme l'avant-projet considère le plaignant comme une partie (art. 114 lit. b et 125 AP), il ne paraît guère possible d'entendre ce dernier comme témoin puisqu'une partie ne saurait témoigner⁸⁴. Ce point de vue se vérifie avec d'autant plus d'acuité si l'on considère que la partie plaignante fait généralement valoir des conclusions civiles et que dans le procès civil – semblable à cet égard – une partie n'entre pas en ligne de compte comme témoin⁸⁵, opinion que les experts ont manifestement partagée⁸⁶. A l'argument selon lequel on perd souvent ainsi l'unique témoin – légalement tenu de déposer et de dire la vérité – susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité⁸⁷ par des déclarations sinon décisives du moins essentielles, il convient d'opposer le fait que l'audition de la partie plaignante aux fins de renseignement peut apporter les mêmes résultats. Il convient de souligner ici qu'en vertu de l'article 188 al. 1 AP mis en relation avec l'article 186 al. 1 lit. a AP, la partie plaignante est tenue de déposer en qualité de personne entendue aux fins de renseignement et se voit exhortée à dire la vérité par l'article 189 al. 2 AP (lequel ne prévoit, il est vrai, aucune sanction).

Enfin, l'article 3 règle le cas dans lequel *le lésé n'a pas encore déclaré, au moment de son audition, s'il entendait ou non se constituer partie plaignante (voir l'art. 130 AP)*. En principe, il peut encore se déterminer jusqu'au terme de la procédure préliminaire (art. 130 al. 3 AP), alors que l'audition, elle, doit avoir lieu pendant celle-ci. C'est pourquoi, dans l'intervalle, le lésé sera entendu provisoirement comme personne entendue aux fins de renseignement ; en revanche, dès l'instant où il a renoncé à se constituer partie plaignante ou a retiré ses conclusions civiles, il sera entendu comme témoin.

Renseignements sur les témoins (art. 174 AP)

L'article 174 al. 1 AP a pour but de garantir la protection de la personnalité des témoins et n'autorise donc des *recherches sur les antécédents et sur les circonstances personnelles d'un témoin* que si elles sont nécessaires pour apprécier sa crédibilité.

⁸¹ Voir par exemple art. 128 CPP ZH ; art. 26 al. 2 CPP ZG ; art. 109 al. 1 CPP SH ; art. 89 al. 2 CPP TG ; art. 139 CPP TI.

⁸² Art. 107 s. CPP BE ; art. 46 CPP OW ; art. 90 CPP LU ; art. 84 CPP NW ; art. 153 CPP JU. Sur l'ensemble de la question, voir Hauser 1974 71 ss., avec d'autres références.

⁸³ Art. 50 al. 1 CPP OW ; art. 70 al. 1, 2^{ème} phrase CP SO ; art. 51 CPP BS ; art. 43 CPP GE. D'une façon générale en raison des liens étroits avec l'objet du litige et/ou d'une partialité particulière : art. 83 al. 2 CPP GL ; art. 70 ch. 2 CPP AR ; art. 95 lit. b CPP SG ; art. 89 al. 2 CPP TG.

⁸⁴ Clairement exprimé à l'art. 108 al. 1 CPP BE.

⁸⁵ Voir notamment Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 150 N 1 ss. ; Vogel 1999 § 48 N 128.

⁸⁶ « De 29 à l'unité », p. 103 in medio.

⁸⁷ Voir à ce sujet Hauser 1974 73 s. qui mentionne des opinions différentes. Contre l'audition en qualité de personne entendue aux fins de renseignement, voir Susanne Vogel 1999 157, qui invoque l'argument du droit de refuser de témoigner, lequel n'est pas pertinent dans le cadre du présent avant-projet.

L'alinéa 2 crée la base légale qui permettra le cas échéant de demander une *expertise psychiatrique afin de déterminer la capacité de discernement d'un témoin*⁸⁸. Ce type d'expertise ne peut toutefois être demandé que dans le strict respect du principe de la proportionnalité. D'une part, l'importance de l'affaire doit justifier une telle mesure qui représente toujours une intervention non négligeable dans la sphère personnelle de l'intéressé. Ainsi, une demande d'expertise psychiatrique formulée en relation avec un délit mineur serait jugée disproportionnée. D'autre part, on ne saurait envisager de demander l'évaluation psychiatrique d'un témoin si le témoignage attendu n'a que peu d'importance pour l'issue de la cause. L'expertise doit être ambulatoire. On peut imaginer une admission en clinique à cette fin, mais celle-ci ne serait pas possible sans le consentement de l'intéressé⁸⁹. L'alinéa 2 précise bien que seule des personnes dont la capacité de témoigner paraît douteuse pour des raisons psychologiques peuvent faire l'objet d'une expertise mentale. Quant à la question de la crédibilité d'un témoin psychologiquement normal, il appartient au tribunal d'y répondre⁹⁰.

Devoir de discrétion des témoins (art. 175 AP)

Si plusieurs personnes doivent être entendues sur les mêmes faits, il peut s'avérer nécessaire, dans l'intérêt de la vérité, d'astreindre le témoin à *garder le silence sur les auditions effectuées, voire simplement envisagées et sur leur objet*. Jusqu'à présent, les autorités pénales devaient se contenter d'inviter les témoins à faire preuve de discrétion, sans avoir le pouvoir de les y obliger ; un devoir de discrétion proprement dit n'était connu que de quelques rares lois de procédure⁹¹. L'article 175 al. 1 AP donne désormais aux autorités pénales la possibilité d'imposer cette discrétion en se référant à la peine menacée de l'article 292 CP. Cette mesure n'est toutefois admise qu'en présence d'un risque effectif qu'un témoin soit influencé et que cette circonstance compromette la recherche de la vérité.

L'alinéa 2 prescrit que *l'injonction à la discrétion doit être limitée dans le temps*. Cette mesure doit donc être ordonnée pour une durée limitée (p.ex. jusqu'au 15 mai 2001) ou dépendre du déroulement de la procédure (p.ex. jusqu'à ce que toutes les personnes présentes à la séance du conseil d'administration de X SA du 3 novembre 2000 aient été entendus). Pour que l'astreinte à discrétion atteigne son but, il doit être possible de l'associer à la citation du témoin.

243.2 Droits de refuser de témoigner (section 2, art. 176-183 AP)

L'obligation générale de témoigner prescrite à l'article 172 al. 2 AP tombe lorsque l'un des motifs de refus énumérés aux articles 176 et suivants est réalisé. La liste est exhaustive. C'est en principe la direction de la procédure compétente au moment où la question se pose qui statue sur l'existence d'un motif permettant au témoin de refuser de témoigner. Cette décision peut être attaquée par la voie du recours (art. 461 ss. AP).

⁸⁸ A propos de cette exigence, voir RSJ 64 (1968) 26 ss. (en ce qui concerne le procès civil) ; Hauser 1974 120 ss. ; Schmid 1997 N 731.

⁸⁹ Voir également les références citées à propos de l'art. 195 AP.

⁹⁰ A ce sujet, voir RJB 136 (2000) 138 ; Hauser 1974 21 ss. ; Oberholzer 1994 279 s. ; Schmid 1997 N 631, 731.

⁹¹ Voir par exemple art. 122 al. 2 CPP BE ; art. 100 al. 4 CPP LU ; art. 84 CPP FR (sur ce point, voir Piller/Pochon 1998 Art. 84.1.ss.).

Droit de refuser de témoigner fondé sur des relations personnelles (art. 176 AP)

Toute personne liée par des liens familiaux avec le prévenu bénéficie traditionnellement d'un droit de refuser de témoigner qui est modulé en fonction du degré de parenté⁹². L'alinéa 1 énumère les liens de parenté privilégiés en tenant compte de certaines formes modernes de vie commune (concubinat, lit. a 2^{ème} partie de la phrase⁹³) et des personnes qui ont des enfants communs avec le prévenu (lit b). Tout comme le rapport d'experts⁹⁴, l'avant-projet renonce à instaurer un droit de refuser de témoigner fondé sur les fiançailles.

L'alinéa 2 apporte une *restriction au droit de refus de témoigner fondé sur les liens de parenté*, exception peu fréquente dans les lois de procédure suisses⁹⁵ mais que les experts⁹⁶ ont justifiée par de bonnes raisons : dès lors qu'est commise, dans le cadre familial, une infraction grave attentant à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté, ou encore relevant du domaine sexuel, le droit de refuser de témoigner doit, compte tenu de la pesée des intérêts en présence, céder devant l'intérêt qu'a l'Etat de poursuivre cette infraction. C'est là le moyen d'éviter que des actes graves ne soient pas punis parce que des membres de la famille ont invoqué le droit de ne pas témoigner. X, qui était présent lorsque son frère Y a tenté de tuer leur père Z, sera donc tenu de témoigner. Il faut noter cependant que le droit de refuser de témoigner de la victime au sens de l'article 7 al. 2 LAVI, repris à l'article 181 al. 4 AP, ne s'en trouve pas affecté.

Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret de fonction (art. 177 AP)

Les fonctionnaires et les membres des autorités sont soumis au *secret de fonction* en vertu de l'article 320 CP et du droit administratif en vigueur. Ils ont donc l'interdiction de déposer en qualité de témoin sur de faits dont ils ont eu connaissance à raison de leur position⁹⁷. Ce droit (ou plutôt : ce devoir) de refuser de témoigner, traditionnel également, est consacré à l'alinéa 1.

L'alinéa 2 restreint le *droit de refuser de témoigner des fonctionnaires et des membres des autorités dans la mesure où ceux-ci sont soumis à une obligation de dénonciation* (voir art. 330 AP). Dès lors, les membres des autorités pénales, notamment, sont tenus de déposer sur les constatations faites dans le cadre de procédures en cours, par exemple par un policier sur les lieux d'une infraction. De ce fait, les fonctionnaires ne devront plus être délié du secret de

⁹² Voir « De 29 à l'unité », p. 100 s. ; en général : Aeschlimann 1997 N 866 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 194 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 152 N° 1 ; Hauser 1974 176 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 14 ss. ; Maurer 1999 201 s. ; Oberholzer 1994 268 ; Piller/Pochon 1998 Art. 78.1.ss ; Padrutt 1996 Art. 90 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 2111 ss. ; Schmid 1997 N 634.

⁹³ Avaient fait de même : art. 113 al. 1 ch. 1 CPP BE ; art. 78 lit. b CPP FR ; art. 63 al. lit. b CPP SO ; art. art. 45 al. 1 lit. c CPP BS ; art. 54 al. 1 lit. a CPP BL ; art. 112 lit. e CPP SH ; art. 84 al. 1 lit. b CPP SG ; art. 125 lit. a CPP TI ; à propos de ce refus de témoigner, voir « De 29 à l'unité », p. 101 ; Voir également Piquerez 2000 N 2111 in fine, en particulier la note 111.

⁹⁴ « De 29 à l'unité », p. 101.

⁹⁵ On la trouve notamment dans les codes suivants : art. 74 al. 2 CPP AR ; art 84 al. 3 CPP SG ; art. 160 al. 2 CPP JU ; à ce sujet, voir Hauser 1974 271 ; Piquerez 2000 N 2114.

⁹⁶ « De 29 à l'unité », p. 101. Les auditions ont révélé un certain scepticisme à l'égard d'une telle réglementation : voir notamment pp. 1998 Art. 9, 15, 74, 85, 93, 104, l'exemple négatif qui y est partiellement évoqué (voies de fait entre un fils adulte et son père) n'étant de toute manière pas envisagé dans le concept choisi ici.

⁹⁷ Voir à ce sujet Hauser 1974 202 ; Aeschlimann 1997 N 873 ss. ; Clerc 1975 N 152 N° 2 lit. e ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 22a ; Maurer 1999 203 s. ; Oberholzer 1994 271 s. ; Piquerez 2000 N 2121 ss. ; Schmid 1997 N 639.

fonction par leur hiérarchie, formalité jusqu'alors exigée dans de nombreux cantons. En revanche, cette autorisation reste nécessaire lorsque la déposition porte sur des faits qui échappent à l'obligation de dénonciation (al. 2, 2^{ème} partie).

Selon l'alinéa 3, qui se conforme en cela à la doctrine et à la jurisprudence⁹⁸, l'autorité hiérarchique *doit délier ses fonctionnaires du secret et ne peut refuser de le faire*⁹⁹ lorsque l'intérêt à la découverte de la vérité dans la procédure en cause prime sur l'intérêt que l'autorité et d'éventuels particuliers concernés peuvent avoir au secret.

Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel (art. 178 AP)

Se fondant sur l'article 321 CP et sur les dispositions de droit civil relatives au mandat¹⁰⁰, les personnes exerçant un profession dont l'un des aspects essentiels réside dans le respect de la confidentialité sont liées par le secret. Il ne sont donc pas autorisés à témoigner de leurs relations avec leurs patients, leurs clients, etc.¹⁰¹. Les détenteurs du secret professionnel au sens de l'article 178 al. 1 AP sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux de l'article 321 CP¹⁰². Comme la doctrine et la jurisprudence dominantes ne reconnaissent pas aux réviseurs, tenus au secret en vertu de la norme pénale citée, le droit de refuser de témoigner¹⁰³, ils ne sont pas mentionnés dans ce premier alinéa.

Jusqu'à présent, les psychothérapeutes non médecins et les psychologues qui soignent des patients ne figuraient pas dans le catalogue des détenteurs du secret professionnel au sens de l'article 321 CP¹⁰⁴. Dans le passé, toutefois, différents milieux ont exprimé le souhait que toutes les personnes du secteur de la santé au sens large soient soumises au secret professionnel et bénéficient ainsi du droit de refuser de témoigner. Tel est également l'objet de la motion Hollenstein déposée au Conseil national le 22 juin 2000¹⁰⁵. Dans sa réponse du 6 septembre 2000, le Conseil fédéral explique que les personnes appartenant à des professions paramédicales sont déjà tenues par l'article 35 LPD¹⁰⁶ de respecter la confidentialité des données, que la question d'un éventuel droit de refuser de témoigner pour ces personnes était étudiée dans le cadre de l'élaboration d'une procédure pénale unifiée et qu'il s'agirait d'examiner également s'il y avait lieu de modifier l'article 321 du code pénal et dans l'affirmative, sous quelle forme. Le présent projet se contente de ménager aux psychothérapeutes et aux psychologues qui entretiennent des relations d'assistance avec leurs patients le droit de refuser de témoigner ; il est prévu de transmettre au Parlement, en même temps que le projet de loi, une proposition de modification de l'article 321 CP. Contrairement à ce que souhaitait la motion Hollenstein, ces nouveautés ne permettront pas d'accorder à tous les professionnels de la santé le droit de refuser de témoigner. Ce droit sera au contraire

⁹⁸ Voir parmi d'autres Trechsel 1997 Art. 320 N 11 s.

⁹⁹ Pour plus de détails, voir Schultz 1979 376 ss

¹⁰⁰ Art. 394 ss. CO.

¹⁰¹ Voir Hauser 1974 203 ss. ; Aeschlimann 1997 N 879 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 196 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 152 N° 2 lit. a-d ; Maurer 1999 205 ss. ; Oberholzer 1994 269 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 79.1 ss. ; Piquerez 2000 N 2132 ss. Hauser/Schweri 1999 § 62 N 23 ss. ; Schmid 1997 N 636 s.

¹⁰² En ce qui concerne les avocats, voir l'art. 13 de la nouvelle loi sur la profession d'avocat.

¹⁰³ Pra 85 (1996) N° 198 = Plädoyer 3/96 71 ; expressément : art. 116 al. 1 dernière phrase CPP BE ; à ce sujet Aeschlimann 1997 N 881 ; Piquerez 2000 N 2134, 2170 s. Schmid 1997 N N 640 ; différemment : Hauser/Schweri 1999 § 62 N 24.

¹⁰⁴ Mais en revanche dans quelque rares énumérations cantonales de personnes autorisées à refuser de témoigner. Voir notamment art. 86 ch. 5 CPP UR ; art. 112 al. 1 lit. d CPP SH ; art. 84 al. 1 lit. d et 85 lit. b CPP SG. Voir également Hauser/Schweri 1999 § 62 N 26 ; Piquerez 2000 N 2134.

¹⁰⁵ N° 00.3344, signée par cent cinq autres conseillers nationaux.

¹⁰⁶ Voir la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1).

réservé aux professionnels qui, à l'instar des médecins psychiatres, sont sollicités par leurs patients d'évaluer leur état mental et de leur apporter de l'aide sous la forme d'une thérapie. Il s'agit là de l'activité professionnelle qui, dans le domaine vaste et difficile à cerner des professions de santé, est la plus en situation de recevoir des informations dignes d'être protégées. Mais les autres professions du domaine médical et social (physiothérapeutes, nutritionnistes, personnels soignants, assistants sociaux, socio-pédagogues, éducateurs, conseillers matrimoniaux, conseillers en orientation professionnelle) ne sont pas pour autant tenus à l'écart de l'obligation de garder le secret sur les informations confidentielles qui leur sont confiées: en effet, soit ils sont les auxiliaires des professionnels autorisés à refuser de témoigner, soit ils sont tenus au secret par l'article 35 de la loi sur la protection des données mentionné ci-dessus. Au besoin, ils peuvent être déliés de l'obligation de témoigner en vertu de l'article 180 al. 3 et 4 AP.

L'énumération de l'alinéa 1 établit une autre distinction : il est en effet précisé que seuls les psychologues qui soignent des patients sont concernés. Cela revient à dire que les psychologues qui travaillent par exemple dans l'orientation professionnelle ou le conseil en recrutement, dans la publicité ou dans des instituts de sondage d'opinion, ne peuvent se prévaloir du droit de refuser de témoigner.

Comme le secret de fonction, le secret professionnel et le droit de refuser de témoigner qui en est le corollaire connaissent des restrictions : *les personnes soumises à une obligation de dénonciation doivent témoigner sur les faits tombant sous le coup de cette obligation*. Ainsi, par exemple, dans la plupart des cantons, les médecins qui constatent un décès survenu dans des circonstances inhabituelles sont tenus de faire part de leurs constatations aux autorités pénales compétentes (al. 2)¹⁰⁷. Cet alinéa fait ensuite référence à l'article 321 chiffre 2 CP: s'il est délié par le maître du secret, c'est-à-dire le patient du médecin, le client de l'avocat, etc. ou par l'autorité de surveillance compétente, le détenteur du secret doit en principe témoigner.

L'alinéa 3 limite toutefois l'obligation de témoigner du détenteur d'un secret délié par le maître de ce dernier. Il existe en effet des situations dans lesquelles cette personne se trouve placée dans une situation difficile lorsque, déliée du secret, elle évoque des circonstances qui, dans l'intérêt de son patient, devraient rester confidentielles ; il pourra s'agir par exemple d'un diagnostic de maladie incurable qui n'a pas encore été communiqué à l'intéressé. Ainsi, suivant en cela l'exemple de certaines lois cantonales¹⁰⁸, la direction de la procédure peut exempter le détenteur d'un secret professionnel de son obligation de témoigner lorsqu'il rend plausible l'existence d'un tel motif¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Voir p.ex. art. 116 al. 3 CPP BE ; art. 74 al. 3 CPP AR ; art. 98 al. 4 CPP AG ; art. 196 al. 2 CPP VD ; voir également Hauser 1974 273 s. ; Aeschlimann 1997 N 886 s. ; Maurer 1999 207 ; Oberholzer 1994 269 ; Piquerez 2000 N 2147 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 24 ; Schmid 1997 N 636 note 86.

¹⁰⁸ Voir p.ex. 116 al. 3 CPP BE ; art. 79 al. 2 CPP FR ; art. 64 lit. a par. 2 CPP SO ; art. 55 al. 2 CPP BL ; art. 115 al. 3 CPP SH ; art. 85 lit. b. CPP SG ; art. 98 al. 2 CPP AG ; voir également Aeschlimann 1997 N 882 ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 25 ; Hauser 1974 228 s. ; Maurer 1999 207 ; Oberholzer 1994 271 ; Piquerez 2000 N 2137.

¹⁰⁹ La récente loi fédérale sur la profession d'avocat va même plus loin à l'article 13 al. 1 2^{ème} phrase, selon lequel le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer ce qu'on lui a confié.

Protection des sources des professionnels des médias (art. 179 AP)

L'article 179 AP reprend telle quelle la règle exprimée à l'article 27^{bis} CP¹¹⁰.

Droit de refuser de témoigner fondé sur d'autres devoirs de discrétion (art. 180 AP)

Comme nous l'avons déjà signalé dans le cadre de l'article 178 AP, la plupart des lois de procédure suisses limitent le droit de refuser de témoigner du détenteur d'un secret professionnel aux membres des professions énumérées à l'article 321 CP. On ne saurait toutefois négliger le fait que le renforcement général de la protection de la sphère personnelle constaté dans la législation récente a donné naissance à de nouveaux secrets professionnels protégés, la plupart intéressant le droit pénal. Ceux-ci ont été intégrés en partie dans le code pénal – par exemple aux articles 321^{bis} et 321^{ter} CP –, en partie dans d'autres lois¹¹¹. Des voix se sont cependant fait entendre pour demander que l'on accorde à certaines autres professions dont l'exercice repose sur la confiance – comme celle d'assistant social – le droit de refuser de témoigner. Cette revendication a été entendue dans quelques rares cantons¹¹², rejetée dans d'autres¹¹³. L'extension des droits de refuser de témoigner fondés sur le secret professionnel entraver cependant la recherche de la vérité dans les procédures pénales et devrait donc être menée avec circonspection¹¹⁴. En ce qui concerne les secrets professionnels non prévus à l'article 321 CP, l'avant-projet préconise une solution pragmatique et nuancée :

- Les alinéas 1 et 2 sont consacrés aux cas dans lesquels les personnes détentrices d'un secret professionnel en vertu d'une loi fédérale peuvent être obligées de témoigner. Sont visées en premier lieu les personnes liées par le *secret professionnel en matière de recherche médicale* protégé par l'article 321^{bis} CP. Viennent ensuite les personnes qui sont intervenues auprès de conjoints en qualité de *conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière familiale* dans le cadre de l'art. 139 al. 3 CC, les personnes officiant dans les centres de consultation prévus par l'article 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse et l'article 4 LAVI¹¹⁵, ainsi que les personnes mentionnées à l'article 15 al. 2 de la loi sur les stupéfiants. Ces personnes détentrices d'un secret professionnel ne sont en principe pas tenues de témoigner. Elles peuvent être dispensées de l'obligation de témoigner lorsque l'intérêt à la protection des secrets en cause prime sur l'intérêt à la découverte de la vérité¹¹⁶. Pour renforcer la protection de ces secrets professionnels, l'avant-projet propose de transférer au tribunal des mesures de contrainte la compétence de décider de la levée du secret lorsque le dossier est en mains du ministère public ou du tribunal de première instance¹¹⁷ (ce qui devrait généralement être le cas au moment où se posent de telles questions). En procédure d'appel, la décision appartiendra à la cour d'appel.

¹¹⁰ Voir l'art. 75 lit. b PPF dans la nouvelle version du 23 juin 2000.

¹¹¹ Outre les secrets de nature plutôt économique comme ceux qui résultent de l'art. 54 de la loi sur les fonds de placement (LFP ; RS 951.31) ou de l'art. 43 de la loi sur les bourses (LBVM ; RS 954.1), mentionnons encore l'art. 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse du 9 octobre 1981 (RS 857.5) ou l'art. 35 de la loi sur la protection des données déjà citée plus haut.

¹¹² P.ex. : art. 86 ch. 5 CPP UR ; art. 29 al. 2 ch. 2 CPP ZG ; en ce qui concerne le tuteur, le curateur, etc. voir art. 78 lit. f CPP FR ; voir également Hauser/Schweri 1999 § 62 N 26 ; Piquerez 2000 N 2134.

¹¹³ Aeschlimann 1997 N 888 ; Maurer 1999 208 s. ; Oberholzer 1994 270, Schmid 1997 N 641, 644.

¹¹⁴ Un certain scepticism se manifeste également dans « De 29 à l'unité », p. 101 et dans les opinions émises lors des auditions (voir Auditions, p. 15 s. et 104 s.

¹¹⁵ Les auteurs du rapport « De 29 à l'unité », (p. 101) voulaient visiblement assimiler ces deux derniers secrets professionnels à ceux de l'art. 321 CP.

¹¹⁶ Même pesée des intérêts notamment à l'art. 80 CPP FR ; voir à ce sujet Piller/Pochon 1998 Art. 80.1.ss.

¹¹⁷ En ce qui concerne la levée du secret par le juge dans le cas de l'art. 321^{ter} CP, voir « De 29 à l'unité », p. 101.

- Différente est la solution adoptée aux alinéas 3 et 4 à propos d'autres *secrets protégés* par le droit de la Confédération ou des cantons et d'autres *catégories professionnelles* demandant à pouvoir garder le secret sur les faits portés à leur connaissance. Il s'agit de secrets qui, surtout comparés à ceux des articles 320 et 321 CP, apparaissent moins essentiels de sorte que leur protection dans le domaine de la procédure pénale peut être aménagée de façon moins stricte. L'alinéa 3 mentionne à titre d'exemples le secret des postes et des télécommunications de l'article 321^{er} CP et celui de l'article 35 de la loi sur la protection des données¹¹⁸. Il faudrait encore mentionner le secret professionnel invoqué par d'autres catégories professionnelles – comme celle des assistants sociaux¹¹⁹ par exemple – mais qui n'est généralement pas directement pris en considération par la loi. Ces personnes sont en principe tenues de témoigner, mais elles peuvent être dispensées de cette obligation par la direction de la procédure en charge si elles parviennent à démontrer que l'intérêt à la protection du secret prime sur l'intérêt à la découverte de la vérité. Cette solution empreinte de souplesse ne cherche cependant pas à s'écarter de la voie préconisée par la doctrine et la jurisprudence qui ont presque unanimement rejeté, jusqu'à maintenant, la possibilité de refuser de témoigner lorsque le secret à protéger est essentiellement de nature économique. Ainsi, à quelques rares exceptions près, ni le *secret bancaire* de l'article 47 de la loi sur les banques¹²⁰ ni d'autres secrets professionnels de même nature, tels que le *secret des réviseurs* (art. 730 CO, 321 CP ou 54 de la loi sur les fonds de placement¹²¹), le *secret de fabrication et le secret d'affaires* de l'article 162 CP, ou encore le secret professionnel institué à l'article 43 de la loi sur les bourses¹²² ne légitimeront désormais un droit de refuser de témoigner.

Droit de refuser de témoigner pour sa propre protection (art. 181 AP)

Jusqu'à présent, les lois de procédure pénale étaient plutôt réticentes lorsqu'il s'agissait d'accorder le droit de refuser de témoigner à des personnes qui risquaient ainsi de nuire à leurs propres intérêts. Dans la plupart des cas, seul était pris en considération le cas dans lequel un témoin s'exposait à des poursuites pénales s'il déposait. De simples intérêts patrimoniaux n'étaient généralement pas suffisants¹²³. Là encore, l'avant-projet préconise une solution plus souple ménageant à la fois les intérêts des personnes soumises à une obligation de témoigner et ceux de la poursuite pénale.

A l'instar de la plupart des codes de procédure pénale suisses, l'alinéa 1 accorde le droit de refuser de témoigner aux *personnes qui, par leurs déclarations, pourraient s'exposer elles-mêmes ou exposer l'une des personnes visées à l'article 176, alinéa 1, à des poursuites pénales*. L'article 176 al. 2 demeure cependant réservé : lorsqu'on a affaire à l'une des infractions graves citées par cette disposition et que cette infraction est commise dans le cercle familial, le témoin ne peut invoquer un droit de refuser de témoigner au prétexte qu'il

¹¹⁸ En considérant le champ d'application de la LPD tel qu'il est défini à l'art.2 al. 1 lit. a et b, il s'agit surtout du domaine privé, car les collections de données de la Confédération sont en principe protégées par le secret de fonction de l'article 320 CP.

¹¹⁹ S'ils sont fonctionnaires, les assistants sociaux tombent en principe sous le coup de l'article 177 AP ; sinon, ils sont soumis au secret instauré par la loi sur la protection des données.

¹²⁰ RS 952.0. A ce sujet, voir les ATF 123 IV 166, 119 IV 175 et 104 IV 130 avec d'autres renvois jurisprudentiels ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 28 ; Piquerez 2000 N 2163 ss. ; Schmid 1997 N 645.

¹²¹ RS 951.31. A ce sujet, voir Schmid 1997 N 645, note 104.

¹²² RS 954.1.

¹²³ A ce sujet, voir Hauser 1974 174 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 21 s. Solution différente : art. 81 lit. c CPP FR (lorsqu'il y a lieu de craindre « des conclusions civiles d'une certaine importance ») ; voir sur ce point Piller/Pochon 1998 Art. 81.6.

risque de compromettre un membre de sa famille. Il va de soi que dans ces situations, le droit de refuser de témoigner subsiste si le témoin risque de s'exposer lui-même aux poursuites.

L'alinéa 2 prévoit que la direction de la procédure peut libérer de l'obligation de témoigner des personnes dont les *intérêts patrimoniaux seraient mis en péril* par leur déposition ; il faut cependant que, une fois pesés, les intérêts patrimoniaux en cause prévalent sur l'intérêt de la poursuite pénale.

L'alinéa 3 permet à la direction de la procédure de libérer de l'obligation de témoigner des personnes dont les déclarations les exposeraient à *une menace sérieuse pour la vie ou l'intégrité corporelle ou à un autre inconvénient majeur*¹²⁴. Il va de soi que ce droit de refuser de témoigner n'entre en ligne de compte que dans les situations exceptionnelles où les personnes tenues de témoigner ne peuvent bénéficier des mesures de protection prévues aux articles 160 à 162 AP. A contrario, cela signifie que les personnes en faveur desquelles des mesures de protection sont ordonnées ne peuvent invoquer ce droit de refuser de témoigner.

L'alinéa 4 reprend la règle de l'article 7 al. 2 LAVI selon laquelle les victimes peuvent refuser de répondre aux questions qui touchent à leur sphère intime¹²⁵. Ce droit est cependant d'une portée limitée dans la mesure où seules les victimes d'infractions sexuelles peuvent l'invoquer¹²⁶. Il s'applique désormais aussi aux questions qui ne présentent aucune relation avec les faits de la cause, c'est-à-dire celles qui portent avant tout sur les antécédents.

En revanche, l'avant-projet s'abstient d'introduire l'exclusion générale de toute administration de preuve touchant à la sphère intime et aux antécédents de la victime proposée par certains auteurs¹²⁷. Cette solution se traduirait par une restriction démesurée des droits de la défense.

Exercice du droit de refuser de témoigner (art. 182 AP)

Selon l'article 182 AP, le droit de refuser de témoigner est un *droit strictement personnel*, et seules les personnes capables de discernement, c'est-à-dire celles qui sont capables d'apprécier l'importance du témoignage et de leur refus de déposer dans un cas d'espèce, peuvent l'exercer¹²⁸. En ce qui concerne les enfants et les adolescents, cette règle est déjà consacrée par le nouvel article 11 al. 2 cst..

En ce qui concerne les *personnes incapables de discernement*, l'alinéa 2 transfère l'exercice du droit de refuser de témoigner au représentant légal. Quant à l'alinéa 3, il reprend une règle déjà existante selon laquelle un curateur doit être nommé lorsque le représentant légal est lui-même prévenu ou lorsqu'il existe un autre conflit d'intérêts.

De nombreuses lois de procédure ne disent pas clairement *dans quelle mesure la renonciation à faire valoir le droit de refuser de témoigner lie son auteur pour le reste de la procédure* ni dans quelle mesure les déclarations faites restent exploitables lorsque le témoin a invoqué plus

¹²⁴ Solution réclamée par certains lors des auditions (voir Auditions, p.ex. p. 93) ; scepticisme : « De 29 à l'unité », p. 101 in fine.

¹²⁵ Voir à ce sujet Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 7 N 8 ss. ; Aeschlimann 1997 N 872 ; Maurer 1999 203 ; Oberholzer 1994 274 s. ; Piquerez 2000 N 1381 ss., 2106 ; Schmid 1997 N 635a ; Weishaupt 1998 185 ss.

¹²⁶ C'est également ce que postulent certains auteurs ; voir notamment Weishaupt 1998 194.

¹²⁷ Voir à ce sujet Weishaupt 1998 195 ss.

¹²⁸ Voir sur ce point et sur ce qui suit Hauser 1974 146 ss. ; Aeschlimann 1997 N 865 ; Piquerez 2000 N 2172 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 29 ; Schmid 1997 N 647.

tard seulement le droit de refuser de témoigner¹²⁹. L'alinéa 4 précise que le témoin peut à tout moment de la procédure révoquer sa décision de refuser de déposer ou, au contraire, de témoigner.

En ce qui concerne *l'exploitabilité des déclarations antérieures*, l'alinéa 5 distingue les situations suivantes :

- Si le témoin a fait des déclarations en connaissance du droit de refuser de témoigner, par exemple si l'épouse du prévenu a été rendue attentive à son droit par le ministère public au cours de la procédure préliminaire et qu'elle ne fait valoir celui-ci que lors de son audition devant le tribunal de première instance, les déclarations faites antérieurement au ministère public pourront être utilisées comme preuve.
- En revanche, si le témoin ignorait son droit de refuser de témoigner au moment de sa déposition précédente (p.ex. le témoin ne s'est rendu compte que plus tard que ses déclarations risquaient de l'exposer lui-même à des poursuites pénales) ou si ce droit a pris naissance après sa déposition (p.ex. le témoin épouse le prévenu entre sa première audition par le ministère public et l'audition ultérieure au tribunal de première instance), les déclarations faites précédemment ne seront pas utilisables¹³⁰.

Refus de témoigner infondé (art. 183 AP)

Comme beaucoup d'autres codes de procédure pénale suisses¹³¹, l'avant-projet souhaite instaurer un certain nombre de mesures destinées à *faire respecter l'obligation de témoigner*. Encore faut-il savoir quels moyens on entend mettre en œuvre pour cela. Le texte proposé se contente de prévoir une amende d'ordre pour le témoin récalcitrant (voir l'al. 1). Si la personne astreinte à témoigner s'obstine dans son refus, l'autorité pénale doit avoir la possibilité de la *renvoyer au juge pénal en application de l'article 292 CP* (al. 2). L'avant-projet ne propose pas *la contrainte par corps*, solution adoptée par plusieurs des lois de procédure en vigueur, encore que rarement appliquée. Ce moyen de contrainte a perdu une grande partie de son intérêt, déjà faible, depuis que le Tribunal fédéral a exigé que, dans la mesure du moins où elle est appelée à durer un certain temps, la contrainte par corps soit ordonnée dans le cadre d'une procédure publique conformément à l'article 6 ch. 1 CEDH¹³², exigence pratiquement irréalisable au cours de la procédure préliminaire, notamment pendant l'instruction du ministère public¹³³.

243.3 Audition des témoins (section 3, art. 184-185 AP)

Procédure (art. 184 AP)

L'article 184 AP régit l'audition des témoins par toutes les autorités pénales. Ces prescriptions de nature essentiellement formelles n'appellent que peu d'explications.

¹²⁹ Sur cette question, voir Hauser 1974 148 ss. ; Aeschlimann 1997 N 863 s. ; Clerc 1975 N 152 N° 3 in fine ; Maurer 1999 195 ss. ; Oberholzer 1994 274 ; Padrutt 1996 Art. 90 N 4.3. ; Piquerez 2000 N 2174 ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 30, 31 s. ; Schmid 1997 N 648.

¹³⁰ Voir Schmid in Donatsch/Schmid 2000 § 241 N 4.

¹³¹ Hauser 1974 89 ss. ; Aeschlimann 1997 N 899 ss. ; Maurer 1999 210 s. ; Oberholzer 1994 266 s. ; Piquerez 2000 N 2066 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 7 ; Schmid 1997 N 650.

¹³² ATF 117 Ia 491 ; critiqué par Kolly 1992 27 ss. En ce qui concerne l'abandon de la contrainte par corps dans le canton de Berne pour des motifs analogues, voir Maurer 1999 211.

¹³³ Voir Schmid 1997 N 650.

Selon l'alinéa 3, la direction de la procédure doit *rendre le témoin attentif à son droit de refuser de témoigner*. Cette indication doit être donnée lorsqu'un motif de refus apparaît lors de l'audition prévue à l'alinéa 2 ou dans le dossier. En-dehors d'une telle circonstance, elle ne doit pas être faite. Ultérieurement, cette indication ne doit être répétée dans le cours de la procédure que si l'autorité pénale a des raisons de penser que la situation du témoin a changé et qu'un motif de refuser de témoigner pourrait être désormais réalisé.

L'alinéa 4 précise les conséquences d'une éventuelle omission, de la part de l'autorité pénale, des injonctions prévues à l'alinéa 1 ou de la mention d'un éventuel droit de refuser de témoigner rappelé à l'alinéa 3.

Indemnisation (art. 185)

Cette disposition reprend la règle habituelle en cette matière dans les différentes lois de procédure suisses. Le témoin a droit à une indemnité équitable pour son manque à gagner et ses frais, par exemple ses frais de déplacement (al.1). Comme toutes les questions de détail en rapport avec les frais et leur indemnisation, l'indemnité à témoin est réglée par l'ordonnance du Conseil fédéral (al. 2).

244 Personnes entendues aux fins de renseignement (art. 186-189 AP)

La « personne entendue aux fins de renseignement » est, dans le domaine de la preuve, une institution qui prend une importance croissante en procédure pénale et qui a désormais fait son entrée dans la plupart des codes suisses¹³⁴. Est entendue à ce titre une personne qui *ne peut déposer en qualité de témoin et qui n'entre pas davantage en ligne de compte comme prévenu*¹³⁵. La commission d'experts s'est prononcée en faveur de l'introduction de cette institution dans le futur code de procédure pénale fédéral¹³⁶, souhait qui n'a pas été remis en cause lors des auditions¹³⁷. Comme la personne entendue aux fins de renseignement est une personne qui ne peut être appelée à déposer en qualité de témoin, elle ne pourra être interrogée que par *les autorités pénales habilitées à auditionner des témoins, c'est-à-dire le ministère public et les tribunaux* (voir infra art. 186 AP). Ce principe doit toutefois être tempéré. Etant entendu que la *police* n'est pas habilitée à entendre des témoins et que l'audition de personnes entendues aux fins de renseignement devrait, en fait, rester l'affaire du ministère public et des tribunaux, il a été proposé de créer une nouvelle qualité de personne¹³⁸. Si des raisons dogmatiques plaident en faveur d'une telle solution, l'avant-projet y a renoncé dans un but de simplification et propose

¹³⁴ Voir par exemple les art. 149a ss. CPP ZH ; art. 46 et 25 CPP BE ; art. 91 al. 3 et 96 al. 2 CPP LU ; art. 81 ss. CPP UR ; art. 47 al. 3 CPP SZ ; art. 50 CPP OW ; art. 89 CPP NW ; art. 83 CPP GL ; art. 88 ss CPP FR ; art. 69 s. CPP SO ; art. 51 CPP BS ; art. 51 CPP BL ; art. 123 s. CPP SH ; art. 41 s. CPP AI ; art. 70 ss. CPP AR ; art. 95 s. CPP SG ; art. 87 al. 2 CPP GR ; art. 105 al. 1, 107 al. 1 et 189 al. 2 CPP AG ; art. 97 CPP TG ; art. 83^{bis} CPP VS ; art. 153a CPP NE ; art. 45 al. 3 CPP GE ; art. 165 CPP JU ; voir également art. 101 bis PPF et art. 84 CPPM.

¹³⁵ Voir Aeschlimann 1997 N 621 s. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Commentaire ad art. 70ss. ; Clerc 1975 N 151 N° 3 ; Hauser/Schweri 1999 § 63 N 1 ; Maurer 1999 215 s. ; Oberholzer 1994 281 s. ; Piller/Pochon 1998 Commentaire ad art. 88 ss. ; Piquerez 2000 N 2054 ss. ; Schmid 1994 87 ss. ; le même 1997 N 464 s., 659a ; Susanne Vogel 1999 1 ss.

¹³⁶ « De 29 à l'unité », p. 103.

¹³⁷ Voir Auditions pp. 54 et 105.

¹³⁸ Appelée par exemple « Informateur » ou « Déclarant » ; voir Rehberg/Hohl 1992 57 ; Susanne Vogel 1999 7 f. ; voir également sur ce sujet Schmid 1994 N 113 ss.

à la place, à l'article 187, de donner également à la police la compétence d'interroger des personnes entendues aux fins de renseignement.

244.1 Définition (section 1, art. 186-187 AP)

Personnes entendues aux fins de renseignement par le ministère public et les tribunaux (art. 186 AP)

L'article 186 al. 1 lit a à f énumère les personnes qui doivent être entendues aux fins de renseignement par le ministère public et les tribunaux. Cette liste correspond pour l'essentiel aux cas déjà prévus par les différents codes suisses de procédure pénale. Ce premier alinéa ne fera donc l'objet que de quelques brefs commentaires ponctuels.

- Comme on l'a déjà signalé en rapport avec l'article 173 AP, la *partie plaignante* n'est pas entendue comme témoin mais comme personne entendue aux fins de renseignement (lit. a).
- Selon la lettre b, sont entendues aux fins de renseignement les personnes auxquelles on ne saurait, en raison d'une *capacité de discernement restreinte*, imposer l'entière responsabilité d'une déposition en qualité de témoin. Il s'agit d'une part de personnes chez lesquelles des causes de nature psychologique laissent supposer une capacité de discernement restreinte. D'autre part, *les enfants jusqu'à l'âge de quinze ans révolus* ne peuvent être interrogés que comme des personnes entendues aux fins de renseignement. D'accord avec les experts¹³⁹, l'avant-projet propose ainsi une limite d'âge clairement définie pour acquérir la qualité de témoin, Les enfants qui n'ont pas atteint cet âge ne peuvent être entendus comme témoin mais aux fins de renseignement, quelle que soit leur maturité mentale¹⁴⁰.
- Selon la lettre c, celui qui, sans être lui-même prévenu ou gravement suspect, ne peut pas être exclu comme auteur ou participant des faits à éclaircir ou d'une infraction connexe doit également être entendu aux fins de renseignement. Au début d'une enquête, en effet, lorsqu'on ignore encore l'identité du coupable, différentes personnes peuvent entrer en ligne de compte ; ainsi, nul se sera contraint, à ce stade, de se mettre en cause¹⁴¹.
- Les personnes entendues aux fins de renseignement selon la lettre c sont les *coauteurs d'une même infraction ou les auteurs d'infractions connexes (p.ex. recel, blanchiment d'argent, etc.)* poursuivis dans le cadre d'une procédure séparée. Dans les situations de ce genre, ces personnes ne peuvent pas être entendues comme inculpés puisqu'elles n'ont pas cette qualité pour la procédure dans laquelle ils sont entendus¹⁴². Mais un inculpé peut aussi être interrogé comme personne entendue aux fins de renseignement à propos des *infractions commises par ses co-inceulpés sans sa participation* ; tel sera par exemple le cas lorsque, dans une procédure ouverte contre une bande de cambrioleurs, un prévenu

¹³⁹ « De 29 à l'unité », p. 103. Lors des auditions, cette opinion a été largement partagée (voir Auditions, pp. 54 et 142).

¹⁴⁰ Sur le problème de la capacité de témoigner des enfants, voir les développements de Hauser 1974 66 ss.; Aeschlimann 1997 N 853 ; Maurer 1999 194 ; Oberholzer 1994 283 ; Piquerez 2000 N 2065 ; Hauser/Schweri 1999 § 63 N 6 ; Schmid 1997 N 631 ; Susanne Vogel 1999 121 ss.

¹⁴¹ Voir Aeschlimann 1997 N 621 s. ; Maurer 1999 216 s. ; Piquerez 2000 N 2064 ; Schmid 1994 96 s. ; le même 1997 66 N 659 s.

¹⁴² A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 621 s. ; Maurer 1999 216 s. ; Piquerez 2000 N 2064 ; Schmid 1994 96 s. ; le même 1997 N 659 s.

appartenant à cette bande sera interrogé sur un cambriolage particulier auquel il n'a pas participé.

- La lettre e prévoit l'audition comme personne entendue aux fins de renseignement de *celui qui est expressément accusé par le prévenu de l'avoir faussement dénoncé selon l'article 303 du code pénal ou d'avoir proféré un faux témoignage selon l'article 307 du même code*. Dans un tel cas de contre-plainte, s'il n'existait pas la possibilité d'audition aux fins de renseignement, la procédure dirigée contre le prévenu devrait normalement être suspendue puisque le témoin est avant tout l'inculpé et qu'à ce titre, il ne peut être entendu comme témoin. Le retard que prendrait alors la procédure peut être évité en permettant une audition aux fins de renseignement¹⁴³.

D'autre part, ne peuvent être entendues aux fins de renseignement les *personnes partiales, telles que les proches parents*, solution déjà prévue dans différentes lois de procédure et préconisée par une partie de la doctrine¹⁴⁴. Normalement, les parents peuvent invoquer le droit de refuser de témoigner ; il n'y a donc aucune raison de restreindre leur droit de déposer s'il veulent malgré tout le faire. Il est évident que la valeur probante des déclarations faites par des proches du prévenu peut être sujette à caution ; mais il appartient au juge d'apprécier les preuves en tenant compte de cette partialité.

Du fait de l'*introduction prévue d'une responsabilité pénale de l'entreprise* (nouv. art. 102 CP), il semble judicieux d'entendre les organes ou les employés de celle-ci non pas en qualité de témoin mais aux fins de renseignement, d'autant plus que selon le nouvel article 102 al. 1^{bis} du code pénal (dans la version du conseil des Etats) et compte tenu de la priorité générale donnée à la responsabilité des personnes physiques¹⁴⁵, ceux-ci courent le risque d'être sanctionnés en plus de l'entreprise elle-même¹⁴⁶.

L'alinéa 2 concerne les situations visées à l'alinéa 1 lit. *d à f* et dans *lesquels la procédure engagée contre une personne entendue aux fins de renseignement est ultérieurement classée ou débouche sur un acquittement*. Jusqu'à présent, on admettait généralement qu'après le classement de la procédure ou un acquittement, l'intéressé devait être entendu comme témoin¹⁴⁷. Le plus souvent, rien ne s'oppose à cette façon de faire. Il peut toutefois y avoir un problème dans les cas où un soupçon subsiste et où l'ex-prévenu, tenu de dire la vérité par sa nouvelle qualité de témoin, court ainsi le risque que la procédure soit rouverte contre lui en application de l'article 356 AP. Une audition en qualité de témoin sera également problématique lorsque la procédure contre un co-prévenu n'est classée que pour une simple question procédurale (p.ex. en raison du retrait de la plainte dans un cas de vol au détriment d'un membre de la famille). C'est la raison pour laquelle la décision d'auditionner en qualité de témoin la personne qui avait été entendue aux fins de renseignement ou, au contraire, de lui conserver cette dernière qualité, a été abandonnée à la direction de la procédure en charge du dossier.

¹⁴³ Voir sur ce point Rehberg/Hohl 1992 55 ; Schmid 1994 98 ; le même 1997 N 659g ; Susanne Vogel 1999 63.

¹⁴⁴ Voir p.ex. Hauser/Schweri 1999 § 63 N 7 s. avec des références aux cantons qui ont adopté cette solution ; voir également Piquerez 2000 N 2066.

¹⁴⁵ Voir le Message relatif à la révision de la partie générale du code pénal (art. 165 CP)

¹⁴⁶ Sur cette question et en ce qui concerne les autres problèmes procéduraux soulevés par la responsabilité pénale de l'entreprise, voir Schlüter 2000 82 ss. (du point de vue allemand).

¹⁴⁷ Schmid 1994 110 ; à ce sujet et sur ce qui suit, voir Susanne Vogel 1999 59 ss.

Personnes entendues aux fins de renseignement par la police (art. 187 AP)

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la police est également habilitée à entendre des personnes aux fins de renseignement. Il s'agira en premier lieu des personnes qui *dans la procédure ont le statut de témoin*. Mais comme elles ne peuvent être interrogées en cette qualité par la police et que l'obligation de déposer au sens des articles 172 et 188 al. 1 AP ne s'applique pas, ces personnes ne sont pas tenues de faire des déclarations à la police. Dans ceux des cantons – peut-être rejoints par la Confédération – qui reconnaissent désormais à la police la compétence d'interroger aussi des témoins en vertu de l'article 151 al. 3 2^{ème} phrase AP, les intéressés auront bien évidemment l'obligation de témoigner. Les personnes convoquées par la police doivent se présenter dans tous les cas (art. 219 AP). S'ils ont l'intention de faire des déclarations, cette dernière devra les informer de leur éventuel droit de refuser de témoigner.

S'il est d'emblée manifeste qu'une personne *a le statut d'une personne entendue aux fins de renseignement au sens de l'article 186 AP*, la police devra la traiter et l'interroger conformément aux dispositions de la présente section (al. 2). Mais là encore, l'intéressé n'a pas l'obligation de faire des déclarations puisque cette obligation n'existe, en vertu de l'article 188 al. 2 AP, que pour les dépositions devant le ministère public ou les tribunaux.

244.2 Statut et audition des personnes entendues aux fins de renseignement (section 2, art. 188-189 AP)

Statut (art. 188 AP)

La personne entendue aux fins de renseignement est parfois considérée comme un personnage intermédiaire entre témoin et prévenu, voire comme un hybride possédant les caractéristiques de l'un et de l'autre¹⁴⁸. On constate en outre que les codes de procédure pénale, par le biais de renvois aux dispositions y relatives, la range soit parmi les témoins¹⁴⁹, soit parmi les prévenus¹⁵⁰. En ce qui concerne le statut de la personne entendue aux fins de renseignement et les droits et obligations de celle-ci, l'avant-projet propose des *solutions flexibles* :

Aujourd'hui, les personnes entendues aux fins de renseignement ne sont *généralement pas tenues de déposer*¹⁵¹. L'article 188 AP ne reprend cette règle qu'en partie : selon l'alinéa 1, seules les personnes entendues aux fins de renseignement au sens de l'article 186, alinéa 1, lettres a et b, ont l'obligation de déposer. Mais cette obligation ne s'applique que devant le ministère public et les tribunaux, étend entendu qu'en vertu du renvoi général de l'article 21 AP, cela inclut les autorités pénales compétentes en matière de contraventions. Si la police entend une personne aux fins de renseignement en application de l'article 187 AP, celle-ci n'est pas tenue de déposer. L'origine de cette disposition réside dans le fait que les personnes mentionnées à l'article 186 al. 1 lit. a et b AP sont de toute évidence plus proches du statut de témoin que de celui de prévenu (al. 2). Il n'y a donc aucune raison de leur accorder le droit de refuser de témoigner. Cela vaut avant tout pour la partie plaignante visée à la lettre a, qui est concernée au premier titre compte tenu de l'importance pratique de ce droit. L'audition de ces

¹⁴⁸ Voir Schmid 1994 89 ; Susanne Vogel 1999 23 ss.

¹⁴⁹ Voir art. 149b al. 3 CPP ZH ; art. 125 al. 2 CPP BE ; art. 83 CPP GL ; art. 89 al. 3 CPP FR ; art. 51 al. 2 CPP BS ; art. 71 al. 4 CPP AR ; art. 42 al. 3 CPP AI ; art. 124 al. 3 CPP SH ; art. 96 al. 2 CPP SG ; art. 153a al. 4 CPP NE.

¹⁵⁰ Voir art. 82 al. 5 CPP UR ; art. 44 al. 1 CPP OW ; art. 89 CPP NW ; art. 69 al. 2 CPP SO ; art. 105 al. 2 CPP AG ; art. 97 al. 3 CPP TG ; art. 165 al. 3 CPP JU.

¹⁵¹ Voir parmi d'autres Hauser/Schweri 1999 § 63 N 2 ; Susanne Vogel 1999 33, 77 s.

personnes peut être comparée au témoignage probatoire et à l'interrogatoire des parties dans le procès civil, où le droit de refuser de témoigner n'est généralement pas accordé non plus¹⁵². Ajoutons que cette restriction s'applique également aux auditions par la police si les cantons et, le cas échéant, la Confédération ont attribué à la police, en application de l'article 151 al. 3 AP, la compétence d'entendre des témoins.

L'avant-projet s'abstient de régler en détails le statut de la personne entendue aux fins de renseignement et la procédure à suivre lors de son audition. L'alinéa 2 lit. a renvoie aux *dispositions concernant les témoins*, lesquelles s'appliquent aux personnes entendues aux fins de renseignement au sens de l'article 186 al. 1 lit a et b AP, et aux dispositions concernant les *prévenus* qui s'appliquent à toutes les autres personnes entendues aux fins de renseignement. Cette distinction n'a pas, sur l'obligation de témoigner, que les conséquences mentionnées à l'alinéa 1. Des différences apparaîtront également au niveau des *mesures de contrainte* dans la mesure où de telles mesures sont en principe admissibles sans autre – à l'exception des mesures privatives de liberté – à l'encontre des personnes entendues aux fins de renseignement au sens de l'alinéa 2 lit b. En revanche, pour ce qui est des personnes entendues aux fins de renseignement au sens de l'alinéa 2 lit a, il y a lieu de tenir compte des limites qui interviennent lorsque des témoins peuvent invoquer un droit de refuser de témoigner. Cela vaut notamment pour les séquestres au sens de l'article 274 al. 2 AP.

Il est vrai que les personnes entendues aux fins de renseignement au sens de l'article 186 al. 2 lit. a et b AP sont, elles au moins, tenues de déposer. Mais l'avant-projet, pour des raisons de proportionnalité, ne souhaite pas faire subir celles de ces personnes qui ne s'acquitteraient pas de leur obligation les moyens de contrainte prévus à l'article 183 AP. Cela n'exclut pas toutefois que la personne que l'on souhaite entendre aux fins de renseignement et qui ne donne pas suite au mandat de comparution puisse faire l'objet d'un mandat d'amener en vertu de l'article 220 AP.

Audition des personnes entendues aux fins de renseignement (art. 189 AP)

L'article 189 AP énonce quelques règles à observer lors de l'audition de personnes entendues aux fins de renseignement. Cela étant, l'obligation faite aux autorités pénales de *rendre les personnes entendues aux fins de renseignement attentives à leurs droits et obligations* (al. 1) doit être respectée – conformément à l'article 188 al. 2 AP – selon qu'on applique par analogie les dispositions relatives aux témoins ou celles qui concernent les prévenus.

L'*exhortation à répondre conformément à la vérité et les avertissements relatifs aux conséquences pénales possibles d'une fausse déclaration*, prescrits par l'alinéa 2, sont là pour souligner l'importance et la solennité de ce mode d'administration de preuves, en même temps que fonder davantage la véracité des déclarations. Il va de soi que parmi les diverses sanctions pénales possibles, seules entrent en ligne de compte celles qui répriment la dénonciation calomnieuse (art. 303 CP), le fait d'induire la justice en erreur (art. 304 CP) et, le cas échéant, l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP), mais non pas la fausse déclaration d'une partie en justice (art. 306) ni le faux témoignage (art. 307 CP).

¹⁵² Voir Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 149 N 1 ss., § 150 N 1 ss. ; Vogel 1999 § 48 N 167 ss.

245 Les experts (chapitre 5, art. 190-199 AP)

Les règles proposées en ce qui concerne les experts correspondent aux dispositions usuelles du droit de procédure pénale suisse¹⁵³. Dès lors, les explications qui suivent seront brèves et se limitent à quelques remarques à propos de règles susceptibles de donner matière à discussion.

245.1 Généralités (section 1, art. 190-191 AP)

Conditions pour ordonner une expertise (art. 190 AP)

Le recours à un expert est une nécessité pour *le ministère public et les tribunaux* lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances particulières et des capacités qui sont indispensables pour constater ou juger un état de fait (al. 1). A titre exceptionnel, dans des cas simples, la police peut aussi avoir recours à des experts ; tel sera par exemple le cas lorsqu'un spécialiste (un bijoutier) sera appelé à évaluer des bijoux volés.

Personne de l'expert (art. 191 AP)

Selon l'article 191 al 1 AP, *toute personne physique qui, dans le domaine concerné, possède les connaissances particulières et les capacités indispensables* peut être désignée en qualité d'expert. Il n'est pas nécessaire de posséder un diplôme particulier ou d'être spécialement agréé par les tribunaux pour exercer cette fonction. Une personne morale ne peut fonctionner comme expert ; le cas échéant, il conviendra de désigner ses organes en tant que tel. L'alinéa 2 tient compte d'une réglementation que l'on trouve dans plusieurs cantons et qui prévoit pour certains domaines des experts désignés durablement ou des experts officiels, tels que des médecins d'arrondissement pour les expertises médicales en cas de mort suspecte, par exemple. La Confédération et les cantons peuvent également nommer ces experts.

245.2 Désignation de l'expert; établissement de l'expertise (section 2, art. 192-195)

Nomination (art. 192 AP)

L'article 192 AP régit *la nomination des experts et la définition de leur mandat*. Dans la mesure du possible, la direction de la procédure donnera *aux parties l'occasion de s'exprimer* avant de nommer un expert et de définir son mandat. Lorsque la personne de l'expert ou les questions d'expertise sont déterminées à l'avance (p.ex. dans le cas d'un test d'ADN demandé au responsable de l'institut de médecine légale de l'université), cette démarche est superflue (al. 1 et 2). L'alinéa 3 traduit la ligne générale suivie par le présent avant-projet et qui consiste à responsabiliser davantage les parties, notamment en matière de frais : si une expertise est demandée ou ordonnée dans l'intérêt de ses conclusions civiles, la partie plaignante pourra être tenue de verser une avance de frais.

¹⁵³ Pour un point de la situation en la matière et d'autres références aux détails des réglementations fédérale et cantonales, voir Aeschlimann 1997 N 916 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Commentaire ad art. 86 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 233 ss. ; Clerc 1975 N 153 s. ; Maurer 1999 219 ss. ; Oberholzer 1994 286 ss. ; Padrutt 1996 Art. 92 N 1 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. Commentaire ad art. 91 ss. ; Piquerez 2000 N 2200 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 64 N 1 ss. ; Schmid 1997 N 660 ss.

Mandat (art. 193 AP)

L'article 193 AP énumère *en détails le contenu du mandat*. Pour de nombreux cantons, l'alinéa 3, qui permet à l'autorité pénale de révoquer en tout temps un mandat d'expertise et de nommer un nouvel expert si l'intérêt de l'affaire le commande, devrait constituer une nouveauté ; il s'agit d'une disposition qui prime sur le droit du mandat au sens du code des obligations. L'article 199 s'appliquera par ailleurs à l'expert qui néglige ses devoirs.

Elaboration de l'expertise (art. 194 AP)

La tâche de l'expert consiste à établir personnellement et sous sa propre responsabilité, à partir des documents et des preuves qui lui ont été remis par les autorités pénales, un rapport d'expertise sur les éléments objectifs pertinents d'une affaire (voir l'alinéa 1). Il résulte de ce qui précède que *l'expert ne peut procéder lui-même à des actes d'instruction*¹⁵⁴ ; en revanche, il peut être invité par la direction de la procédure à y participer (auditions, inspection des lieux, etc.). Si le dossier est incomplet, l'expert doit faire à l'autorité pénale compétente des propositions dans ce sens (al. 2). Notamment lorsqu'il s'agit d'établir une expertise psychiatrique, il peut s'avérer nécessaire que l'expert se procure des informations auprès de certaines personnes de l'entourage de l'intéressé, par exemple des membres sa famille. L'expert doit pouvoir procéder lui-même à de telles investigations simples qui, évidemment, ne laissent pas de poser certains problèmes (al. 4 et 5)¹⁵⁵.

Hospitalisation en vue d'expertise (art. 195 AP)

L'article 195 AP régit l'hospitalisation d'un *prévenu* en vue d'une expertise médico-légale. L'hospitalisation d'un prévenu en liberté n'est admissible que si cela est nécessaire à l'établissement de cette expertise et que celle-ci ne peut se faire de façon ambulatoire (al. 1). Les personnes autres que le prévenu (le lésé et surtout la victime) ne peuvent être hospitalisées contre leur gré en vue d'une expertise, ce qui vaut plus particulièrement pour le témoin dont il s'agit d'évaluer la capacité de discernement (voir art. 174 al. 2 AP).

L'hospitalisation d'une personne en liberté doit se faire en appliquant par analogie les dispositions relatives à la détention préventive et la détention de sécurité. Si le ministère public souhaite obtenir l'hospitalisation en vue d'expertise pendant la procédure préliminaire, il doit saisir le tribunal des mesures de contrainte d'une requête ad hoc (voir al. 2 à 5).

245.3 Dépôt de l'expertise (section 3, art. 196-199 AP)

Les dispositions des articles 196 à 199 de l'avant-projet règlent les *modalités du dépôt de l'expertise* ainsi que les *droits des parties* à prendre connaissance du rapport de l'expert et à se déterminer sur son contenu (art. 196 et 197 AP), la fixation de l'indemnisation de l'expert (art. 198 AP) ainsi que les sanctions possibles au cas où l'expert négligerait ses devoirs (art. 199 AP). Toutes ces dispositions correspondent en gros à l'état actuel du droit et se passent donc d'explications plus étendues.

¹⁵⁴ Cela était admis jusqu'à présent dans certains cantons : art. 132 al. 3 CPP BE ; art. 94 al. 3 CPP FR ; art. 89 al. 4 CPP AR ; art. 102 CPP SG ; art. 101 al. 3 CPP TG. Voir à ce sujet Piquerez 2000 N 2228 s.

¹⁵⁵ Notamment lorsqu'ils apparaissent dans le rapport d'expertise avec l'indication précise de la personne qui fournit les renseignements, étant entendu que ces personnes ne sont généralement pas informées d'un *droit de refuser de faire des déclarations*, bien que, en soi, cette obligation existe ; voir Hauser/Schweri 1999 § 64 N 15 ; Schmid 1997 N 668. Posent également problème les *droits de participation* ; voir sur ce point (mais en relation avec l'art. 397^e du code civil) Procédure 83 (1994) N° 192.

246 Moyens de preuve matériels (chapitre 6, art. 200-206 AP)

Parmi les preuves matérielles, les événements et les objets contribuent à former la conviction du juge en raison de leur perceptibilité par les sens¹⁵⁶. Il s'agit de la *preuve par l'inspection au sens large*, étant précisé qu'il convient d'y inclure les événements qui ne sont pas perçus par la vue mais par l'ouïe, par exemple lors de l'audition d'un enregistrement. Les moyens de preuve matériels sont tout d'abord les objets versés au dossier en tant que *pièces à conviction* (on parle également d'*objets probants*) : armes, documents, etc. Cet aspect de la question est sommairement réglé aux articles 201 et 202 AP. Il convient d'observer ici que l'avant-projet a renoncé à instaurer des normes distinctes en ce qui concerne la preuve documentaire comme le font d'autres lois de procédure. Il n'y a en effet aucune nécessité de distinguer cette catégorie de preuves¹⁵⁷. La *preuve par l'inspection au sens étroit* (également appelée *inspection sur les lieux*) s'attache aux objets importants en termes de preuve mais qui ne peuvent être versés au dossier en raison de leur nature. C'est la raison pour laquelle ils sont examinés sur place, là où ils se trouvent. C'est notamment le cas des lieux du crime ou de l'accident. La procédure en cette matière est brièvement régie par les articles 203-205 AP.

246.1 L'objet de la preuve (section 1, art. 200-201 AP)

Définition (art. 200 AP). Investigation et examen (art. 201 AP)

Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, on appelle *pièces à conviction* au sens large toute chose dont la perception par les sens permet des conclusions qui contribuent à étayer la conviction du juge¹⁵⁸. En ce qui concerne les *titres et les documents*, on ne se basera pas sur la notion de titre telle qu'elle ressortit au droit pénal matériel (art. 110 ch. 5 / nouv. art. 110 al. 4 CP) mais plutôt sur une acception procédurale qui envisage tout écrit par son contenu informationnel propre¹⁵⁹. Les « autres documents » englobent les *enregistrements sonores et vidéo, les radiographies, les enregistrements de données électroniques*, etc. qui entrent également en ligne de compte comme preuves.

246.2 Inspection (section 2, art. 202-204)

Définition (art. 202 AP). Exécution (art. 203 AP)

L'inspection au sens étroit défini ci-dessus est, comme les autres moyens de preuve utilisés au cours de la procédure préliminaire, une procédure ouverte aux parties (droit de participation); en procédure de première instance et d'appel, les tribunaux la conduisent comme *partie intégrante des débats*. Afin de décharger le ministère public et les tribunaux, l'article 203 al. 3 AP prévoit que dans les cas simples, la police peut aussi être chargée des inspections, par exemple lorsqu'il s'agit d'effectuer des constats sur place (largeur d'une route en cas d'accident de la circulation, nature de l'éclairage sur les lieux d'un crime, etc.). Il s'agit là d'informations qui, généralement, figurent déjà dans le rapport relatif aux premières constatations de la police. Les alinéas 4 et 5 précisent que les ayants droit des lieux inspectés

¹⁵⁶ Aeschlimann 1997 N 910 ss., 10477 ss. ; Clerc 1975 N 156 ; Maurer 1999 217 s. ; Oberholzer 1994 284 s., 295 ss. ; Piquerez 2000 N 2242 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 65 N 1 ss. ; Schmid 1997 N 674 ss.

¹⁵⁷ Voir Schmid 1997 N 681 à propos de la réglementation zurichoise.

¹⁵⁸ Voir parmi d'autres Schmid 1997 N 674.

¹⁵⁹ Clerc 1975 N 158 ; Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 183 ss. N 1 ss. ; Habscheid 1990 N 680 ; Hauser/Schweri 1999 § 66 N 1 ; Piller/Pochon 1998 Art. 76.1.ss. ; Piquerez 2000 N 2262 ; Schmid 1997 N 681 ; Vogel 1999 § 48 N 107 s.

(y compris, cela va de soi, les personnes qui se sont pas parties à la procédure) doivent permettre aux autorités pénales l'accès aux locaux à inspecter, mais que leurs droits de propriétaires doivent être respectés en ce sens que s'il est nécessaire de pénétrer dans des bâtiments ou dans des endroits clos, l'autorité compétente devra observer les dispositions applicables à la perquisition (art. 260 et 261 AP).

Relation avec d'autres actes de procédure (art. 204 AP)

Selon l'article 204 AP, l'inspection peut être combinée avec d'autres actes de procédure tels que l'audition de témoins, d'experts, etc. Les inspections sont souvent associées à une reconstitution des faits ou à une confrontation entre témoins et prévenus. Les personnes faisant valoir leur droit de refuser de déposer, et notamment le prévenu, doivent y participer, fût-ce passivement. Comme dans les cas visés à l'article 156 al. 4, elles ne sont pas tenues de faire des déclarations.

246.3 Edition de dossiers et de rapports (section 3, art. 205-206 AP)

Edition de dossiers (art. 205 AP)

Les dossiers en possession d'autres instances, qu'il s'agisse de tribunaux ou d'autorités administratives, peuvent avoir une grande importance dans la poursuite des infractions et la recherche de leurs auteurs. L'article 205 AP fait *au ministère public et aux tribunaux l'obligation* de requérir les dossiers d'autres procédures si cela est nécessaire. L'autorité requise, de son côté, est tenue de mettre ses dossiers à disposition (art. 275 al. 5 et 6 AP). Les dossiers édités de la sorte servent alors de pièces à conviction au sens des articles 200 et 201 AP.

Rapports (art. 206 AP)

L'article 206 AP est à mettre en relation avec l'article 155 AP. Les *déclarations de témoins, surtout lorsqu'il s'agit de fonctionnaires ou de membres des autorités*, peuvent être remplacées par des rapports écrits. Il en va de même des attestations médicales relatives à des lésions corporelles, etc. Ces rapports doivent être versés au dossier (contrairement à ce que laisse supposer l'article 205 AP, cette formalité incombe également, dans la mesure du possible, à la police).

25 Mesures de contrainte (titre 5)

L'objet de toute procédure pénale est la *recherche de la vérité matérielle* (art. 6 AP). C'est dans ce but que se déroule l'administration des preuves, codifiée dans le titre 4 de l'avant-projet. Toutefois, cette administration des preuves peut être compromise de différentes façons. A commencer par le prévenu qui sera tenté de chercher à détruire les preuves susceptibles de le confondre, voire de s'enfuir pour échapper aux poursuites. *Les autorités pénales doivent donc pouvoir disposer d'un arsenal de mesures de contrainte qui vont leur permettre non seulement de préserver les preuves mais également de s'assurer de la présence du prévenu*¹. Les mesures les plus importantes sont précisément celles qui visent à s'assurer de la personne du prévenu et qui, de ce fait, portent atteinte à ses droits constitutionnels. En revanche, les mesures de contrainte qui ont pour objet des choses prennent, comparativement, une place moins importante.

251 Généralités (chapitre 1, art. 207-212 AP)

251.1 Définition et conditions générales (section 1, art. 207-208 AP)

Définition (art. 207 AP)

L'article 207 AP commence par rappeler que les mesures de contrainte *portent atteinte aux droits constitutionnels des intéressés*. Dans les cas de privation de liberté, il s'agit du droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 cst, art. 5 al. 1 CEDH ; art. 9 PIDCP). Mais les mesures de contrainte peuvent également affecter d'autres droits constitutionnels, tels que la garantie de la propriété (art. 26 cst), le protection de la sphère privée (art. 13 cst., art. 8 CEDH ; art. 17 PIDCP), la liberté d'opinion (art. 16 cst., art. 10 CEDH ; art. 19 PIDCP) ou encore la liberté des médias (art. 17 cst.).

Les mesures de contrainte ont trois objectifs « classiques » : rechercher et découvrir les preuves, assurer la présence du prévenu durant la procédure et garantir l'exécution de la décision finale.

Conditions (art. 208 AP)

Les mesures de contrainte qui, comme le rappelle l'article 207 AP, portent atteinte aux droits constitutionnels des intéressés, ne sont admises selon l'article 36 cst. que si elles sont fondées sur une base légale, si elles sont ordonnées dans l'intérêt public et si elles restent conformes au principe de la proportionnalité² :

- Les dispositions de ce cinquième titre créent la *base légale* permettant de prendre les mesures de contrainte nécessaires en procédure pénale.
- Les mesures de contrainte sont généralement conformes à l'intérêt public dans la mesure où elles servent le droit de l'Etat à la répression pénale.

¹ A propos de la nécessité de telles mesures en dépit de la présomption d'innocence qui, à première vue, s'y oppose, voir Aeschlimann 1997 N 936 ss., N 1065 ss. ; Clerc 1975 N 159 ; Hauser/Schweri 1999 § 67 N 1 ss. ; Maurer 1999 227 ss. ; Oberholzer 1994 303 ; Piquerez 2000 N 2266 ss. ; Schmid 1997 N 684 ss. ;

² A ce sujet, voir Haefelin/Haller 1998 N 1127 ss. ; Aeschlimann 1997 N 1057 s. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 96 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 67 N 6 ss. ; Maurer 1999 263 ; Oberholzer 1994 303 ; Piquerez 2000 N 2272 ss. ; Schmid 1997 N 686 ss. (ces références concernent encore pour la plupart l'ancienne constitution).

- Le *principe de la proportionnalité*³ se trouve partiellement concrétisé dans l'avant-projet, par exemple dans le fait que la détention préventive n'est pas admise pour une contravention (art. 234 AP ; voir également art. 229 al. 4 AP). Une loi de procédure pénale doit toutefois se contenter de régir de façon relativement générale les instruments procéduraux qu'elle entend mettre en œuvre, et plus particulièrement les mesures de contrainte dont il sera question ici. D'ailleurs, le principe de la proportionnalité ne peut être envisagé d'une façon trop globale ; au contraire, il appartient aux autorités pénales de l'appliquer au cas par cas.

L'alinéa 2 part du principe que les *mesures de contrainte sont dirigées en premier lieu contre le prévenu* mais qu'elles peuvent aussi concerner des personnes qui n'ont pas participé à l'infraction et ne sont dès lors *pas directement impliqués dans la procédure*⁴. Des tiers peuvent être touchés en particulier par des mesures telles que la fouille, le séquestre, la perquisition. Dans de tels cas, les autorités pénales doivent recourir à ces mesures avec une retenue toute particulière.

251.2 Ordonnance et exécution (section 2, art. 209-212 AP)

Compétence pour ordonner (art. 209 AP)

L'article 209 al. 1 AP attribue la compétence pour ordonner les mesures de contrainte au *ministère public, aux tribunaux* et, en cas d'urgence, à la *direction de la procédure des tribunaux*. Cette disposition doit être comprise comme une délégation générale de compétence susceptible de dérogations ponctuelles dans certains cas⁵.

L'alinéa 2 limite les compétences de *la police en matière de mesures de contrainte aux cas expressément prévus par la loi*, qui sont par exemple les mandats de comparution (art. 210 AP), l'arrestation provisoire (art. 229 AP), les fouilles et les examens (art. 255 al. 3 AP). Il en va de même pour les *autorités pénales compétentes en matière de contraventions* qui ne peuvent ordonner que les mesures de contrainte prévues aux articles 420 et 421 AP et pour les tribunaux dans la mesure où ils connaissent de contraventions au sens des articles 35 al. 3 ou 425 AP.

Lorsque la loi attribue à la police des compétences dans ce domaine, tous les fonctionnaires de police peuvent en principe ordonner et mettre à exécution ces mesures (art. 16 et 17 AP). L'alinéa 3 tient compte des réglementations en vigueur dans certains cantons⁶ et permet à ceux-ci ainsi qu'à la Confédération de réserver ces compétences à des fonctionnaires revêtant un certain grade ou une certaine fonction (officier, chef de service, directeur d'arrondissement, etc.).

³ L'article 5 al. 2 cst. exige également, désormais, que l'action de l'Etat soit proportionnée au but visé. Nous n'entrerons pas ici dans des considérations relatives aux trois éléments de la proportionnalité, à savoir le principe de l'adéquation, le principe de la nécessité et le principe de la subsidiarité ; voir à ce sujet, parmi beaucoup d'autres, Haefelin/Haller 1998 N 1141 ss.

⁴ Voir Hauser/Schweri 1999 § 67 N 2 ; Piquerez 2000 N 2564 ; Schmid 1997 N 685 ss.

⁵ Tel est notamment le cas aux articles 237 ss. AP qui concernent la mise en détention préventive.

⁶ Voir notamment art. 337 CPP ZH ; art. 174 al. 1 CPP BE ; art. 106 al. 2 CPP FR ; art. 148 al. 1 CPP SH ; art. 168 al. 3 CPP VD ; art. 97a CPP NE ; art. 111 al. 1 lit. d CPP GE.

Forme de l'ordonnance (art. 210 AP)

L'article 210 AP soumet *l'ordonnance de mesures de contrainte* à certaines exigences de forme. Celles-ci viennent préciser l'obligation faite aux autorités pénales de dresser des procès-verbaux et de documenter la procédure (art. 83 ss. AP) ; sous réserve de dispositions particulières, elles doivent toujours être observées lorsque des mesures de contrainte⁷ sont ordonnées.

Usage de la force dans l'exécution (art. 211 AP)

L'article 211 AP crée la base légale qui légitime l'usage de la force – en cas de nécessité seulement et dans le strict respect du principe de proportionnalité – par les autorités pénales chargées d'exécuter les mesures de contrainte. Toute contrainte excessive est prohibée⁸. Cette disposition est formulée comme une clause générale, car il n'est ni utile ni possible de passer en revue le détail des moyens visés et de leur emploi.

Voies de recours contre les mesures de contrainte (art. 212 AP)

Les dispositions générales sur le *recours* (voir les art. 461 à 466 AP) prévoient déjà la possibilité de contester les ordonnances des autorités pénales et, de ce fait, les mesures de contrainte. Mais compte tenu du caractère particulièrement incisif de ces mesures et de l'importance des voies de recours, l'avant-projet rappelle ici, dans une disposition distincte, l'existence de ces dernières.

252 Mandat de comparution, mandat d'amener et recherches (chapitre 2, art. 213-22 AP)**252.1 Mandat de comparution (section 1, art. 213-219 AP)**

Dans un but de simplification, la comparution obligatoire et la comparution facultative sont traitées ensemble aux articles 213 à 219 AP. Si une personne, se fondant sur ses droits procéduraux, a la possibilité de participer à des actes de procédure accomplis par une autorité sans y être tenue, elle ne fera pas l'objet d'un mandat de comparution obligatoire au sens de l'article 213 AP. Tel sera le cas pour la présence du prévenu, du défenseur, du représentant ou du conseil aux auditions de témoins et lors de l'administration d'autres preuves (p.ex. art. 158 et 159 AP).

Définition (art. 213 AP)

Le mandat de comparution⁹ adressé aux parties et aux autres participants à la procédure (témoins, personnes entendues aux fins de renseignement, etc.) est sciemment rangé parmi les mesures de contrainte. Dans le cas du mandat de comparution obligatoire, en tout cas, les personnes convoquées¹⁰ sont en effet exhortées avec une certaine fermeté à y donner suite dans la mesure où elles sont menacées du recours à la police au cas où elles n'obtempéreraient pas (art. 218 al. 5 AP). Du fait du caractère obligatoire du mandat de comparution, celui-ci ne

⁷ Voir par exemple les décisions prises par les tribunaux qui ordonnent la détention (art. 237 ss. AP).

⁸ Voir parmi d'autres Hauser/Schweri 1999 § 67 N 8.

⁹ Voir sur ce sujet en général Aeschlimann 1997 N 780, N 808 ss. ; Clerc 1975 N 165 ; Hauser/Hauser 1976 615 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 10 s. ; Maurer 1999 179 s. ; Oberholzer 1994 303 s. ; Piller/Pochon 1998 Art. 99.1.ss. ; Piquerez 2000 N 1485 ss. ; Schmid 1997 N 560 ss.

¹⁰ Voir aussi « De 29 à l'unité », p. 108.

doit être décerné que si la présence de l'intéressé est nécessaire. Le mandat doit préciser que son destinataire doit comparaître personnellement, que la présence du défenseur, représentant ou conseil n'est pas suffisante.

Forme et contenu (art. 214 AP)

L'article 214 AP pose les règles élémentaires relatives au contenu du mandat de comparution. Ces prescriptions semblent à première vue aller de soi, mais comme le montre un coup d'œil sur la réalité juridique suisse, elles ne sont pas partout respectées en pratique.

- En premier lieu et sous réserve de l'article 216 AP, les mandats de comparution doivent être établis *par écrit*. Lorsque le mandat de comparution est adressé à une *personne domiciliée en un lieu où la langue officielle n'est pas la même*, il sera traduit en application de l'article 73 AP s'il y a lieu de penser que le destinataire n'en comprendra pas la teneur. Cette règle correspond pour l'essentiel à celle qui figure à l'article 8 ch. 1 du Concordat sur l'entraide judiciaire. En vertu de la lettre a, la personne convoquée doit non seulement savoir devant quelle autorité elle doit comparaître ; le mandat indiquera également le nom des personnes qui procéderont à l'acte de procédure considéré (juge d'instruction, substitut, juge, etc.). Cela permet notamment aux parties de faire valoir en temps utile les éventuels motifs de récusation. Si un tribunal siège dans sa composition officielle, dûment publiée par exemple au rôle de la juridiction, le mandat peut s'abstenir de cette indication. Si la composition du tribunal doit être modifiée ultérieurement, les parties doivent en être informées d'une façon appropriée, même, au besoin, à l'ouverture des débats (voir art. 371 ss. AP).
- La lettre b exige que le mandat précise la *qualité en laquelle la personne citée à comparaître doit participer à l'acte de procédure*, afin qu'elle sache si elle est impliquée dans la procédure en qualité de prévenu, de témoin ou de personne entendue aux fins de renseignement.
- La personne convoquée doit également être informée sur le *motif du mandat de comparution* (lit. c). La convocation d'un témoin indiquera donc le nom du ou des prévenus et l'infraction qui fait l'objet de la procédure (p. ex. « Instruction pénale ouverte contre X.Y., prévenu d'escroquerie par métier »). Exceptionnellement, il pourra être fait abstraction de ces indications, par exemple pour prévenir un risque de collusion.
- La lettre d exige que les autorités précisent *si le mandat de comparution est obligatoire ou facultatif*.
- Selon les cas, le mandat de comparution comportera une information sur les *conséquences légales d'un défaut inexcusé* (lit. e). Il est probable que la Confédération et les cantons élaboreront, comme ils le faisaient déjà, des formules de mandat de comparution pré-imprimées mentionnant les dispositions légales applicables.

Délai de citation (art. 215 AP)

L'article 215 AP n'appelle pas de commentaires particuliers. L'alinéa 1 reprend une disposition connue dans la plupart des cantons et qui ménage à la personne convoquée un

*délai de préparation ou délai de réflexion*¹¹. Par ailleurs, la notification du mandat de comparution intervient dans les formes prévues aux articles 98 à 101 AP.

Déroger aux règles de forme et de délais (art. 216 AP)

De nombreux cantons prévoyaient déjà, pour les cas d'urgence et notamment lorsque le prévenu est détenu, la possibilité de déroger aux règles de forme et de délais¹². Il est donc tout à fait possible, dans le cadre d'une administration de preuves effectuée alors que l'arrestation du prévenu vient d'être ordonnée (art. 235 al. 2 AP), de convoquer un témoin par téléphone en lui demandant de se présenter une heure plus tard devant le ministère public. Il est également possible – que le cas soit urgent ou non – de déroger aux règles de forme et de délais si l'intéressé y donne son accord (al. 2).

Celui qui *se trouve déjà sur le lieu où se déroule l'acte de procédure* – fortuitement ou parce qu'il a donné suite à un mandat de comparution facultatif – peut être entendu sur le champ et sans mandat de comparution. Ainsi, lorsqu'un prévenu a assisté de son plein gré à une audition de témoin, il peut être interrogé aussitôt après en qualité de prévenu. Il en va de même des *personnes détenues* (al. 3). Cette règle, déjà connue dans plusieurs cantons¹³, est nécessaire parce qu'il est arrivé occasionnellement qu'un détenu refuse de se soumettre à une audition en se prévalant de son droit à être convoqué dans les formes et les délais habituels.

Sauf-conduit (art. 217 AP)

A notre époque, compte tenu d'une mobilité internationale croissante, il s'avère de plus en plus souvent nécessaire de convoquer des personnes résidant à l'étranger. Il arrive que ces personnes n'acceptent de comparaître devant une autorité pénale suisse qu'à la condition de bénéficier d'un *sauf-conduit*. C'est la raison pour laquelle différents codes de procédure permettent aux autorités pénales de donner de telles assurances aux intéressés¹⁴. La compétence de délivrer un sauf-conduit, avec ou sans conditions particulières, appartient au ministère public et aux tribunaux, mais pas à la police (voir al. 1). Les personnes au bénéfice d'un sauf-conduit ne peuvent en principe être arrêtées en Suisse ou y être soumises à d'autres mesures restreignant leur liberté (voir par exemple les articles 250 et 251 AP consacrés aux mesures de substitution à la détention préventive et à la détention de sécurité).

L'alinéa 2 contient toutefois certaines *restrictions au sauf-conduit*, qui existent d'ailleurs déjà *de lege lata*. Ainsi, cette protection ne peut être accordée à une personne condamnée, avant ou après la délivrance du sauf-conduit, à une sanction privative de liberté immédiatement exécutoire ; il serait choquant en effet de laisser ce condamné repartir sans être inquiété.

¹¹ Voir art. 94 CPP BE ; art. 40 al. 1 CPP LU ; art. 25 CPP UR ; art. 111 LOJ SZ ; art. 58 al. 3 CPP OW ; art. 37 al. 3 CPP NW ; art. 99 al. 2 CPP FR ; art. 22 CPP SO ; art. 63 CPP BS ; art. 142 al. 3 CPP SH ; art. 36 CPP AR ; art. 39 CPP TG ; art. 55 CPP JU ; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 10.

¹² Voir art. 95 CPP BE ; art. 26 CPP UR ; art. 111 2^{ème} phrase LOJ SZ ; art. 37 al. 1 CPP NW ; art. 22 et 23 al. 3 CPP SO ; art. 63 al. 2 CPP BS ; art. 142 al. 1 CPP SH ; art. 37 CPP AR ; art. 80 al. 1 CPP GR ; art. 38 al. 1 CPP TG ; art. 117 al. 2 CPP TI ; art. 123 CPP VD ; art. 60 CPP JU.

¹³ Voir par exemple art. 95 al. 4 CPP BE ; art. 100 CPP FR (à ce sujet : Piller/Pochon 1998 Art. 100.1.ss) ; art. 60 al. 3 CPP JU. Solution semblable : art. 142 al. 2 CPP SH.

¹⁴ Voir notamment art. 61 PPF ; art. 198 CPP BE ; art. 71 CPP LU ; art. 74b CPP OW ; art. 64 al. 2 CPP ZG ; art. 121 CPP FR ; art. 142 CPP SO ; art. 83 CPP BL ; art. 80 al. 4 CPP GR ; art. 84 CPP AG ; art. 116 al. 2 TG ; art. 83 CPP VS ; art. 128 CPP NE ; voir également l'art. 73 EIMP. Voir aussi Aeschlimann 1997 N 1196 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 21 N 16, § 91 N 10 ; Maurer 1999 303 ; Oberholzer 1994 357 ; Piller/Pochon 1998 Art. 121.1. ss. Les experts ont eux aussi demandé l'introduction d'une telle disposition (« De 29 à l'unité », p. 114).

Empêchement et défaut (art. 218 AP)

Les devoirs de la personne convoquée en cas d'empêchement et les conséquences du défaut sont, pour l'essentiel, les mêmes que dans les lois de procédure actuellement en vigueur en Suisse. Cette disposition n'appelle donc que quelques brèves explications.

L'avant-projet n'autorise qu'avec retenue le recours à la police pour *amener une personne qui n'a pas donné suite à un mandat de comparution*. Selon l'alinéa 5, cette mesure ne peut être ordonnée en principe que lorsqu'une deuxième citation est restée sans effet. L'article 487 al. 6 AP règle la question des frais et des indemnités en cas de défaut.

Mandats de comparution de la police (art. 219 AP)

Le droit de citer une personne – prévenu ou personne entendue aux fins de renseignement – pour l'interroger ou procéder à une audition doit aussi être reconnu à la police. Certes, nul n'est en principe tenu de faire des déclarations à la police¹⁵. Mais l'expérience montre que la plupart des personnes approchées par la police dans le cadre d'une enquête se montrent prêtes à déposer. Etant donné que des personnes peuvent être tenues, aux conditions énumérées aux articles 321 et suivants, de se mettre à disposition de la police et des autorités pénales en vue d'un contrôle d'identité ou de mesures d'investigations du service d'identification judiciaire, la police doit évidemment pouvoir les convoquer.

Celui qui ne donne pas suite à un mandat de comparution de la police peut, aux conditions précisées à l'alinéa 2, faire l'objet d'un mandat d'amener ; ce dernier doit toutefois être établi sur ordre du ministère public ou du tribunal compétent.

252.2 Mandat d'amener (section 2, art. 220-221 AP)

Conditions (art. 220 AP)

L'article 220 AP passe d'abord en revue, à l'alinéa 1, les cas dans lesquels le *ministère public ou les tribunaux peuvent faire amener une personne par la police*. Les possibilités qui s'offrent à cet égard pendant l'enquête de la police se limitent à celles qui sont indiquées à l'article 219 al. 2 AP¹⁶.

- Selon la lettre a, la direction de la procédure peut faire amener par la police *une personne qui a fait défaut à un deuxième mandat de comparution, exceptionnellement même à un premier mandat de comparution*.
- La lettre b permet à l'autorité pénale compétente de s'abstenir de décerner un mandat de comparution et à faire amener une personne sur le champ lorsque il y a tout lieu de penser que *celle-ci ne donnera pas suite au mandat*. Il conviendra cependant de recourir à cette possibilité avec beaucoup de retenue, par exemple dans des cas où l'intéressé a d'emblée

¹⁵ Le prévenu n'a jamais l'obligation de déposer (art. 122 al. 2 et 3 AP, art. 167 al. 1 lit. b AP), alors que les témoins qui, en soi, sont tenus de le faire (art. 172 al. 2 AP), ne peuvent être interrogés par la police ; les personnes entendues aux fins de renseignement ne sont en aucun cas tenues de faire des déclarations à la police (voir art. 188 al. 1 AP et les explications fournies sous ch. 244.2 supra).

¹⁶ Sur le mandat d'amener en général, voir Aeschlimann 1997 N 815 ss. ; Clerc 1975 N 166 ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 18 s. ; Maurer 1999 180 ss. ; Oberholzer 1994 304 ; Piquerez 2000 N 1488 ; Schmid 1997 N 706 ss.

déclaré qu'il n'obtempérerait pas à un mandat de comparution ou s'il n'a régulièrement pas donné suite aux convocations dans l'affaire en cours ou dans d'autres affaires.

- La lettre c vise les cas dans lesquels il s'agit *d'entendre par surprise le prévenu – exceptionnellement, il pourra aussi s'agir de témoins, de personnes entendues aux fins de renseignement, etc. – afin d'éviter un risque de collusion*. Cette possibilité doit, elle aussi, être utilisée avec discernement.
- La lettre d, enfin, permet à l'autorité pénale de faire amener, *comme prévenue, une personne sérieusement soupçonnée d'un crime ou d'un délit et dont on présume qu'il existe des motifs d'arrestation*. Cette mesure sera généralement le prélude à l'ouverture d'une procédure de mise en détention préventive au sens des articles 233 ss.¹⁷. AP. Cela concerne surtout les cas dans lesquels l'arrestation n'a pas été effectuée par la police et où les soupçons et les motifs présumés d'arrestation reposent sur une plainte pénale adressée directement au ministère public.

L'alinéa 2 permet aux *autorités pénales en matière de contraventions*, en procédure d'opposition, de faire amener des témoins et des personnes entendues aux fins de renseignement, mais uniquement dans les cas où leur déposition est indispensable pour résoudre l'affaire. En revanche, un prévenu ne fera pas l'objet d'un mandat d'amener puisque son défaut sera considéré comme un retrait d'opposition au sens de l'article 424 al. 2 AP.

Procédure d'exécution (art. 221 AP)

L'article 221 AP règle quelques détails essentiels qui doivent être observés lors de l'exécution d'un mandat de comparution. Ces dispositions correspondent aux prescriptions homologues que l'on trouve dans de nombreux codes de procédure pénale suisses¹⁸.

252.3 Recherches de police (section 3, art. 222 AP)

Conditions et exécution (art. 222 AP)

Lorsque le lieu de séjour d'une personne dont la présence est indispensable dans une procédure n'est pas connu, cette personne peut faire l'objet de *mesures de recherche*¹⁹. L'alinéa 2 se contente d'énoncer quelques principes à cet égard. Les détails, et notamment les modalités et l'exécution des différentes mesures de recherche, sont l'affaire des règlements de police et du droit administratif. Les prescriptions y relatives se trouvent en partie aux articles 351^{bis} et suivants CP et dans l'EIMP.

¹⁷ Voir art. 49 al. 1 ch. 2 CPP ZH; art. 98 ch. 1 CPP BE; art. 42 ch. 1 CPP LU; art. 27 al. ch. 1 CPP UR; art. 102 al. 1 lit. c CPP FR; art. 144 al. 2 2^{ème} phrase CPP SH; art. 38 al. 1 ch. 1 CPP AR; art. 51 al. 1 CPP AI; art. 112 al. 1 lit. c CPP SG; art. 117 al. 1 CPP TI; art. 32 CPP GE; art. 62 al. 1 ch. 1 CPP JU; solution semblable à l'art. 22 CPP VS; voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 817 s.; Schmid 1997 N 704 ss.; Dans le même sens « De 29 à l'unité », p. 108 s.

¹⁸ Voir art. 50 ss. CPP ZH; art. 99 s. CPP BE; art. 43 s. CPP LU; art. 27 CPP UR; art. 59 al. 2 CPP OW; art. 102 s. CPP FR; art. 26 CPP SO; art. 66 CPP BS; art. 73 CPP BL; art. 144 al. 3 et 153 CPP SH; art. 38 al. 2-3 CPP AR; art. 51 al. 2-3 CPP AI; art. 112 al. 2-3 CPP SG; art. 51 al. 4 CPP AG; art. 124 s. CPP VD; art. 23 et 26 CPP VS; art. 78 s. CPP NE; art. 32 et 36 s. CPP GE; art. 63 s. CPP JU.

¹⁹ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1230; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 5 ss.; Oberholzer 1994 36 ss.; Schmid 1997 N 707.

Sans entrer dans les détails, l'alinéa 1 autorise *les mesures de recherche destinées à retrouver le lieu de séjour de la personne recherchée*. En règle générale, ces mesures se limiteront à rechercher l'adresse de cette dernière.

Selon l'alinéa 2, la personne recherchée peut en outre faire l'objet d'une publication en vue d'arrestation et de conduite à l'autorité. Une telle publication suppose toutefois qu'il existe, outre des soupçons sérieux à l'encontre de cette personne, *des motifs d'arrestation* tels le risque de fuite.

253 Privation de liberté, détention préventive et détention de sécurité (chapitre 3, art. 223-253 AP)

Ce chapitre est consacré aux mesures de contrainte qui se traduisent, pour la personne qui en est l'objet, par une privation de liberté. Comme c'est déjà le cas dans certains codes de procédure pénale récents²⁰, ces mesures sont classées, selon la phase de la procédure, en appréhension policière (art. 226 à 228 AP), arrestation provisoire par la police (art. 229 à 232 AP), détention préventive (art. 233 à 241 AP) et détention de sécurité (art. 242 à 246 AP). Ces sections sont complétées par des dispositions générales sur la privation de liberté (art. 223 à 225 AP), des prescriptions sur l'exécution de la détention (art. 247 à 249 AP) et des règles relatives aux mesures de substitution à la détention préventive et à la détention de sécurité (art. 250-253 AP).

253.1 Généralités (section 1, art. 223-225 AP)

Généralités (art. 223 AP). Perquisition de locaux (art. 224 AP)

Ces articles contiennent un certain nombre de dispositions fondamentales dont le respect s'impose au moment d'ordonner une mesure de contrainte privative de liberté. Sont essentielles les règles suivantes :

- La règle générale est que le prévenu reste en liberté pendant la procédure (art. 223 al. 1 AP), la privation de liberté constituant donc l'exception²¹.
- Le principe de proportionnalité. Il convient d'accorder une attention particulière à l'article 223 al. 2 AP selon lequel les mesures de contrainte privatives de liberté doivent être levées immédiatement et d'office sitôt que les conditions requises ne sont plus remplies.
- La règle de l'article 223 al. 3 AP selon laquelle la détention préventive ne doit pas excéder la peine privative de liberté envisagée²².

Information (art. 225 AP)

L'article 31 al. 2 troisième phrase de la constitution fédérale garantit aux personnes arrêtées le droit de faire prévenir leurs parents les plus proches. Ce droit existe dès le début de la privation de liberté ; il devra donc être respecté par la police au moment de l'arrestation

²⁰ Voir par exemple art.167 ss. CPP BE; art. 55 ss. CPP NW; art. 104 ss. CPP FR; art. 67 ss. CPP BS; art. 145 ss. CPP SH; art. 105 ss. CPP TG.

²¹ Cela résulte expressément de l'article 9 ch. 3, 2^{ème} phrase, EIMP.

²² Aeschlimann 1997 N 1167 ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 36 ; Maurer 1999 288 ; Oberholzer 1994 314 ; Piquerez 2000 N 2392, 2434 ; Schmid 1997 N 714a.

provisoire. Ce droit constitutionnel est concrétisé et sa portée élargie par l'article 225 AP. Le cas échéant, l'employeur pourra également être prévenu et, en ce qui concerne les ressortissants étrangers, leur représentation diplomatique ou consulaire (al. 1).

L'alinéa 2 fixe les *limites nécessaires à l'obligation d'informer*²³.

L'alinéa 3, en revanche, élargit cette obligation d'informer. Si une personne arrêtée est exposée à tomber dans la gêne du fait des mesures de contrainte privatives de liberté, la direction de la procédure doit informer les services sociaux compétents. Cette démarche s'impose par exemple lorsque des enfants dépendent du prévenu emprisonné, ou lorsque la personne arrêtée ou des membres de sa famille risquent de rencontrer des difficultés financières du fait de la détention.

Eu égard notamment aux infractions contre la vie ou l'intégrité sexuelle, l'avant-projet prescrit que la victime doit être informée des décisions importantes telles que celle qui ordonne la mise en détention préventive ou la libération du prévenu (al. 4)²⁴. Il est indifférent que la victime se soit ou non constituée partie plaignante. La nature de la privation de liberté ne joue aucun rôle non plus : il peut s'agir de détention préventive, de détention de sécurité ou encore d'arrestation provisoire par la police. L'obligation d'informer incombe à l'autorité qui a ordonné la mise en détention (en règle générale, il s'agira du tribunal des mesures de contrainte, art. 238 AP) ou la remise en liberté, c'est-à-dire la police (art. 232 al. 1 AP), le ministère public (art. 235 al. 5 AP), le tribunal des mesures de contrainte (art. 238 al. 5 AP) ou le tribunal (art. 245 al. 6 AP).

253.2 Appréhension policière, droit de suite; razzia (section 2, art. 226-228 AP)

Appréhension policière (art. 226 AP)

L'appréhension policière (également appelée « interpellation » ou « contrôle d'identité »²⁵) est l'acte par lequel la police, dans l'exercice habituel et quotidien de ses fonctions, interpelle des personnes, principalement dans des lieux publics. L'intéressé est prié de décliner son identité et de répondre à des questions concernant une infraction que les fonctionnaires de police en cause sont chargés d'élucider. Il peut s'agir d'incidents aussi bénins qu'une contravention aux règles de la circulation que la police pense pouvoir mettre en relation avec la personne arrêtée. On parle également d'appréhension policière lorsqu'il s'agit de l'interpellation de conducteurs dans des contrôles routiers ou de passants à proximité d'un lieu où l'on vient de signaler un cambriolage. Il est évident que les personnes faisant l'objet d'une appréhension policière ainsi définie sont contraintes de rester sur place pendant un laps de temps plus ou moins long, ce qui constitue une entraver leur liberté de mouvement. Même si ces personnes ne considèrent pas vraiment cette appréhension comme une privation de liberté, il convient de donner une *base légale à cette mesure*, comme l'ont fait plusieurs codes de procédure récents²⁶

²³ Voir « De 29 à l'unité », p. 112. Semblable mais plus restrictif (*Dans la mesure où le but de l'instruction le permet...*), voir p.ex. art. 112 CPP FR et, à ce sujet, Piller/Pochon 1998 Art. 112.1 ss.

²⁴ Certains codes prévoient déjà cette obligation d'informer ; voir p.ex. l'art. 11 al. 4 CPP ZH (qui va encore plus loin).

²⁵ Voir parmi d'autres Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 101 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 23.

²⁶ Voir notamment art. 171 ss. CPP BE ; art. 110 CPP UR (« *Passantenkontrolle* ») ; art. 74a CPP OW (« *Personenkontrolle* ») ; art. 147 CPP SH ; art. 101 CPP AR ; art. 79 al. 2 lit. c CPP AI ; art. 41^{bis} CPP VS ; art. 97a CPP NE ; art. 106a al. 3 CPP GE. A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1072 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 23 ; Maurer 1999 265 ss. ; Oberholzer 1994 36 ss. ; Piquerez 2000 N 2284 ss. Schmid 1997 N 710a. Voir

L'alinéa 1 fixe les *conditions* posées à l'appréhension (intérêt à l'établissement d'une infraction, ce qui inclut les contraventions) et les *compétences* de la police déjà évoquées ci-dessus : constater l'identité d'une personne, l'interroger brièvement et déterminer si elle est impliquée à un titre quelconque dans l'infraction en cause.

A condition que le principe de la proportionnalité soit respecté, l'alinéa 2 permet à la police de *conduire au poste* la personne appréhendée. Une telle mesure semble surtout justifiée lorsque l'intéressé ne peut pas ou ne veut pas prouver son identité, ou que certains soupçons appellent un complément d'information²⁷. Il est évident que lorsqu'une personne est conduite au poste en vertu de cet alinéa 2, *les frontières avec l'arrestation provisoire au sens des articles 229 à 232 AP peuvent devenir floues*. L'arrestation provisoire suppose en effet, conformément à l'article 229 al. 1 et 2 AP, que la personne arrêtée soit concrètement soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit ; au contraire, l'appréhension par la police et la conduite au poste prévues à l'article 226 al. 1 et 2 AP servent essentiellement à contrôler une personne dont l'éventuelle implication dans une infraction doit être tirée au clair. C'est pourquoi cette personne, après avoir été arrêtée et conduite au poste, doit être relâchée immédiatement après que les vérifications nécessaires ont été faites, à moins que les soupçons nourris à son égard se soient confortés au point de justifier son arrestation provisoire.

L'alinéa 3 crée une base légale claire permettant l'arrestation et les autres atteintes aux libertés personnelles que celle-ci suppose. Tout d'abord, la personne arrêtée est *tenue de décliner son identité*. Cette obligation s'impose même aux personnes susceptibles d'invoquer le droit de refuser de faire des déclarations, comme le prévenu, qui n'est pas obligé de s'exprimer sur les accusations portées contre lui mais doit décliner son identité²⁸ et peut, pour cela, être conduit au poste si nécessaire. En outre, la police peut contraindre la personne appréhendée à lui présenter *les effets qu'elle transporte* dans ses vêtements, sacs, valises, etc. et dans sa voiture en vue d'un contrôle des documents d'identité et des objets en sa possession, ainsi que des personnes éventuellement présentes dans la voiture. L'article 255 al. 4 AP consacre d'ailleurs expressément le droit reconnu à la police de procéder à des *fouilles*.

La police peut inviter des *personnes privées* à lui prêter main forte lors de l'appréhension (al. 4). Mais contrairement à certains codes de procédure cantonaux²⁹, l'avant-projet n'envisage pas d'obliger les particuliers à aider la police. On ne saurait en effet imposer à ceux-ci de participer contre son gré à l'appréhension d'une personne, s'exposant au demeurant à d'éventuels risques. Ajoutons que les particuliers qui prêtent main forte à la police dans l'exécution d'une mesure de contrainte ont droit à un *dédommagement* en vertu de l'article 504 AP.

Droit de suite (art. 227 AP)

Le droit de suite qui permet à la police, en cas d'urgence de poursuivre un prévenu en-dehors de son territoire, c'est-à-dire en pénétrant dans la zone de compétence d'un autre corps de

également « De 29 à l'unité », p. 109 et les votes émis lors des auditions en faveur de la création d'une base légale (Auditions 163).

²⁷ Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 101 N 4 avec renvoi à l'ATF 109 Ia 146.

²⁸ Sur la limite qui sépare cette obligation et le droit de refuser de faire des déclarations, voir Schmid 1997 N 617 ; cependant, voir également Oberholzer 1994 130.

²⁹ Voir p.ex. art. 171 al. 4 CPP BE; art.109 al. 2 CPP UR; art.74 al. 2 CPP BL; art. 146 al. 3 CPP SH; art. 111 al. 2 CPP TG; art. 125 CPP VD (à ce sujet, voir Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 125 N 1 ss.); art. 25 CPP VS; art. 86 al. 1 CPP JU.

police, est actuellement régi par l'article 356 CP. Cette disposition doit être reprise dans le futur code de procédure pénale fédéral sans modification ni formelle ni matérielle. Le deuxième alinéa est abrégé par rapport à la version actuelle de l'article 356 al. 2 CP. En effet, il résulte déjà de l'article 231 AP que la personne arrêtée doit être entendue par l'autorité à laquelle elle a été remise (en général, il s'agira de la police territorialement compétente) et que celle-ci doit ensuite prendre toutes les mesures nécessaires.

Il convient d'ajouter que l'article 57a LCR qui, *dans le domaine de la circulation routière*, permet à la police de franchir les frontières cantonales, demeure réservé. Cette disposition est dans une large mesure compatible avec l'article 227 AP.

Rafle policière (art. 228 AP)

On appelle rafle un contrôle d'identité à grande échelle effectué par un important dispositif de police dans un lieu déterminé – maison, restaurant, etc. – où, selon des indices en possession de la police, peuvent se dérouler des activités délictueuses ou se trouver des personnes suspectes. Lors d'une rafle, un grand nombre de personnes peuvent être contrôlées et, au besoin, conduites au poste en vue d'un complément d'information³⁰. Pour simplifier, la rafle peut être définie comme l'appréhension d'un nombre indéterminé de personnes en vue d'un contrôle d'identité, opération qui comporte également des éléments de la perquisition (art. 260 ss. AP). Il semble justifié d'introduire dans le futur code de procédure pénale fédéral une base légale autorisant la rafle policière³¹.

253.3 Arrestation provisoire (section 3, art. 229-232 AP)

L'appréhension policière prévue à l'article 226 AP comporte certains éléments de privation de liberté. Celle-ci devient plus concrète dès lors que l'intéressé est conduit au poste de police (art. 226 al. 2 AP). Ce nonobstant, la privation de liberté reste limitée dans le temps puisque la personne emmenée au poste au titre de l'appréhension policière doit être relâchée immédiatement si les investigations ne font pas apparaître de soupçons concrets à son égard.

Mais la privation de liberté du fait de l'intervention des autorités se manifeste plus nettement lorsqu'une personne soupçonnée concrètement d'avoir commis une infraction est appréhendée et conduite au poste où elle fait l'objet d'une arrestation provisoire – également appelée *garde à vue*³². Celle-ci est ensuite entendue et confrontée aux charges qui pèsent sur elle, ce qui peut facilement prendre plusieurs heures. L'une des caractéristiques de cette arrestation provisoire réside dans le fait qu'elle n'intervient généralement qu'à l'initiative et sous la responsabilité de la police³³, c'est-à-dire sans qu'un mandat d'arrêt ne soit délivré par une autorité judiciaire comme l'exigent les articles 233 et suivants AP en matière de détention préventive.

Dans un sens plus strict, on peut considérer l'arrestation provisoire comme la phase de privation de liberté au cours de laquelle la police arrête une personne en application des articles 229 à 232 AP puis, au terme de ses premières investigations, la relâche ou, au contraire, la met à disposition du ministère public. Mais comme la privation de liberté pendant

³⁰ A ce sujet, voir Hauser/Schweri 1999 § 68 N 24 ; Schmid 1997 N 710a.

³¹ Base légale qui manquait jusqu'alors dans la plupart des cantons. Voir, pour Zurich, Schmid 1997 N 710a in fine.

³² Voir « De 29 à l'unité », p. 109.

³³ Il en va autrement lorsque le ministère public ou un tribunal ordonne qu'une personne lui soit amenée (art. 220 ss. AP) ou en cas d'arrestation par des personnes privées (art. 230 AP).

la procédure de mise en détention au niveau du ministère public ne fait pas l'objet d'une réglementation ni d'une qualification particulières, il faut bien que cette période de détention qui se situe entre l'arrestation – provisoire – effectuée à l'initiative de la police ou en vertu d'un mandat d'amener délivré par le ministère public et la décision de mise en détention rendue par le tribunal des mesures de contrainte en application de l'article 328 AP tombe sous la définition d'arrestation provisoire. Il en résulte une *notion d'arrestation au sens large*³⁴. L'avant-projet part du principe qu'une arrestation effectuée sous la responsabilité de la police ou du ministère public conserve la qualification d'arrestation provisoire jusqu'à la décision du tribunal des mesures de contrainte.

Arrestation provisoire par la police (art. 229 AP)

L'article 229 al. 1 *prescrit à la police le devoir d'arrêter provisoirement les prévenus qu'elle a surpris en flagrant délit de crime ou de délit ou qu'elle a interceptés immédiatement après un tel acte*. Il s'agit donc d'arrêter des personnes recherchées au sens de l'article 222 AP. Le devoir d'arrêter les prévenus dans les cas indiqués figure déjà dans un grand nombre de codes de procédure pénale en vigueur³⁵. L'arrestation n'implique évidemment pas que les intéressés soient ensuite automatiquement placés en détention préventive ; elle permet simplement de constater l'identités des personnes interpellées, de déterminer leur rôle dans l'infraction en cause et d'examiner les éventuels motifs justifiant une mise en détention.

La police n'a plus l'obligation mais la compétence d'arrêter provisoirement un prévenu lorsque les soupçons qui pèsent sur ce dernier ne résultent pas de ses propres observations mais d'investigations ou d'autres informations fiables (al. 2).

L'arrestation provisoire peut aussi reposer sur un *mandat d'amener du ministère public* au sens des articles 220 et 221 AP. Un mandat d'amener aboutit en principe à la présentation de l'intéressé à l'autorité qui a délivré le mandat (art. 221 al. 4 AP) ; il s'agit généralement du ministère public. Une controverse est née à Zurich autour de la question de savoir si la police qui exécute le mandat d'amener a le droit, d'elle-même ou sur ordre du ministère public, de garder le prévenu quelque temps pour ses propres investigations ou si elle est tenue de le déférer séance tenante au ministère public³⁶. L'alinéa 3 précise clairement désormais que le ministère public peut ordonner que le prévenu arrêté provisoirement soit d'abord conduit à la police pour les premières investigations. A défaut, le prévenu doit être présenté immédiatement au ministère public.

Arrestation par des personnes privées (art 230 AP)

Aujourd'hui déjà, la plupart des lois de procédure donnent aux particuliers le droit d'arrêter des personnes surprises dans la commission d'un crime ou d'un délit ou interceptées immédiatement après un tel acte lorsque – cas qui devrait être la règle – la police n'est pas en

³⁴ Certains codes cantonaux vont dans ce sens : art. 174 et 182 CPP BE ; art. 106 ss. CPP FR ; art. 68 CPP BS ; voir également Aeschlimann 1997 N 1087 ; Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 53 N 13, 54 N 3 ; Schmid 1997 N 692.

³⁵ Voir art. 54 ss. CPP ZH ; art. 171 al. 2 CPP BE ; art. 52 CPP LU ; art. 111 CPP UR ; art. 34 et 48 ch. 1 CPP GL ; art. 29 CPP SZ ; art. 73 CPP OW ; art. 56 CPP NW ; art. 16 CPP ZG ; art. 105 CPP FR ; art. 41 CPP SO ; art. 67 al. 1 CPP BS ; art. 74 CPP BL ; art. 146 CPP SH ; art. 102 CPP AR ; art. 52 CPP AI ; art. 114 CPP SG ; art. 72 CPP GR ; art. 72 CPP AG ; art. 110 CPP TG ; art. 99 CPP TI ; art. 56 ss. et 168 CPP VD ; art. 68 CPP VS ; art. 118 CPP NE ; art. 122 al. 1 CPP GE ; art. 87 CPP JU ; voir également Aeschlimann 1997 N 1072 ss ; 1077 s. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art 56 ss.

³⁶ Voir Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 52 N 13.

mesure de s'en charger elle-même³⁷. Il convient qu'une telle disposition trouve place dans le futur code de procédure pénale fédéral (al. 1)³⁸. Le propriétaire qui surprend chez lui un cambrioleur en flagrant délit ou qui l'intercepte au moment où il quitte la propriété peut ainsi l'arrêter.

L'alinéa 2 autorise les particuliers à faire usage de la force – dans les limites de l'article 221 AP – pour procéder à l'arrestation. A première vue, cela peut sembler problématique. L'exemple mentionné du cambrioleur (qui peut être armé) montre toutefois que l'arrestation d'une personne sans recours à une certaine force (qui doit évidemment rester proportionnée) n'est guère possible.

Lors de telles interpellations, le particulier agit en quelque sorte comme un auxiliaire des autorités pénales étatiques. La privation de liberté par des personnes privées n'est admissible que jusqu'à l'intervention de celles-ci. Ainsi, les personnes arrêtées par des particuliers doivent être immédiatement remises à la police (al. 3).

Marche à suivre par la police après une arrestation provisoire (art. 231 AP)

L'article 231 AP fait obligation à la police de *vérifier immédiatement l'identité* de la personne arrêtée, de *rendre celle-ci attentive à ses droits* au sens de l'article 167 al. 1 AP, puis de faire immédiatement les recherches nécessaires pour confirmer ou écarter les présomptions de culpabilité d'une infraction et les éventuels motifs d'arrestation.

Il faut ajouter qu'en vertu de l'article 168 al. 2, *la défense* doit avoir la possibilité d'assister à l'interrogatoire du prévenu par la police ; dans l'esprit du droit à « *l'avocat de la première heure* », le défenseur doit, selon cette disposition, pouvoir conférer librement avec son client même pendant l'arrestation provisoire. En ce qui concerne la justification et les modalités d'exercice de ce droit de la défense, on voudra bien se reporter aux explications données à propos de l'article 168 AP³⁹.

Les *experts* ont proposé de donner suite aux besoins d'assistance et de protection du prévenu pendant la garde à vue en instaurant des *mesures de contrôle et de protection appropriées* et d'étudier l'opportunité d'un modèle faisant intervenir un *médiateur*⁴⁰. Mais l'avant-projet s'est abstenu de concrétiser ces propositions. En premier lieu parce qu'il appartient aux lois sur la police de garantir la correction de l'action policière et de mettre en place les moyens de surveillance et les sanctions disciplinaires nécessaires. D'autre part, en ce qui concerne la solution du médiateur, force est de constater que celle-ci ne serait guère praticable par l'intermédiaire d'une loi de procédure ; il serait par ailleurs très difficile de définir la place, le rôle et les possibilités d'intervention d'un médiateur parmi les différents participants à la procédure, à savoir les autorités pénales (notamment la police et le ministère public) et la

³⁷ Voir, pour des dispositions analogues : art. 55 CPP ZH ; art. 170 CPP BE ; art. 53 CPP LU ; art. 111 CPP UR ; art. 33 et 51 CPP GL ; art. 29b CPP SZ ; art. 74 CPP OW ; art. 55 CPP NW ; art. 16 al. 1 CPP ZG ; art. 104 CPP FR ; art. 40 CPP SO ; art. 67 al. 2 CPP BS ; art. 75 CPP BL ; art. 145 CPP SH ; art. 102 CPP AR ; art. 5 al. 1 CPP AI ; art. 115 CPP SG ; art. 72 al. 3 CPP GR ; art. 72 CPP AG ; art. 111 CPP TG ; art. 99 CPP TI ; art. 58 CPP VD ; art. 68 CPP VS ; art. 122 al. 1 CPP GE ; art. 87 CPP JU. Voir également Aeschlimann 1997 N 1067 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 58 N 1 ss. ; Clerc 1975 N 169 in fine ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 21 ; Maurer 1999 265 ss. ; Oberholzer 1994 315 s. ; Schmid 1997 N 711.

³⁸ Cela ressort également dans « De 29 à l'unité », p. 109 où l'arrestation par des personnes privées est mentionnée.

³⁹ Sur cette question dans le cadre de la procédure d'arrestation devant le ministère public, voir l'art. 236 AP.

⁴⁰ « De 29 à l'unité », p. 112.

défense. Il convient de relever également que compte tenu de la brièveté de la garde à vue et des auditions effectuées pendant cette période, les possibilités d'intervention d'un médiateur seraient de toutes façons limitées. On ne voit pas comment, dans les grands cantons où un grand nombre d'arrestations provisoires ont lieu quotidiennement, un médiateur pourrait offrir une assistance utile.

Fin des recherches policières (art. 2332 AP)

Au terme des recherches effectuées par la police conformément à l'article 231 AP, la personne arrêtée doit être immédiatement libérée ou, si les recherches confirment les présomptions de culpabilité ainsi qu'un motif d'arrestation, présentée au ministère public (al. 1 et 2). Le délai pour ce faire est de vingt-quatre heures au maximum. Si l'arrestation provisoire a fait suite à un appréhension, la privation de liberté résultant de cette dernière doit être imputée sur ces vingt-quatre heures. Cette disposition vise à éviter que la limite, déjà difficile à établir, entre l'appréhension et l'arrestation provisoire, (notamment dans les cas où la police conduit la personne appréhendée au poste, art. 226 al. 2 AP) ne devienne encore plus floue en ce qui concerne la computation du délai et n'aboutisse *de facto* à une prolongation de la privation de liberté de plusieurs heures. En application de l'article 56 al. 2 AP, le délai de vingt-quatre heures s'applique en principe aussi *lorsqu'une autorité étrangère au for a requis l'arrestation et la mise à disposition d'un prévenu*.

253.4 Détention préventive (section 4, art. 233-241 AP)

Définition (art. 233 AP)

La détention préventive est définie comme *la privation de liberté qui commence avec la décision l'ordonnant du tribunal des mesures de contrainte et qui prend fin avec le dépôt de l'acte d'accusation auprès du tribunal de première instance*. Elle représente pour le prévenu la mesure de privation de liberté la plus importante et la plus grave⁴¹.

La détention préventive est ordonnée au cours de la procédure préliminaire conduite sous la responsabilité du ministère public. Elle sert d'une part à *s'assurer de la personne* du prévenu qui est ainsi empêché de *se soustraire à la procédure, puis à l'exécution du jugement entré en force*. D'autre part, elle est destinée à empêcher que le prévenu *n'entrave de façon déloyale la recherche de la vérité matérielle*.

Conditions (art. 234 AP)

L'article 234 AP énonce les conditions requises pour que la détention préventive puisse être ordonnée. Elle n'est admissible que lorsqu'un crime ou un délit a été commis. Le placement en détention préventive pour une contravention n'est possible que dans les limites de l'article 421 AP.

L'alinéa 1 mentionne tout d'abord le *motif général, toujours nécessaire, du soupçon grave de crime ou de délit*⁴².

⁴¹ Nous n'entrerons pas en matière sur les problèmes complexes posés par la détention préventive ; à ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1059 s., 1097 ; Clerc 1975 N 167 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 1 ; Maurer 1999 263 ; Oberholzer 1994 306 ; Piquerez 2000 N 2302 ss. Schmid 1997 N 694.

⁴² Voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1104 ss. ; Clerc 1975 N 167 lit. a et b ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 9 s. ; Maurer 1999 272 s. ; Oberholzer 1994 306 s. ; Piquerez 2000 N 2330 ss. ; Schmid 1997 N 698. La CEDH n'exige

- Viennent ensuite, aux lettres a et b, les *motifs classiques de la détention préventive, à savoir le risque de fuite et le risque de collusion* que l'on trouve dans tous les codes de procédure pénale suisses et qui ne devraient guère susciter de débat⁴³.
- La lettre c autorise la mise en détention du prévenu lorsqu'il existe un *risque de continuation ou de réitération de l'infraction*. Ce motif a été intégré dans un nombre croissant de codes de procédure pénale cantonaux⁴⁴. Comme il ne s'agit pas, en principe, d'un motif de détention procédural au sens propre mais plutôt d'une mesure de prévention et de contrainte policière, la loi doit y poser certaines conditions. Selon l'avant-projet, la détention préventive à ce titre n'est admissible que si le prévenu a déjà, par le passé, sérieusement mis en danger la sécurité d'autrui en commettant des crimes ou des délits graves et qu'il y a lieu de craindre, compte tenu de la situation et de sa personnalité, qu'il ne réitère de telles infractions menaçant gravement la sécurité d'autrui. Tel serait par exemple le cas de celui qui, deux mois après avoir purgé une peine de prison pour deux vols, commet un nouveau vol, ou de celui qui, sans emploi et sans profession, après avoir été condamné pour une douzaine de cambriolages, est arrêté trois semaines après sa sortie de prison pour avoir commis trois nouveaux vols avec effraction. Ces exemples soulignent que les infractions commises et les infractions dont on craint la réitération doivent être de même nature⁴⁵. Mais ils montrent également qu'il serait erroné de vouloir définir de façon précise le nombre d'infractions déjà commises, comme le font certains codes⁴⁶. Pour ce qui est des infractions les plus graves, comme les crimes contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté sexuelle, deux cas peuvent suffire. Dans tous les cas, il appartiendra à la jurisprudence d'appliquer ce motif de détention avec la réserve voulue⁴⁷.
- La lettre d autorise la détention préventive lorsqu'il existe le risque que le prévenu ne passe aux actes après avoir menacé de commettre un crime grave⁴⁸. Là encore, il s'agit d'un motif de détention qui ne relève pas directement de la procédure pénale mais plutôt de la prévention policière. Le *motif résultant du risque de commission d'une infraction*, admis par l'article 5 ch. 1 lit. c CEDH⁴⁹, ne peut être invoqué que pour les crimes. Mais il

en principe que ce soupçon grave comme condition à la mise en détention préventive ; voir à ce sujet Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 58 N 26, 36 ; Haefliger/Schürmann 1999 105 ; Villiger 1999 N 346 s.

⁴³ Pour plus de détails sur ces motifs, voir Aeschlimann 1997 N 1108 s., 1110 s. ;

Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 59 N 1 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 12 s. ; Maurer 1999 274 s. ; Oberholzer 1994 307 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. Art. 110.1. ss. ; Piquerez 2000 N 2334 ss., 2344 ss. ; Schmid 1997 N 701 s. Ces motifs sont indubitablement compatibles avec la CEDH : voir parmi d'autres

Haefliger/Schürmann 1999 106 s. Ce constat a également été posé par les experts ; voir « De 29 à l'unité », p. 111.

⁴⁴ Voir notamment : art. 56 lit. c CPPM ; art. 58 al. 1 ch.3 CPP ZH ; art. 176 al. 2 ch. 3 CPP BE ; art.80 al. 2 ch. 4 CPP LU ; art. 107 al. 1 ch. 3 1^{ère} partie CPP UR ; art. 26 al. 1 lit. c CPP SZ ; art. 61 al. 2 CPP OW ; art.57 al. 2 ch. 3 CPP NW ; art. 110 al. 1 lit c CPP FR ; art. 42 al. 2 lit. d CPP SO ; art. 69 lit c CPP BS ; art.77 al. 1 lit c CPP BL ; art. 149 al. 2 lit. c et 150 CPP SH ; art. 98 al. 1 ch. 3 1^{ère} partie CPP AR ; art. 55 al. 1 lit. c CPP AI ; art. 113 al. 1 lit. c CPP SG ; art. 83 al. 2 lit. c CPP GR ; art. 67 al. 2 CPP AG ; art. 106 al. 1 ch. 3 CPP TG ; art. 95 al. 2 CPP TI ; art. 65 lit. c CPP VS ; art. 117 al. 1 CPP NE ; art. 34 lit. b CPP GE ; art. 129 al. 2 CPP JU.

⁴⁵ « de telles infractions ».

⁴⁶ Il est parfois question de « nombreux crimes ou délits » : art. 58 al. 1 ch. 3 CPP ZH ; art 55 al. 1 lit. c 2^{ème} partie CPP AI. De même, on trouve « au moins une fois » : art. 176 al. 2 ch. 3 CPP BE. D'autres encore exigent des « indices concrets » : art. 80 al. 2 ch. 4 CPP LU ; art. 26 al. 1 lit. c CPP SZ. Voir également l'art. 150 CPP SH.

⁴⁷ Voir à ce sujet l'ATF 123 I 268, 270.

⁴⁸ Ce motif est connu dans certains codes : art. 58 al. 2 CPP ZH ; art. 107 al. 1 ch. 3 2^{ème} partie CPP UR ; art. 98 al. 1 ch. 3 2^{ème} partie CPP AR ; art. 55 al. 1 lit. d CPP AI.

⁴⁹ Voir Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 58 N 59 ; Haefliger/Schürmann 1999 108 ; Villiger 1999 N 348.

n'est pas exigé que l'auteur ait déjà tenté ou préparé de façon punissable la commission de l'infraction⁵⁰.

L'avant-projet se limite aux motifs énumérés ci-dessus et s'abstient d'en proposer d'autres. Il n'y a pas lieu de retenir le motif du *trouble à l'ordre public lors de la commission de crimes graves*⁵¹ dont les experts avaient suggéré l'examen. Celui-ci a en effet un caractère essentiellement préventif et s'écarte trop des buts poursuivis par les mesures de contrainte procédurales. Si le risque réside dans la menace de commission d'un crime, c'est l'alinéa 1 lit. b qui trouvera application.

L'alinéa 2 rappelle que le *principe de proportionnalité mérite une attention toute particulière en matière de détention préventive*. Celle-ci ne doit donc pas être ordonnée lorsque son but peut être atteint par d'autres mesures moins contraignantes, et notamment par des mesures de substitution au sens des articles 250 à 253 AP.

Procédure d'arrestation devant le ministère public (art. 235 AP)

L'article 235 AP régit les actes de procédure du ministère public lorsque celui-ci envisage de proposer au tribunal des mesures de contrainte la mise en détention d'un prévenu qui lui a été amené par la police. La même procédure est applicable lorsque, exceptionnellement, le ministère public entend faire ordonner la mise en détention préventive d'un prévenu qui s'est présenté sur convocation⁵². Le ministère public entend le prévenu dès que possible mais au plus tard dans les vingt-quatre heures et lui donne l'occasion de s'exprimer sur les présomptions de culpabilité qui pèsent sur lui. Il doit recueillir sans délai les preuves qui sont propres à renforcer ou à réfuter les présomptions de culpabilité. Compte tenu du peu de temps dont le ministère public dispose pour l'ensemble de cette procédure, il s'agira généralement de preuves essentielles, immédiatement et aisément disponibles, telles que les alibis ou des éléments probants résultant de confrontations (al. 2)⁵³. Si le ministère public souhaite que la détention préventive soit ordonnée, il doit adresser dans le délai indiqué une *requête motivée au tribunal des mesures de contrainte* (voir al. 3 et 4), en y joignant les pièces du dossier qui permettront à ce tribunal de statuer. Au cours de la procédure d'arrestation, ces pièces peuvent être consultées également par le prévenu (art. 237 al. 4). Mais comme le droit de consulter (sans restriction) le dossier n'est ouvert aux parties qu'après l'administration des preuves principales par le ministère public (art. 111 al. 1 AP) et que ces preuves n'ont généralement pas encore été recueillies au moment où est déposée la requête de mise en détention préventive, le ministère public peut retenir certaines pièces⁵⁴. Il court cependant le risque que le tribunal des mesures de contrainte, compte tenu de la pauvreté du dossier, ne retienne pas le motif invoqué et refuse d'ordonner la mise en détention préventive.

Si le ministère public estime qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la détention préventive, *le prévenu doit être immédiatement remis en liberté*, ce qui n'exclut pas que d'éventuelles

⁵⁰ C'est cependant ce que dit l'art 58 al. 2 CPP ZH. Cette condition s'est révélée peu utile en pratique. Dans un ATF 125 I 361, le Tribunal fédéral a considéré que l'application du motif de détention conformément à cette disposition zurichoise était admissible, bien que l'auteur s'était contenté de proférer des menaces de mort mais n'avait en aucune manière tenté ou préparé de façon répréhensible le moindre meurtre.

⁵¹ « De 29 à l'unité », p. 113.

⁵² A propos de ce cas, voir Schmid 1997 N 705.

⁵³ Dans la même direction, voir « De 29 à l'unité », p. 114.

⁵⁴ Lorsqu'un dossier contient par exemple des plaintes relatives à cinq crimes graves, le ministère public peut, si des motifs de détention existent pour l'un de ces crimes, se contenter de ce seul cas pour fonder sa requête de détention préventive et ne remettre au tribunal des mesures de contrainte que les pièces qui s'y rapportent.

mesures de substitution au sens des articles 250 et 251 AP soient envisagées et requises (al. 5).

Si le ministère public souhaite que des mesures de *substitution* au sens des articles 250 à 253 AP soient ordonnées, il doit également adresser une requête au tribunal des mesures de contrainte (art 250 al. 1 et 4 AP). Pour que ces mesures ne deviennent pas sans objet par suite de la fuite du prévenu après sa remise en liberté, le ministère public peut prendre les mesures de sûreté qui s'imposent, comme par exemple le blocage ou la confiscation temporaire des documents de l'intéressé. S'il envisage par exemple de demander des sûretés au sens des articles 251 à 253 AP que le prévenu ne veut ou ne peut fournir immédiatement, le ministère public peut, comme en matière d'arrestation, maintenir le prévenu en détention et le faire conduire au tribunal des mesures de contrainte qui statuera (al. 6).

Relations avec le défenseur (art. 236)

Nous avons déjà examiné, en relation avec les articles 168 et 231 AP et les explications relatives à « l'avocat de la première heure », la question de savoir *à partir de quand le défenseur peut intervenir activement dans la procédure d'arrestation et conférer librement avec le prévenu*. Comme nous l'avons exposé à cette occasion, l'avant-projet propose d'admettre immédiatement la présence du défenseur, du moins dans les cas où la détention préventive a été ordonnée.

Si l'on applique ces règles – outre l'article 168 al. 2 AP, il convient également de tenir compte des articles 158 et 159 AP -, les dispositions de l'article 236 AP qui accordent au prévenu l'intégralité des droits de la défense lors de la procédure d'arrestation devant le ministère public n'appellent pas de commentaire particulier. On notera encore, en ce qui concerne la *consultation du dossier*, l'importance des possibilités offertes par l'article 237 al. 6 et des restrictions résultant de l'article 111 AP, et en ce qui concerne les contacts avec le défenseur après que la détention a été ordonnée, celle de l'article 248 al. 5 et 6.

Procédure devant le tribunal des mesures de contrainte (art. 237 AP)

L'article 237 régit les principales étapes suivies par le tribunal des mesures de contrainte depuis le dépôt de la requête du ministère public jusqu'à la décision rendue en application de l'article 238 AP. Le point de départ est constitué par l'article 5 al. 3 CEDH qui consacre le droit de la personne qu'il s'agit de placer en détention préventive d'être conduite immédiatement devant un juge⁵⁵. En principe, un débat oral, mais non public⁵⁶, se déroule en présence du prévenu (al. 3). Le prévenu et son défenseur doivent avoir l'occasion de s'exprimer devant le tribunal des mesures de contrainte oralement ou par écrit (al. 2 et 5). Toutefois, le prévenu peut renoncer au débat oral et à une prise de position sur la requête de mise en détention. Dans ce cas, c'est le tribunal des mesures de contrainte qui statue en procédure écrite sur la base des pièces du dossier (al. 2). Le prévenu a le droit de consulter le dossier déposé avec la requête de mise en détention, mais celui-ci ne sera peut-être pas complet (art. 235 al. 4 AP, art. 111 al. 1 AP) (al. 6).

⁵⁵ A ce sujet, voir Haefliger/Schürmann 1999 110 ss. ; Villiger 1999 N 352 ss.

⁵⁶ Le droit à un débat public n'est inscrit ni dans la constitution fédérale ni dans la CEDH car il n'est pas statué sur une accusation en matière pénale ; voir sur ce point Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 61 N 6, 27. Voir également ATF 114 Ia 187 s. à propos d'un problème voisin en matière de privation de liberté à des fins d'assistance.

Comme le tribunal des mesures de contrainte doit rendre une décision dans un délai très court (art. 328 al. 1 et 2), on peut se demander s'il est judicieux de procéder à *l'administration des preuves dans le cadre de cette procédure*. Plusieurs codes de procédure pénale actuellement en vigueur précisent qu'aucune preuve ne sera administrée au cours de la procédure de mise en détention⁵⁷ ; d'autres prescrivent au contraire de recueillir les preuves⁵⁸. La jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux règles cantonales excluant d'une façon générale toute administration de preuves⁵⁹, qui a contribué à assouplir cette exclusion⁶⁰, est l'occasion d'admettre une procédure d'administration de preuves limitée (al. 7). Selon les arrêts en cause, il s'agit surtout de recueillir aussitôt *une preuve immédiatement disponible invoquée à titre d'alibi par le prévenu*.

Décision du tribunal des mesures de contrainte (art. 238 AP)

Le tribunal des mesures de contrainte *statue dans les quarante-huit heures* à compter du dépôt de la requête du ministère public (al. 1). En vertu de l'article 225 al. 4 AP, les victimes doivent être informées des décisions essentielles prises par le tribunal des mesures de contrainte : mise en détention préventive et libération du prévenu (al. 5).

Selon l'alinéa 2, le tribunal des mesures de contrainte peut *limiter la durée de la détention préventive ordonnée*. La durée maximale de cette dernière est de trois mois. Elle dépend du contrôle de la détention mis en place par l'article 240 al. 2 et 6 AP et qui doit être effectué d'office au terme de ce délai. La possibilité accordée ici au tribunal des mesures de contrainte d'obliger le ministère public à accomplir certains actes d'instruction, comme l'audition de témoins⁶¹, est en soi contraire au principe de la séparation des fonctions entre les autorités d'instruction et de mise en accusation d'une part, les tribunaux d'autre part. Ce droit de donner des instructions semble toutefois défendable dans la mesure où il permet au tribunal des mesures de contrainte d'obtenir du ministère public qu'il recueille les preuves qui lui semblent déterminantes pour prendre de nouvelles décisions sur la détention. Si, par exemple, le ministère public fait valoir un risque de collusion résultant selon lui du fait que les lésés A, B et C n'ont pas encore pu être entendus, le tribunal des mesures de contrainte pourra lui ordonner d'interroger ceux-ci avant l'écoulement du délai fixé pour la détention préventive. En raison de la séparation des fonctions, le tribunal des mesures de contrainte ne peut en fait imposer au ministère public d'exécuter ses instructions. En revanche, il peut lui refuser de prolonger la détention si ce dernier ne donne pas suite aux injonctions reçues.

L'alinéa 3 permet au tribunal des mesures de contrainte de fixer, dans toutes les décisions en matière de détention préventive rendue en vertu de l'article 238 AP y compris dans les décisions ultérieures relatives à la prolongation de la détention, *un délai pendant lequel le prévenu détenu ne pourra pas présenter de requête de mise en liberté au sens de l'article 239 AP*. On peut déduire des articles 5 ch. 4 CEDH et 9 ch. 4 PIDCP, selon lesquels les personnes

⁵⁷ Voir par exemple art. 61 al. 2 3^{ème} phrase CPP ZH ; art. 126 al. 2, 2^{ème} phrase CPP SG ;

⁵⁸ Voir par exemple art. 64a al. 2 CPP OW (preuves immédiatement disponibles) ; art. 111 al. 3 CPP FR et art. 157 al. 1 CPP SH (preuves à décharge immédiatement disponibles) ; art. 105 al. 2 CPP AR, art. 119 al. 2 et 3 CPP SG et art. 112 al. 2 CPP TG (notamment les alibis).

⁵⁹ Critiques à l'égard de ces règles : ATF du 7.10.1992 in EuGRZ 19 (1992) 555. Le droit à la preuve est également affirmé par un ATF du 12.9.1996 publié dans Plädoyer 1/1997 65 = EuGRZ 24 (1997) 17 et dans l'ATF 124 I 210 s. = EuGRZ 25 (1998) 511.

⁶⁰ Voir Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 61 N 29.

⁶¹ Cette possibilité existe déjà dans certains codes de procédure cantonaux ; voir p.ex. art. 62 al. 3 CPP ZH. A ce sujet, voir également Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 62 N 38 ; Schmid 1997 N 712b. Même chose pour la requête de contrôle de la détention : art. 113 al. 2 CPP TG.

arrêtées ont le droit de demander « à intervalles raisonnables » l'ouverture d'une procédure de contrôle de leur détention, qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les requêtes de cette nature qui sont présentées à intervalles trop brefs. Le but de cette restriction, qu'il convient d'appliquer avec beaucoup de retenue est de prévenir les demandes de mise en liberté abusives, sans cesse réitérées⁶². Le délai pendant lequel le prévenu détenu ne pourra pas présenter de requête de mise en liberté est en règle générale de un mois. Le délai maximum de trois mois ne devrait rester proportionné que dans des cas très exceptionnels⁶³ ; il est toutefois cohérent avec la procédure de contrôle obligatoire de la détention après trois mois, déjà évoquée ci-dessus.

Si le tribunal des mesures de contrainte n'ordonne pas la détention préventive, le prévenu doit être mis en liberté immédiatement (al. 4). Il n'y a donc pas lieu d'attendre que la décision motivée prévue à l'alinéa 5 ait été rédigée et notifiée aux intéressés. Si la détention préventive n'est pas ordonnée, des *mesures de substitution* au sens des articles 250 et 251 AP peuvent être prises même sans requête particulière du ministère public.

En ce qui concerne le *caractère définitif ou l'annulabilité de la décision* du tribunal des mesures de contrainte (al.6), on voudra bien se reporter aux explications données en relation avec l'article 241 AP.

Requête de mise en liberté (art. 239 AP)

En vertu des articles 5 ch. 4 CEDH et 9 ch. 4 PIDCP, une personne détenue *a le droit de demander en tout temps un contrôle de la légalité de sa détention*. Lorsque la personne est déjà détenue, ce contrôle sera effectué à la suite d'une demande de remise en liberté⁶⁴. L'article 239 règle les détails de cette procédure, qui correspond d'ailleurs, pour l'essentiel, à la procédure de mise en détention préventive des articles 237 et 238 AP.

Requête en prolongation de la détention (art. 240 AP)

L'avant-projet part du principe que la *détention préventive devrait être contrôlée à intervalles réguliers*. En d'autres termes, même indépendamment des requêtes de mise en liberté présentée par le détenu, la détention préventive ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte ne sera pas reconduite automatiquement jusqu'à la mise en accusation. Passé le délai fixé par le tribunal des mesures de contrainte en application de l'article 238 al. 3 AP, ou après trois mois – si le tribunal a autorisé la détention sans la limiter dans le temps –, le ministère public doit présenter au tribunal des mesures de contrainte une requête en prolongation de la détention (al. 2 et 3). La procédure qui s'engage alors correspond à celle

⁶² Voir, avec d'autres références, Schmid 1997 N 712b.

⁶³ Selon l'ATF 123 I 38 ss. = EuGRZ 24 (1997) 159, un délai supérieur à un mois doit rester exceptionnel. Voir également ATF du 8.4.1994 publié dans EuGRZ 21 (1994) 491 : Un délai supérieur à trois mois ne saurait être compatible avec les droits fondamentaux « *que dans des cas rares et extraordinaires* ». ATF 126 I 26 : délai de trois mois jugé disproportionné, d'autant plus que rien ne permettait d'affirmer qu'il y aurait de nouvelles demandes abusives. Un délai supérieur à un mois - en l'espèce, il s'agissait de trois mois – ne serait approprié que si le prévenu, détenu sur la base de motifs clairement réalisés – p.ex. « tourisme criminel » - et impliqué à raison d'infractions graves dans une procédure pénale qui sera de toute évidence longue et complexe, déposait sans cesse des requêtes de mise en liberté manifestement infondées.

⁶⁴ Voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1172 ss. ; Donatsch in Donatsch/Schmid § 64 N 1 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 119 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 32 s. ; Maurer 1999 289 s. ; Oberholzer 1994 326 ; Piquerez 2000 N 2388 ss. ; sc7713 ss. ; Villiger 1999 N 366 ss.

qui s'applique lorsque le juge statue sur les requêtes de mise en liberté au sens de l'article 239 AP (voir le renvoi de l'alinéa 5).

Moyens de recours (art. 241 AP)

Dans de nombreux cantons, les *décisions du juge de la détention ne sont pas sujettes à recours sur le plan cantonal*⁶⁵. Le détenu ne dispose donc plus que du recours de droit public⁶⁶. D'autres cantons, en revanche, admettent le recours⁶⁷. Ni la CEDH ni le PIDCP n'exigent que les décisions du juge de la détention soient attaquables par un moyen de recours⁶⁸. Le fait que la détention préventive constitue une mesure extrêmement radicale pour le prévenu plaide en faveur d'une voie de recours dans ce domaine. A l'encontre de cette solution, il faut relever qu'en vertu de l'article 5 al. 2 AP, la procédure doit être conduite avec célérité lorsque le prévenu est incarcéré ; or, de telles voies de recours ne sont pas propres à accélérer les procédures. Par ailleurs, au nom de l'égalité des droits des parties principe de l'égalité des armes), il faudrait ouvrir également la voie du recours au ministère public débouté de sa requête de mise en détention. Mais ce moyen de recours ne serait utile que s'il était assorti de l'effet suspensif. Concrètement, cela signifierait donc que le détenu resterait incarcéré jusqu'au prononcé de la décision sur recours, ce qui ne serait guère dans son intérêt.

L'avant-projet renonce donc à instaurer une voie de recours contre n'importe quelle ordonnance de mise en détention. En revanche, il prévoit que le détenu peut *recourir auprès de l'instance de recours si la détention préventive a duré trois mois*, c'est-à-dire lorsque la violation de son droit constitutionnel à la liberté personnelle peut être considérée comme importante du fait de sa durée.

253.5 Détention de sécurité (section 5, art. 242-246 AP)

Définition (art. 242 AP)

Alors que la détention préventive sert au premier chef les objectifs de la procédure préliminaire⁶⁹, la détention de sécurité est destinée à s'assurer de la présence du prévenu aux débats de première instance et lors d'éventuelles procédures de recours ultérieures. Il s'agit également de garantir l'exécution des peines privatives de liberté prononcées au moment du jugement.

Comme la privation de liberté concerne aussi d'autres phases de la procédure, et que celle-ci est alors conduite non plus par le ministère public mais par un tribunal, il fallait prévoir des règles particulières, lesquelles diffèrent, du moins à certains égards, de celles qui régissent la détention préventive.

L'article 242 AP définit la détention de sécurité comme *la privation de liberté qui intervient dans la période située entre le dépôt de l'acte d'accusation devant le tribunal de première instance et l'entrée en force du jugement ou le début de l'exécution de la sanction privative de*

⁶⁵ Voir notamment art. 62 al. 4 CPP ZH ; art. 191 CPP BE (pour une détention préventive inférieure à trois mois) ; art. 116 al. 2 CPP UR ; art. 28 CPP SZ ; art. 64b al. 3 CPP OW ; art. 72 al. 4 CPP BS ; art. 107 al. 4 et 108 al. 4 CPP AR.

⁶⁶ Voir Rehberg/Hohl 1992 39 s. ; Schmid 1997 N 712c.

⁶⁷ Voir notamment art. 191 CPP BE (pour une détention préventive supérieure à trois mois) ; art. 83^{bis} al. 2 et 83^{quater} al. 3 CPP LU ; art. 114 s. CPP FR ; art. 85 CPP BL ; art. 75 ch. 3 CPP VS.

⁶⁸ Voir, avec d'autres références, Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 Art. 62 N 39 ss.

⁶⁹ Voir les explications fournies sous chiffre 253.4 supra.

liberté. Il est indifférent à cet égard qu'il s'agisse d'un jugement de première ou de deuxième instance. C'est la mise en accusation qui marque le début de la détention de sécurité. Dès lors, le laps de temps (généralement très court) qui sépare la mise en accusation et l'ordonnance rendue en vertu de l'article 243 AP par le tribunal des mesures de contrainte fait également partie de la détention de sécurité.

Détention de sécurité ordonnée pendant la détention préventive (art. 243 AP)

Au moment de la mise en accusation, la responsabilité de la procédure passe du ministère public au tribunal de première instance. La plupart des codes de procédure instaurent un nouveau contrôle de la détention au moment où l'on passe de la détention préventive à la détention de sécurité ; dans une grande majorité des cas, ces textes stipulent que cette dernière doit au moins être expressément ordonnée par une autorité judiciaire. Ce qui varie, en revanche, c'est l'autorité compétente pour ce faire. Sans entrer dans les détails, on peut dire qu'il y a trois manières d'aborder la question. La première consiste à confier la *décision de prolonger la détention au tribunal de première instance ou à la direction de la procédure de cette autorité*⁷⁰. On peut aussi imaginer que le *juge de la détention* reste compétent pour ordonner ce qui sera, à ce stade, la détention de sécurité⁷¹ ; ou bien, lorsqu'il existe une autorité spécialement chargée de statuer sur le sort de l'accusation – une *chambre d'accusation* par exemple -, que celle-ci ait également la compétence d'ordonner la détention de sécurité⁷². L'avant-projet adopte le modèle qui attribue *au juge de la détention, c'est-à-dire au tribunal des mesures de contrainte, la compétence d'ordonner la détention de sécurité en procédure de première instance*⁷³. Premièrement, cette instance est déjà familiarisée depuis l'instruction préparatoire avec la question de la détention dans le cas considéré ; par ailleurs, cette solution permet d'éviter que le tribunal de première instance ne s'expose à un grief de partialité selon lequel il se serait déjà forgé une opinion sur la question de la culpabilité en rendant sa décision sur la détention⁷⁴.

Si le ministère public estime au moment du dépôt de la mise en accusation qu'il existe encore, au terme de la procédure préliminaire, des motifs justifiant la détention, il doit adresser au tribunal des mesures de contrainte une requête tendant à ce que la détention de sécurité soit ordonnée. L'alinéa 1 précise encore que cette requête doit être faite même si la durée de la détention préventive autorisée au cours de la procédure préliminaire n'est pas encore expirée.

En conformité avec l'art. 241, le recours contre la détention de sécurité peut être attaqué au plus tôt après trois mois (al. 3).

⁷⁰ Voir par exemple art. 81 CPP LU; art. 78 al. 2 CPP SZ; art. 106 al. 2 CPP NW; art. 43 al.1 CPP SO; art.113 CPP BS; art. 144 al. 2 CPP BL; art. 253 CPP SH; art. 167 al. 2CPP AR; art. 89 al. 2 CPP AI; art. 150 CPP AG; art. 107 CPP TG; art. 272 CPP JU.

⁷¹ Tel est p. ex. le cas selon l'art. 67 al. 1 ch. 2 CPP ZH pour les cas relevant des tribunaux de district ; voir aussi art. 192 CPP BE et art. 110 al. 1 lit. a CPP SG.

⁷² P.ex. art. 67 al. 1 ch. 1 CPP ZH pour les cas relevant des cours avec jury.

⁷³ Sur détention de sécurité en procédure d'appel, voir l'article 246 AP.

⁷⁴ Il faut relever cependant que, selon la jurisprudence actuelle, le juge du fond qui est d'abord intervenu comme juge de la détention, ne doit pas être considéré comme partial a priori : voir ATF 115 Ia 180 ; 117 Ia 182. Sur la question générale de la partialité due à la prévention, voir Aeschlimann 1997 N 432 ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 169 ; Hauser/Schweri 1999 § 30 N 7 ; Maurer 1999 104 ; Oberholzer 1994 80 ss. ; Piquerez 2000 N 899 ss. ; Schmid 1997 N 133 ss. ; Villiger 1999 N 418 ss.

Détention de sécurité ordonnée sans détention préventive préexistante (art. 244 AP)

La situation dans laquelle *des motifs de détention ne surgissent qu'après le dépôt de l'acte d'accusation et, de ce fait, en cours de litispendance du procès de première instance*, devrait être plutôt rare. En raison de ses particularités, il faut cependant fixer, ne serait-ce que sommairement, les règles qu'il conviendra de lui appliquer. Comme la maîtrise de la procédure appartient au tribunal de première instance, le ministère public – c'est lui qui aura généralement des motifs de détention à faire valoir – propose au tribunal de première instance, *par écrit ou verbalement aux débats*, d'ordonner la détention de sécurité (al.1).

Pour que le tribunal des mesures de contrainte, compétent pour ordonner la détention de sécurité, soit en mesure de statuer sur une requête de mise en détention – notamment lorsqu'il y a lieu de craindre la fuite du prévenu qui constitue généralement le principal risque que l'on cherche à prévenir – il faut *ordonner la comparution de l'intéressé devant ce tribunal*. Cette ordonnance est prise par le tribunal de première instance à la requête du ministère public (al. 2) ou, s'il y a péril en la demeure, par le ministère public lui-même ou par la direction de la procédure du tribunal de première instance même sans proposition du ministère public (al. 3).

La procédure qui se déroule ensuite devant le tribunal des mesures de contrainte correspond *mutatis mutandis* à celle de l'ordonnance de mise en détention préventive au sens des articles 237 et 238 AP (al. 4).

Libération de la détention de sécurité en procédure de première instance (art. 245 AP)

Le prévenu qui a été placé en détention de sécurité peut présenter en tout temps, au cours de la procédure de jugement qui se déroule ensuite, une *requête de mise en liberté* qui doit être adressée à la direction de la procédure du tribunal de première instance. On peut cependant imaginer aussi que *le tribunal de première instance, voire le ministère public, acquièrent d'eux-mêmes la conviction que la prolongation de la détention n'est plus justifiée*. Comme ni le tribunal, ni le ministère public ne peuvent ordonner la mise en liberté pendant la procédure de première instance, ils doivent en faire la proposition (al. 1).

Les requêtes de mise en liberté présentées par le prévenu ou par le tribunal de première instance sont communiquées au ministère public ou, dans les cas exceptionnels où la requête émane de ce dernier, au tribunal. Si le tribunal de première instance et le ministère public sont d'accord pour la mise en liberté, celle-ci intervient aussitôt. Mais si le tribunal de première instance ou le ministère public s'y oppose par écrit, le tribunal transmet sa détermination, celle du ministère public et le dossier au tribunal des mesures de contrainte qui devra statuer sans délai en application par analogie de l'article 239 al. 5 à 7 AP. Cette décision est définitive sous réserve du recours que l'article 243, alinéa 3 rend possible après trois mois de détention.

Les alinéas 4 à 7 régissent *la détention de sécurité au terme de la procédure de première instance*, c'est-à-dire en relation avec le prononcé du jugement. Si le prévenu est condamné, le tribunal statue en application de l'alinéa 4 sur la prolongation ou la levée de la détention de sécurité. Si le prévenu est encore en liberté au moment du jugement, le tribunal peut décider de le placer en détention de sécurité, par exemple si un risque de fuite se manifeste à ce moment-là.

En cas d'acquittement, le prévenu est en principe libéré sans délai (al. 6).

Lorsque la mise en liberté est ordonnée en application des alinéas 4 et 6, le ministère public peut, en prévision d'un appel, avoir intérêt au maintien de la détention. C'est pourquoi l'alinéa 7 lui ménage la possibilité de *demandeur à la direction de la procédure de la cour d'appel la poursuite de la détention de sécurité*. S'il est fait droit à sa requête – généralement à la barre du tribunal de première instance lorsque le jugement a été rendu, le prévenu reste en détention jusqu'à la décision de la cour d'appel au sens de l'article 246 al. 1 AP.

Détention de sécurité en procédure d'appel (art. 246 AP)

Si l'une des parties fait appel du jugement et que le tribunal de première instance a ordonné la prolongation de la détention en vertu de l'article 245 al. 4 AP, la cour d'appel décide dans les cinq jours de confirmer ou d'infirmer cette décision. Elle statue de même sur la *détention demandée à titre provisoire par le ministère public en application de l'article 245 al. 7 AP* et sur les demandes de mise en liberté déposées ultérieurement, pendant la procédure d'appel (al. 1). Contrairement à ce qui se passe en procédure de première instance, ce n'est pas le tribunal des mesures de contrainte qui décide de la détention de sécurité ; on ne saurait en effet, alors qu'une procédure est pendante devant une instance supérieure, laisser à une instance inférieure le soin de statuer sur cette question. La décision de la cour d'appel sur la détention est définitive.

Lorsque des *motifs de détention ne se manifestent qu'au cours de la procédure d'appel*, la cour d'appel procède par analogie avec l'article 244 AP (al. 1 et 2). Toutefois, le prévenu doit être amené devant elle avant qu'elle ne statue sur la détention de sécurité. Lorsqu'il y a péril en la demeure, le ministère public peut, par analogie avec l'article 244 al. 3, établir un mandat d'amener.

Dans son jugement, l'instance d'appel statue *sur la poursuite d'une détention de sécurité déjà ordonnée*. Elle peut également placer en détention de sécurité un prévenu qui se trouve en liberté. La procédure obéit, *mutatis mutandis*, aux mêmes règles que celles qui s'imposent au tribunal de première instance lorsqu'il rend une décision de mise en détention de sécurité (art. 245 al. 4 à 7 AP).

253.6 Exécution de la détention préventive et de la détention de sécurité (section 6, art. 247-249 AP)

Le rôle d'un code procédure pénale consiste en premier lieu à définir les conditions auxquelles et dans lesquelles se déroulent l'instruction de l'affaire, l'arrestation et le placement en détention du prévenu. Mais l'exécution de la détention relève essentiellement des règlements cantonaux sur les prisons. Pourtant, plusieurs lois de procédure récentes énoncent certains principes élémentaires en matière d'exécution de la détention⁷⁵.

Etablissement de détention (art. 247 AP)

Il est souhaitable que les *prévenus* (qui ne sont *pas encore condamnés*) se trouvant en détention préventive ou en détention de sécurité *soient séparés des détenus qui purgent la peine* qui leur a été infligée par un jugement entré en force. De nombreuses lois de procédure

⁷⁵ A ce sujet et sur ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 1144 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 38 s. ; Maurer 1999 293 ss. ; Oberholzer 1994 329 ss. ; Piquerez 2000 N 2397 ss. ; Schmid 1997 N 720 ss.

stipulent que les prévenus doivent être placés en détention préventive et en détention de sécurité dans des établissements spécialement prévus à cet effet, dans lesquels on pourra également admettre éventuellement des personnes condamnées à de courtes peines (al. 1)⁷⁶.

L'état de santé physique ou mental d'une personne en détention préventive peut nécessiter son placement dans un hôpital ou une clinique psychiatrique ; l'alinéa 2 constitue la base légale nécessaire à cette fin⁷⁷. L'avant-projet abandonne aux droits cantonaux – qui régleront sans doute cette question dans leurs textes réglementaires sur les prisons – le soin de désigner l'autorité compétente pour décider de l'hospitalisation (tribunal des mesures de contrainte, direction de la procédure de l'autorité pénale saisie au moment où doit se prendre la décision, direction de la prison, etc.).

Il incombe aux règlements cantonaux sur les prisons de définir *les droits et les obligations des personnes placées en détention préventive* (al. 3), de mettre en œuvre les principes énoncés dans la présente section et d'aménager le régime de la détention en fonction de l'article 248 AP et de l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière⁷⁸.

Exécution de la détention (art. 248 AP)

L'article 248 contient un certain nombre de règles concernant l'exécution de la détention, règles qui figurent déjà pour la plupart dans les codes cantonaux et / ou dans les règlements sur les prisons⁷⁹ et qui n'appellent donc que peu de commentaires.

L'alinéa 5 prévoit que *les prévenus peuvent communiquer avec leurs défenseurs sans surveillance*. Est exclu tout « contrôle de contenu »⁸⁰. Cela signifie que le contenu des échanges entre le détenu et son défenseur : entretiens, correspondances, le cas échéant conversations téléphoniques, ne doit pas être surveillé. Cela n'exclut toutefois pas que, dans les limites du principe de la proportionnalité, certaines mesures soient prises au niveau des parloirs: cloisons de séparation, fouille des sacs ou mallettes à la recherche d'armes, etc.⁸¹. Ce droit existe sous réserve de l'article 236 AP, c'est-à-dire en principe après que le ministère public a déposé sa requête de mise en détention.

⁷⁶ Voir par exemple art. 70 CPP ZH ; art. 73 al. 1 CPP BS ; art. 87 al. 1 CPP BL ; art. 131 al. 2 CPP SG ; art. 40 CPP GE.

⁷⁷ Voir notamment art. 110 al. 2 CPP AR ; art. 117 al. 2 CPP FR (sur ce point : Piller/Pochon 1998 Art. 117.12 ss.). Il convient de ne pas confondre cette hospitalisation avec l'hospitalisation en vue d'expertise de l'art. 195 AP. Pour plus de détails sur le droit des détenus aux soins médicaux au sens de la CEDH, voir Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 70 N 2 ss. ; Piquerez 2000 N 2422 s.

⁷⁸ Voir à ce sujet, avec d'autres références, Aeschlimann 1997 N 1159 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 39 ; Maurer 1999 293 s. ; Oberholzer 1994 332 ss. ; Piquerez 2000 N 2408 s., 2410 ss. ; Schmid 1997 N 720.

⁷⁹ Voir notamment art. 71 CPP ZH ; art. 186 CPP BE ; art. 118 CPP UR ; art. 68 CPP OW ; art. 117 s. CPP FR ; art. 48 CPP SO ; art. 73 CPP BS ; art. 87 CPP BL ; art. 163 ss. CPP SH ; art. 109 CPP AR ; art. 59 CPP AI ; art. 131 CPP SG ; art. 75 et 77 CPP AG ; art. 104 CPP TI ; art. 64 s. CPP VD ; art. 74 CPP VS ; art. 141 et 143 ss. CPP JU.

⁸⁰ Sur ce point et les points qui suivent, cette disposition est en harmonie avec les postulats des experts.

⁸¹ A propos du droit du prévenu de « communiquer librement et sans surveillance » avec son défenseur, voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu dans une cause S. contre Suisse, publié dans EuGRZ 19 (1992) 298, cité par Villiger 1999 N 525 et Haefliger/Schürmann 1999 223 s. Sur l'admissibilité de telles restrictions, et notamment les cloisons de séparation, voir Haefliger/Schürmann 1999 224 avec d'autres références. Plus réservé : Villiger 1999 N 525, qui admet que les abus de la défense ne devraient pas être imputés au détenu ; par ailleurs, les abus de la défense devraient être sanctionnés par des mesures disciplinaires à l'encontre de l'avocat, et un nouveau défenseur devrait être constitué.

L'alinéa 6, comparable l'article 118 AP qui cède ici le pas, autorise en cours d'exécution de la détention préventive ou de la détention de sécurité⁸² *certaines restrictions à la libre communication avec le défenseur y compris sur le plan matériel* : le courrier échangé entre le prévenu et son avocat pourra par exemple être ouvert et lu. Cette mesure extraordinaire, qui constitue une atteinte considérable aux droits de la défense, suppose cependant un risque concret d'abus. De telles restrictions, dans la mesure où elles sont justifiées et appliquées avec retenue, sont compatibles avec l'article 6 al. 3 lit. b CEDH⁸³. L'avant-projet stipule que ces mesures de restriction doivent être limitées dans le temps, approuvées par le tribunal des mesures de contrainte et préalablement portées à la connaissance de l'intéressé et de son défenseur.

Exécution anticipée de peines et de mesures (art. 249 AP)

Il serait contraire à la présomption d'innocence que de soumettre le prévenu au régime d'exécution des peines et mesures avant qu'un jugement entré en force ne l'ait condamné⁸⁴. Toutefois, on constate de plus en plus, depuis un certain temps, que les autorités pénales et les prévenus sont intéressés à convertir la détention préventive ou la détention de sécurité en exécution de peine. Sont concernés au premier titre les prévenus qui se trouvent depuis longtemps en détention préventive et qui devront de toute façon affronter une longue peine d'emprisonnement ou une autre mesure privative de liberté sans espoir de bénéficier du sursis. D'une part, les places sont rares dans les établissements de détention préventive et les détenus n'ont guère de possibilités de s'y occuper. D'autre part, l'exécution des peines est devenue toujours plus libre. Un grand nombre de codes cantonaux ont donc introduit ce que l'on appelle l'exécution anticipée des peines et des mesures⁸⁵. Limitée à l'exécution des peines privatives de liberté, cette possibilité est également prévue par le nouvel article 75 al. 2 CPP. L'exécution anticipée des peines et des mesures suppose d'abord que le prévenu y consente, et ensuite que les autorités compétentes aient la possibilité matérielle d'intégrer ce dernier, avant sa condamnation, dans le régime d'exécution de peine⁸⁶.

L'article 249 AP reprend dans les grandes lignes cette solution judicieuse et déjà éprouvée et laisse aux cantons le soin d'en détailler les modalités dans leurs actes législatifs et réglementaires ad hoc. L'alinéa 1 précise que l'exécution anticipée suppose non seulement *l'accord du prévenu mais également l'autorisation de la direction de la procédure de l'autorité actuellement saisie du dossier*. Les autorités doivent informer de cette possibilité le prévenu peu familiarisé avec le droit⁸⁷. Pendant la procédure préliminaire, l'exécution anticipée n'entre en ligne de compte que pour les prévenus dont la présence n'est plus indispensable, c'est-à-dire lorsque l'instruction est pratiquement close. A ce stade, le ministère

⁸² Avant, c'est-à-dire pendant la procédure d'arrestation, c'est l'article 236 AP qui trouve application.

⁸³ Voir l'affaire Bonzi contre la Suisse, dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme a rendu une décision à la suite de l'ATF 103 Ia 293 = EuGRZ 5 (1978) 16 ; voir également Haefliger/Schürmann 1999 71, 225.

⁸⁴ ATF 117 Ia 76 ; 106 Ia 407 ; 104 Ib 24.

⁸⁵ Voir par exemple art. 36 et 37 al. 3 CPP ZH ; art. 197 CPP BE ; art. 89 CPP LU ; art. 119CPP UR ; art. 63 CPP NW ; art. 119CPP FR ; art. 49 CPP SO ; art. 75 CPP BS ; art. 89 CPP BL ; art. 166 CPP SH ; art. 110 CPP AR ; art. 132 ss. CPP SG ; art. 114 al. 3 CPP TG ; art. 105 CPP TI ; art. 66 CPP VD ; art. 75 ch. 4 CPP VS ; art. 284 CPP NE ; art. 142 CPP JU.

⁸⁶ Sur l'exécution anticipée de la peine, voir Aeschlimann 1997 N 1199 ss. ; Maurer 1999 299 ss. ; Oberholzer 1994 351 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 119.1 ss. ; Schmid 1997 N 284, 693 ; même chose chez Donatsch/Schmid 1999 § 36 N 1 ss. Solution également préconisée par les experts (« De 29 à l'unité », p. 114.

⁸⁷ Certains codes cantonaux prescrivent cette obligation : art. 36 et 37 al. 3 CPP ZH ; art. 98 al. 1 2^{ème} phrase CPP LU ; art. 89 al. 5 CPP BL.

public a le pouvoir de s'opposer à l'exécution anticipée, par exemple en raison du risque de collusion qu'il n'est guère possible de prévenir lors d'une exécution anticipée de peine.

Selon l'alinéa 2, *après que l'acte d'accusation a été déposé*, les mesures privatives de liberté ne peuvent être exécutées de manière anticipée qu'avec l'accord du ministère public. Cette disposition est destinée à éviter que le prévenu choisisse une mesure et commence à l'exécuter de façon anticipée avec l'accord du tribunal alors que le ministère public entendait requérir une autre sanction. L'exécution anticipée conduirait en effet à préjuger de la sanction.

La réserve formulée à l'alinéa 3 s'explique par des motifs analogues : dans de nombreux cantons, l'exécution des peines et des mesures n'est confiée ni au ministère public ni aux tribunaux mais à une *autorité administrative spécialement constituée* à cet effet. Autorisant l'exécution anticipée, le ministère public et les tribunaux risquent, contrairement à toute pratique et sans tenir compte des possibilités matérielles d'exécution anticipée existant dans le canton concerné, d'interférer dans une décision qui, normalement, ne relève pas de leur compétence. Cela concerne plus spécialement les mesures. C'est pourquoi la Confédération et les cantons peuvent prescrire que l'exécution anticipée d'une peine ou d'une mesure sera soumise à l'approbation préalable de l'autorité compétente en la matière.

L'alinéa 4 souligne que le détenu qui commence à purger sa peine par anticipation *quitte le régime de la détention préventive ou de sécurité pour entrer dans celui de l'exécution des peines et des mesures*. Il doit donc être libéré de la détention préventive ou de la détention de sécurité. La dernière partie de la phrase de l'alinéa 4 indique que les objectifs visés par celles-ci ne peuvent être qu'imparfaitement atteints dans un régime d'exécution de peine. Cela se vérifie tout spécialement en ce qui concerne le risque de collusion. Comme nous l'avons déjà mentionné en relation avec l'alinéa 1, les autorités compétentes s'opposeront à l'exécution anticipée s'il existe encore des risques de collusion ou de destruction de preuves. Par ailleurs, un prévenu incarcéré en raison d'un risque de fuite ne saurait évidemment bénéficier du congé qui, en régime d'exécution, peut être accordé à certaines conditions au condamné qui purge sa peine. Il est donc possible de restreindre certains droits du détenu en régime d'exécution de peine (visites, correspondance, congés, etc.).

253.7 Mesures de substitution à la détention préventive et à la détention de sécurité (section 7, art. 250-253 AP)

Généralités (art. 250 AP)

La détention préventive et la détention de sécurité, mesures de contrainte qui portent une atteinte particulièrement sévère à la liberté individuelle, ne peuvent être ordonnées que dans un strict respect du principe de proportionnalité. L'article 234 al. 2 AP, notamment, précise que la détention ne doit être ordonnée que lorsque son but – il s'agira principalement de prévenir les risques de fuite, de collusion et de destruction des preuves – ne peut être atteint

par d'autres mesures moins contraignantes pour l'intéressé⁸⁸. Ces dernières constituent précisément l'objet des articles 250 à 253 AP⁸⁹.

L'alinéa 1 répète *le principe selon lequel des mesures moins sévères* doivent être ordonnées en lieu et place de la détention si elles permettent d'atteindre les mêmes objectifs. Il convient de relever que les mesures de substitutions, elles aussi, *ne sont admissibles que s'il existe un motif de détention au sens de l'article 234 al. 1 AP*⁹⁰.

L'alinéa 2 donne une énumération non exhaustive des différentes mesures de substitution susceptibles d'être ordonnées à la place de la détention préventive ou de la détention de sécurité. Ces mêmes mesures sont déjà prévues dans les codes de procédure pénale actuellement en vigueur. En tête de la liste figure la fourniture de sûretés (al. 2 lit. a), c'est-à-dire une caution en argent ou autres valeurs destinée à prévenir la fuite de l'intéressé (art. 251 à 253 AP).

L'alinéa 3 fait référence à de *nouveaux moyens techniques* permettant de surveiller les allées et venues d'une personne et crée la base légale nécessaire à leur mise en œuvre. On trouve déjà dans plusieurs cantons un système de surveillance électronique⁹¹ grâce auquel il est possible de contrôler l'application d'une nouvelle forme de sanction telle qu'une peine privative de liberté purgée sous forme d'arrêts à domicile⁹². Ce dispositif peut aussi être utilisé pour contrôler le respect d'une astreinte à résidence en un lieu donné ou l'accomplissement d'un travail régulier (al. 2 lit. c et éven. lit. e).

A qui incombe-t-il d'ordonner les mesures de substitution ? Dans de nombreux cantons, cette compétence appartient aux autorités d'instruction⁹³, dans d'autres au juge de la détention⁹⁴, dans d'autres encore la question n'est pas clairement réglée⁹⁵. En fait, pour des raisons pratiques, il serait judicieux qu'au cours de la procédure préliminaire, la compétence d'ordonner des mesures de substitution revienne au ministère public. Mais comme toute mesure impliquant une privation de la liberté de mouvement tombe sous le coup de l'article 5 CEDH, et que la décision sur la question de savoir dans quelle mesure les différentes mesures

⁸⁸ De telles mesures sont déjà prévues dans certains codes cantonaux : art. 72 CPP ZH; art. 177 CPP BE; art. 83^{ter} al. 2 CPP LU; art. 115 al. 1 ch. 3 CPP UR; art. 26a CPP SZ; art. 75 CPP OW ; art. 64 CPP NW; art. 55 CPP GL; art. 110 al. 2 CPP FR; art. 53 CPP SO; art. 74 al. 1 CPP BS; art. 79 al. 2 CPP BL; art. 152 CPP SH; art. 106 al. 1 ch. 3 et 111 ss. CPP AR; art. 60 s. CPP AI; art. 138 CPP SG; art. 83 CPP AG; art. 116 al. 1 CPP TG; art. 69 ss. CPP VD; art. 157 CPP GE; art. 148 al. 2 JU. Les experts vont dans le même sens, en précisant toutefois que de telles mesures « peuvent » être ordonnées (« De 29 à l'unité », p. 111).

⁸⁹ En ce qui concerne les mesures de substitution qui existent déjà dans le droit en vigueur, voir Aeschlimann 1997 N 1115 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Commentaire des art. 111 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire des art. 69 ss. ; Clerc 1975 N 168 p. 174 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 43 ss. ; Maurer 1999 276 ss. ; Oberholzer 1994 349 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 110.20 ss. ; Piquerez 2000 N 2438 ss. ; Schmid 1997 N 717 ss.

⁹⁰ Affirmé avec netteté par Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 72 N 6 ; Piquerez 2000 N 2442 ; Schmid 1997 N 717. Point de vue semblable : Oberholzer 1994 349 ; Maurer 1999 277.

⁹¹ L'intéressé porte par exemple un bracelet émetteur de la taille d'un paquet de cigarette fixé à la cheville. Cet appareil envoie des signaux qui permettent de localiser la personne et donc de savoir si elle quitte la demeure où elle est assignée à résidence. Voir Aebersold 1999 368.

⁹² A ce sujet, voir Aebersold 1999 367 ss.

⁹³ art. 113 et 115 CPP URI; art. 70 al. 2 CPP OW; art. 64 CPP NW; art. 54 CPP GL; art. 16 al. 2 CPP ZG; art. 110 ss. CPP FR; art. 79 CPP BL; art. 157 CPP SH; art. 106 CPP AR; art. 86 CPP GR; art. 79 CPP AG; art. 107 et 115 al. 2 CPP TG; art. 69 CPP VD; art. 117 ss. CPP NE.

⁹⁴ Art. 185 al. 2 CPP BE ; art. 74 al. 3 CPP BS ; art. 126, 134 et 138 CPP SG.

⁹⁵ P.ex. art. 72 et 74 CPP ZH ; à ce sujet, voir Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 72 N 15 ; Rehberg/Hohl 1992 46 ; Schmid 1997 N 717a.

de substitution prévues à l'alinéa 2 doivent être qualifiées de restrictions à la liberté d'action assimilables à une privation de liberté pourrait soulever quelques difficultés⁹⁶, une telle attribution de compétence est problématique. Afin d'éviter ces problèmes de délimitation et de trouver une solution simple et claire, l'avant-projet attribue la compétence d'ordonner les mesures de substitution aux autorités appelées à ordonner la détention. Il apparaît également judiciaire d'appliquer la même procédure (al. 4 et 5). Cela signifie donc que le ministère public doit adresser une requête correspondante qu tribunal des mesures de contrainte (voir art. 235 ss.).

La décision qui ordonne des mesures de substitution est également définitive (voir art. 238 al. 6 AP). Comme le stipule l'article 241 AP, un recours contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte n'est possible qu'après six mois (al. 6).

L'alinéa 7 prévoit que les mesures de substitution peuvent être *levées ou modifiées en tout temps* si des circonstances nouvelles l'impose (p.ex. de nouveaux indices font soudain apparaître un risque de fuite très concret) ou si le prévenu n'a pas respecté les obligations qui lui ont été imposées. Ordonner ainsi la détention préventive après coup n'est admissible que si les motifs de détention existent encore et que les mesures de substitution ne seraient pas suffisantes.

Fourniture de sûretés (art. 251 AP). Libération des sûretés (art. 252 AP). Dévolution des sûretés (art. 253 AP).

Les prescriptions relatives à la fourniture de sûretés figurant aux articles 252 à 253 AP ont le même contenu que les règles homologues de la plupart des codes cantonaux⁹⁷. L'avant-projet ne propose pas de modification majeure. Seule devrait être nouvelle la disposition de l'article 253 al. 2 lit. a AP qui, à l'instar de la règle prévue à l'article 60 CP (nouv. art. 73 CP) en matière de confiscation, stipule que les sûretés dévolues sont affectées en priorité à la *couverture des prétentions des lésés*.

254 Fouilles, perquisitions et examens (chapitre 4 ; art. 254-272 AP)

Pour trouver des moyens de preuve, des valeurs patrimoniales ou des personnes, il peut s'avérer nécessaire de fouiller des *choses* telles que des véhicules, toutes sortes de contenants, une maison, un appartement, etc. (fouilles et perquisitions). Des mesures analogues peuvent aussi être ordonnées à l'encontre de *personnes*. Dans ces cas, et selon l'intensité de la recherche, on parlera de fouille corporelle ou d'examen corporel. Les différentes mesures de contrainte prévues par le présent chapitre 4 sont regroupées sous le titre « fouilles, perquisitions et examens ». Une section contenant des règles générales, applicables à l'ensemble de ces mesures, précède l'exposé des différentes sortes de fouille, de perquisition et d'examens.

⁹⁶ A ce sujet, voir Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § Remarque préliminaire § § 49 ss. N 16 ; § 72 N 16.

⁹⁷ Voir art. 73 CPP ZH; art. 178 CPP BE; art. 83^{ter} al. 2 CPP LU; art. 120 ss. CPP UR; art. 34 al. 2 et 3 CPP SZ; art. 70 ss. CPP OW; art. 65 s. CPP NW; art. 55 CPP GL; art. 17 al. 2 CPP ZG; art. 120 CPP FR; art. 51 s. CPP SO; art. 74 al. 2-5 CPP BS; art. 79 s. CPP BL; art. 167 ss. CPP SH; art. 111 ss. CPP AR; art. 61 CPP AI; art. 134 ss. CPP SG; art. 86 CPP GR; art. 78 ss. CPP AG; art. 115 CPP TG; art. 110 ss. CPP TI; art. 69 ss. CPP VD; art. 76 ch. 2 et 77 ss. CPP VS; art. 123 ss. CPP NE; art. 155 ss. CPP GE; art. 148 ss. CPP JU. Voir également à propos de ces règles : Aeschlimann 1997 N 1118 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 69 ss. ; Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 73 N 1 ss., 74 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 43 ; Maurer 1999 278 s. ; Oberholzer 1994 350 s. ; Piquerez 2000 N 2444 ss. ; Poncet 1978 Comemntaire ad art. 155 ; Schmid 1997 N 719 s.

Les fouilles, perquisitions et examens servent à découvrir les objets, les valeurs patrimoniales et les personnes impliqués dans la procédure. Afin de mettre les unes en sûreté et d'appréhender les autres, on aura recours au séquestre (art. 273 ss. AP) ou à des mesures privatives de liberté (art. 229 ss.) comme la détention préventive. Ainsi donc, les fouilles, perquisitions et examens ont généralement un caractère préparatoire par rapport au séquestre et à l'arrestation qui suivront.

254.1 Règles générales (section 1, art. 254-259 AP)

Définition (art. 254 AP). Ordonnance (art. 255 AP)

Nous avons exposé ci-dessus la notion et les buts des fouilles, des perquisitions et des examens. Quant à la compétence pour les ordonner, elle revient *en principe au ministère public et aux tribunaux*.

Les détails relatifs à la forme de l'ordonnance figurent à l'article 210 AP. Sauf en cas d'urgence, un mandat écrit est nécessaire, dont le contenu obligatoire résulte de l'article 255 al. 2. Les modalités d'exécution sont réglées à l'article 257 AP.

S'il y a péril en la demeure, la *police* est également compétente, dans une mesure limitée, pour ordonner des fouilles, des perquisitions et des examens (pour plus de détails, voir art. 255 al. 3). La police peut surtout fouiller les personnes lors d'une appréhension ou d'une rafle (art. 226 et 228 AP) et en cas d'arrestation provisoire (art. 229 AP), notamment lorsque sa propre sécurité ou celle d'autres personnes présentes le commande. Les "examens corporels simples" comprennent par exemple l'inspection de la cavité buccale. L'article 420 al. 2 AP s'applique aux fouilles, aux perquisitions et aux examens dans le cadre d'une *procédure en matière de contravention*.

Fouilles, perquisitions et examens à l'égard de personnes autorisées à refuser de déposer et de témoigner (art. 256 AP)

Dans les codes cantonaux qui en traitent et dans la littérature spécialisée, la question de savoir *dans quelle mesure les personnes autorisées à refuser de témoigner sont concernées par les fouilles, les perquisitions et les examens* trouve des solutions divergentes. Se pose également la question, étroitement liée à la précédente, de savoir jusqu'à que point les preuves, les objets et les valeurs patrimoniales trouvées chez ces personnes *peuvent être séquestrés*. L'article 256 al. 1 AP se contente donc d'autoriser les fouilles, les perquisitions et les examens effectués contre leur gré chez des personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner pour autant que les objets (y compris les moyens de preuve matériels tels que armes, documents, etc.) ou les valeurs patrimoniales recherchés soient soumis au séquestre. Quant à la question de savoir lesquels de ces objets, valeurs, etc. sont soumis au séquestre, elle est réglée par l'article 274 AP.

En ce qui concerne le *cas particulier des examens corporels* au sens des articles 264 à 266 AP, on voudra bien se référer à l'article 264 al. 3 AP.

Exécution (art. 257)

L'article 257 fixe quelques règles élémentaires déjà connues du droit procédural suisse actuellement applicable en la matière. Outre ces règles générales, il existe encore des

prescriptions particulières liées aux différentes mesures, comme celles qui concernent la perquisition (art. 261 AP) ou les examens corporels (art. 266 AP).

Découvertes fortuites (art. 258 AP)

Les fouilles, perquisitions et examens effectués dans une situation où de graves soupçons donnent à penser que telle ou telle infraction a été commise font parfois apparaître des preuves ou des indices d'une autre infraction commise par le même prévenu ou par un tiers et que les autorités pénales ne poursuivaient pas ou dont elles n'avaient pas connaissance. La question de savoir si les *découvertes fortuites* de cette nature peuvent être exploitées, c'est-à-dire utilisées comme preuves dans une nouvelle procédure pénale dirigée contre le même prévenu ou contre un tiers précédemment non poursuivi n'était jusqu'à présent réglée que dans quelques rares codes de procédure pénale⁹⁸. La littérature a globalement plutôt tendance à admettre l'exploitation des découvertes fortuites⁹⁹. Quant aux quelques rares décisions de justice publiées sur ce sujet, elles l'ont admise¹⁰⁰.

L'article 258 AP crée une *base légale claire qui permet l'exploitation des découvertes fortuites* à charge du prévenu déjà connu et à l'encontre de nouvelles personnes. La condition est que l'administration des preuves eût également été admissible dans le cadre de la nouvelle infraction découverte ou à l'encontre des nouveaux auteurs identifiés¹⁰¹. Admettre les découvertes fortuites comme moyen de preuve ne change d'ailleurs rien au fait que la recherche de preuves moyennant une perquisition effectuée sans que l'on puisse préalablement soupçonner la commission d'une infraction et qui est destinée à étayer à posteriori un soupçon qui n'avait jusque là aucun fondement reste une manœuvre interdite.

Mise sous scellés (art. 259 AP)

La plupart des lois de procédure suisses connaissent la mise sous scellés¹⁰². Cette opération sert avant tout à protéger *l'intérêt que peuvent avoir des tiers non impliqués ainsi que le détenu lui-même* à ce que soient gardés secrets des documents écrits ou des informations enregistrées sur d'autres supports et confisqués lors d'une perquisition, cette protection étant assurée par le fait que de telles preuves ne pourront être exploitées immédiatement et sans autres. La mise sous scellés a pour effet que dans un premier temps, les documents ne pourront pas être examinés par les autorités en charge de la poursuite pénale. Ce n'est que sur

⁹⁸ Voir art. 154 CPP BE et art. 191 CPP SH. Limité aux découvertes fortuites faites lors d'opérations de surveillance des télécommunications, voir art. 104d al. 3 CPP ZH et art. 160 al. 1 CPP BE.

⁹⁹ Voir Aeschlimann 1997 N 987 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 36 ; Maurer 1999 248 s. et 259 s. ; Piquerez 2000 N 2524 ss. et 2569 ; Schmid 1997 N 725. Pour des doutes sur l'admissibilité de cette exploitation sans base légale, voir Brun 1996 67 ss. ; Oberholzer 1994 371. Pour l'admettre uniquement en cas d'infraction grave : Bénédicte 1994 191 ss. 194.

¹⁰⁰ Voir une décision récente, mentionnant d'autres références, publiée dans RKG 1998 n° 121 = ZR 99 (2000) n° 3.

¹⁰¹ Avec d'autres références : Schmid 1997 N 725 ; Maurer 1999 248.

¹⁰² Voir notamment art. 69 PPF ; art. 50 DPA ; art. 101 s. CPP ZH ; art. 149 CPP BE ; art. 131 al. 3 CPP UR ; art. 40 al. 1 CPP SZ ; art. 84 al. 2 CPP OW ; art. 81 al. 2 CPP NW ; art. 124 al. 4 et 130 al. 6 CPP FR ; art. 58 al. 3 CPP SO ; art. 80 al. 3 CPP BS ; art. 94 CPP BL ; art. 188 s. CPP SH ; art. 123 CPP AR ; art. 68 al. 3 CPP AI ; art. 90 al. 2 CPP AG ; art. 150 al. 2 CPP SG ; art. 103 ch. 4 CPP VS ; art. 170 al. 2 CPP NE. Voir également les « scellés » dans un autre sens (surtout en cas de perquisition) : p.ex. art. 168 et 177 CPP VD.

décision d'un tribunal que les scellés pourront être levés et les documents versés au dossier en qualité de preuve¹⁰³.

L'article 259 AP offre à l'ayant droit la possibilité de demander la mise sous scellés et autorise celle-ci plus généreusement que la plupart des codes de procédure suisses ne le faisaient jusqu'à présent : cette opération peut être demandée non seulement en relation avec une perquisition ou le séquestre de documents au sens le plus large, mais à propos de tout objet susceptible de constituer une preuve. En outre, elle peut être exigée lorsque l'ayant droit fait valoir qu'une perquisition ou un séquestre ne saurait avoir lieu *en raison d'un droit de refuser de témoigner entraînant l'interdiction du séquestre* (art. 274 AP) ou *pour un autre motif*. S'il s'agit par exemple, dans le cadre d'une procédure ouverte pour infraction contre le patrimoine, de saisir chez l'avocat du prévenu un objet de valeur susceptible d'acquérir valeur de preuve et d'être confisqué mais que l'avocat déclare que ledit objet relève « des communications avec son client » au sens de l'article 274 al. 1 AP et, à ce titre, ne saurait être séquestré, la mise sous scellés peut être demandée. L'article 274 al. 5 AP renvoie d'ailleurs d'une façon générale aux dispositions concernant la mise sous scellés les cas où le séquestre ne peut être opéré.

Les dispositions de détail relatives à la mise sous scellés correspondent pour l'essentiel au droit actuellement en vigueur en Suisse. Devraient cependant constituer une nouveauté les règles destinées à empêcher que les requêtes de mise sous scellés ne bloquent trop longtemps les procédures¹⁰⁴. L'alinéa 3 fait obligation à l'autorité pénale qui a séquestré d'introduire dans un délai de vingt jours une procédure en levée des scellés, faute de quoi les documents et objets mis sous scellés devront être restitués à l'ayant droit à sa demande. L'autorité compétente pour ordonner la levée des scellés (al. 2) doit rendre *sa décision dans le délai d'un mois*. Cette décision est définitive, circonstance qui contribue également à accélérer la procédure.

254.2 Perquisition (section 2, art. 260-261 AP)

Principe (art. 260 AP). Exécution (art. 261 AP)

Les dispositions proposées en matière de perquisition correspondent dans une large mesure à celles que l'on trouve dans le droit en vigueur¹⁰⁵ au niveau fédéral¹⁰⁶ et dans la plupart des cantonaux¹⁰⁷. Le mandat de perquisition prévu à l'article 261 AP correspond à l'ordonnance écrite requise d'une façon générale par l'article 210 AP pour les mesures de contrainte.

¹⁰³ Sur l'institution des scellés, voir Aeschlimann 1997 N 971 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 21 ss. ; Maurer 1999 235 s. ; Oberholzer 1994 377 ss. ; Piquerez 2000 N 2540 ; Schmid 1997 N 735 ss. Voir également « De 29 à l'unité », p. 115.

¹⁰⁴ A Zurich, on a connu des cas dans lesquels le levé des scellés a duré plusieurs années pendant lesquelles la procédure étaient suspendues.

¹⁰⁵ D'une façon générale sur la perquisition, voir Aeschlimann 1997 N 975 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire ad art. 210 et 212 ss. ; Clerc 1975 N 173 ; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 10 ss. ; Maurer 1999 244 ss. ; Oberholzer 1994 369 ss. ; Piquerez 2000 N 2510 ss. ; Schmid 1997 N 737 ss.

¹⁰⁶ Art. 67 s. PPF ; art. 48 s. DPA ; art. 66 CPPM.

¹⁰⁷ Voir art. 88 ss. CPP ZH ; art. 159 ss. BE CPP ; art. 120 ss. CPP LU ; art. 129 s. CPP UR ; art. 81 s. CPP OW ; art. 79 s. CPP NW ; art. 62 CPP GL ; art. 21 CPP ZG ; art. 126 ss. CPP FR ; art. 57 CPP SO ; art. 79 CPP BS ; art. 95 ss. CPP BL ; art. 181 ss. CPP SH ; art. 121 s. CPP AR ; art. 66 CPP AI ; art. 146 s. CPP SG ; art. 94 CPP GR ; art. 89 CPP AG ; art. 128 CPP TG ; art. 157 ss. CPP TI ; art. 210 et 212 ss. CPP VD ; art. 96 CPP VS ; art. 167 ss. CPP NE ; art. 178 ss. CPP GE ; art. 202 CPP JU. – De même dans « De 29 à l'unité », p. 116.

254.3 Fouille de personnes (section 3, art. 262-263 AP)

Principe (art. 262 AP). Exécution (art. 263 AP)

La fouille de personnes, également appelée *fouille à corps*, constitue une atteinte à l'intégrité corporelle et nécessite une base légale qui n'existe que dans certains codes de procédure pénale¹⁰⁸. La fouille personnelle consiste en premier lieu en *un examen des vêtements et de la surface du corps*, mais elle implique également l'inspection *des objets en possession du prévenu, des contenants tels que sacs ou valises* et des véhicules (voitures, camions, etc.). Le but de l'opération est de recueillir des preuves et des objets probants tels que objet du délit, objets volés, autres valeurs issues d'une activité délictuelle ; l'inspection de la surface du corps sert, elle aussi, à retrouver des preuves telles que traces de morsures ou de griffures, taches de sang ou de sperme, etc. La fouille de personnes étant ainsi envisagée au sens large, elle inclut la *fouille des objets et des effets personnels* que certains codes de procédure règlent séparément¹⁰⁹, d'autres avec la fouille personnelle¹¹⁰. La *perquisition dans les papiers et autres supports de données* (art. 271 ss. AP) constitue un cas particulier de la fouille et de la perquisition qui obéit à des règles particulières.

Sont également considérée comme une fouille personnelle selon les critères définis ici l'inspection des orifices corporels comme la bouche, l'anus, etc., étant entendu que les fouilles portant sur l'intérieur de l'organisme et qui supposent, en fait, un examen et des actes médicaux doivent être rangées parmi les examens corporels au sens des articles 264-266 AP¹¹¹.

La fouille personnelle est *ordonnée et exécutée par le ministère public et par les tribunaux, en cas d'urgence par la police* (art. 255 et 257 AP). Si la fouille touche à la sphère intime de l'intéressé(e), elle doit être effectuée par une personne du même sexe ou par un médecin (art. 257 al. 3 AP).

L'article 262 al. 2 AP renvoie au cas particulier du traitement des personnes par le service d'identification judiciaire qui fait l'objet des articles 320 et suivants AP.

254.4. Examens corporels en général (section 4, art. 264-266 AP)

Principe (art. 264 AP)

Contrairement aux fouilles personnelles qui, selon les cas, peuvent porter atteinte à la sphère intime, les examens corporels au sens des articles 264 à 266 AP constituent des *atteintes à l'intégrité corporelle et psychique des intéressés*. C'est pourquoi de telles mesures doivent

¹⁰⁸ Voir certaines lois récentes : art. 146 s. CPP BE; art. 132 CPP UR; art. 80 CPP OW; art. 67 Loi sur la police NW; art. 129 CPP FR; art. 78 CPP BS; art. 91 CPP BL; art. 185 SH CPP ; art. 124 CPP AR; art. 68 al.1 et 79 al. 1 lit. c CPP AI; art. 148 CPP SG ; art. 130 al. 1 CPP TG ; art. 172 CPP NE ; art. 17 s. Loi sur la police GE.

¹⁰⁹ Voir notamment art. 91 et 94 ss. CPP BL ; art. 167, 172 et 170 CPP NE ; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 8 s. Cette opération est appelée « fouille de personnes, de véhicules et d'objets » dans « De 29 à l'unité », p. 118.

¹¹⁰ Voir art. 146 s. CPP BE; art. 132 CPP UR; art. 80 CPP OW; art. 78 CPP BS; art. 185 CPP SH; art. 124 CPP AR; art. 67 CPP AI; art. 148 CPP SG.

¹¹¹ A propos de la fouille personnelle dont les limites sont parfois définies autrement, voir Aeschlimann 1997 N 969 s. ; Clerc 1975 N 171 n° 2 lit. a ; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 15 ss. ; Maurer 1999 243 s. ; Oberholzer 1994 373 ; Piquerez 2000 N 2494 ss. ; Schmid 1997 N 726.

incontestablement être soumises à une base légale¹¹². En raison de l'intensité considérable de l'atteinte, les examens corporels de cette nature ne sont admissibles qu'à des conditions particulièrement restrictives par rapport à la fouille personnelle.

L'article 264 AP définit ces conditions : d'une façon générale, l'examen doit être nécessaire pour établir la preuve d'un fait ou pour déterminer la capacité de discernement du prévenu. Selon l'alinéa 1 et sous réserve du cas particulier de l'article 265 AP, *seuls le ministère public et les tribunaux sont compétents pour ordonner un examen corporel*

Pour permettre l'exécution de tels examens, le ministère public et les tribunaux peuvent également ordonner de légères interventions médicales si celles-ci sont nécessaires et si elles restent compatibles avec le principe de proportionnalité (al. 2). Outre les prélèvements de sang et autres fluides corporels, de cheveux, de poils, etc., on songera notamment aux examens du tractus gastro-intestinal pratiqués pour rechercher des objets constituant le *corpus delicti* (p.ex. bague sertie de diamant avalée par le voleur, drogues conditionnées dans des emballages spéciaux en vue du transport dans l'organisme, etc.), aux radiographies, aux examens gynécologiques, etc.¹¹³

La question est de savoir dans quelle mesure les *personnes non prévenues, et notamment les membres de la famille du prévenu qui ont le droit de refuser de témoigner, peuvent être examinées physiquement contre leur volonté*. Il faut remarquer à cet égard que certains cantons n'ont pas prévu à ce jour de base légale permettant de soumettre des personnes non prévenues à des examens corporels contre leur gré. Il faut donc admettre que dans ces cantons, les examens corporels sur ces personnes ne sont pas admis¹¹⁴. Pour plusieurs codes de procédure, en revanche, ils sont admis pour autant qu'ils permettent d'établir la preuve d'une infraction¹¹⁵. L'alinéa 3 stipule que ces personnes ne sont en principe pas tenues de se soumettre à un examen corporel. Pour tenir compte d'une pesée équitable des intérêts en présence, cet examen peut être obligatoire lorsqu'il s'agit d'élucider un crime ou un délit faisant partie de la liste énumérée à l'alinéa 3¹¹⁶. Par ailleurs, l'examen est soumis à la condition qu'il soit nécessaire à la poursuite de l'infraction, c'est-à-dire que la preuve recherchée ne pourrait être administrée si l'on renonçait à procéder à l'examen en question. L'avant-projet propose ainsi une disposition analogue à celle de l'article 176 al. 2 AP qui limite le droit de refuser de témoigner. Cela signifie que la victime au sens de l'article 2 al. 1 LAVI doit, elle aussi, se laisser examiner. Toutefois, le droit de refuser de témoigner garanti à la victime par l'article 7 al. 2 LAVI, repris à l'article 181 al. 4 AP, ne s'en trouve pas affecté. Cette divergence au niveau des règles qui concernent l'obligation de tolérer les examens

¹¹² Pour les bases légales actuelles, voir art. 73^{ter} PPF ; art. 65 CPPM ; art. 123 ss. et 156 s. CPP ZH ; art. 161 s. CPP BE ; art. 78 CPP LU ; art. 137 CPP UR ; art. 38 CPP SZ ; art. 87 CPP OW ; art. 82 CPP NW ; art. 131 ss. CPP FR ; art. 60 s. CPP SO ; art. 77 CPP BS ; art. 92 CPP BL ; art. 197 ss. CPP SH ; art. 132 ss. CPP AR ; art. 69 CPP AI ; art. 161 ss. CPP SG ; art. 93 CPP GR ; art. 91 s. CPP AG ; art. 130 s. CPP TG ; art. 157 al. 2 CPP TI ; art. 173 CPP NE ; art. 110 CPP GE ; art. 180 s. JU CPP. D'une façon générale à propos de ces examens corporels, voir Aeschlimann 1997 N 1029 ss. ; Clerc 1975 N 171 n° 2 lit. b ; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 1 ss. ; Maurer 1999 261 s. ; Oberholzer 1994 382 ss. ; Piquerez 2000 N 2590 ss. ; Poncet 1978 Commentaire ad art. 110 ; Schmid 1997 N 728 s. ; « De 29 à l'unité », p. 119.

¹¹³ A propos de ces possibilités, voir Aeschlimann 1997 N 1032 ; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 2 ; Oberholzer 1994 383 ; Piquerez 2000 N 2599 ; Schmid 1997 N 728 ; « De 29 à l'unité », p. 119.

¹¹⁴ Voir p.ex. art. 124 CPP ZH. A ce sujet, voir Schmid 1997 N 728 et « De 29 à l'unité », p. 119.

¹¹⁵ Voir art. 73^{ter} PPF ; art. 161 al. 2 CPP BE ; art. 82 al. 2 CPP NW ; art. 87 al. 2 CPP OW ; art. 131 al. 2 CPP FR (voir Piller/Pochon 1998 Art. 131.6.ss.) ; art. 77 al. 2 CPP BS ; art. 92 al. 2 CPP BL ; art. 197 al. 2 CPP SH ; art. 132 al. 2 CPP AR ; art. 95a al. 1 CPP GR ; art. 161 al. 2 CPP SG ; art. 92 CPP AG ; art. 130 al. 2 CPP TG ; art. 173 al. 2 CPP NE ; art. 180 al. 4 CPP JU.

¹¹⁶ Même tendance dans « De 29 à l'unité », p. 119.

corporels d'une part, de témoigner de l'autre, s'explique par le fait que si l'on cherche à éviter à la victime de devoir prendre une part active dans la procédure en témoignant, on peut cependant lui imposer de subir passivement un examen.

Prélèvement de sang et d'urine (art. 265 AP)

Dans le cadre d'infractions dans le domaine de la circulation routière ou du commerce illicite de stupéfiants, des *prélèvements de sang, de contenu gastrique et d'urine* peuvent être ordonnés pour mettre en évidence une alcoolémie trop élevée ou la consommation de drogue. Si une instruction est déjà ouverte en application de l'article 339 AP, le ministère public ou les tribunaux sont compétents pour ordonner ces mesures (art. 264 al. 1). Toutefois, ces examens sont généralement nécessaires avant que le ministère public n'intervienne, c'est-à-dire au début de l'enquête de police. Dans ce cas, la police est habilitée à ordonner ces contrôles de routine. Il serait souhaitable que la Confédération et les cantons délèguent cette compétence à des fonctionnaires supérieurs ou à des officiers de police conformément à l'article 209 al. 3 AP (al 1).

La question de savoir à quelles conditions, en cas de *présomption de conduite en état d'ébriété*, la police est habilitée à ordonner le prélèvement et l'analyse d'un échantillon de sang, est encore controversée¹¹⁷. On hésite notamment sur l'admissibilité du prélèvement d'un échantillon de sang lorsque l'alcoolémie, généralement déterminée chez le suspect au moyen d'un éthylomètre, est inférieure à la limite de l'ébriété fixée dans la loi (actuellement 0,8 ‰). Comme le résultat du contrôle effectué avec l'éthylomètre peut diverger des valeurs plus fiables obtenues par l'analyse du sang, un taux éthylométrique de 0,6 ‰ n'exclut nullement que le résultat ultérieur de l'analyse soit constitutif d'un état d'ébriété au sens de l'article 91 LCR. Pour régler la question de l'admissibilité des prélèvements de sang dans de tels cas, l'alinéa 2 autorise le prélèvement d'un échantillon de sang si la valeur déterminée chez le suspect au moyen de l'éthylomètre est inférieure de moins de 20% à la limite de tolérance fixée dans la loi¹¹⁸.

Actuellement, le Parlement est saisi d'un message du Conseil fédéral du 31 mars 1999 relatif à un projet de modification de la loi sur la circulation routière¹¹⁹. La modification proposée, qui concerne l'article 55 LCR, va dans la même direction que la solution proposée ici. Le moment venu, il s'agira d'harmoniser les textes législatifs concernés. Il conviendra également de vérifier si cette disposition, jusqu'alors applicable au contrôle de l'alcoolémie dans le domaine de la circulation routière, doit être supprimée ou non.

Exécution (art. 266 AP)

Contrairement aux fouilles de personnes au sens des articles 262 et 263 AP qui sont généralement effectuées par les autorités pénales elles-mêmes, et le plus souvent par la police, les examens corporels doivent être pratiqués par un médecin. Le cas particulier de *l'hospitalisation du prévenu en vue d'un examen* est réglé par l'article 195 AP.

¹¹⁷ A ce sujet, voir surtout Oberholzer 1994 384 ss.

¹¹⁸ Ceci est déjà prévu à l'art. 163 al. 2 CPP SG.

¹¹⁹ Voir FF 1999 4106 ss.

254.5 Analyses d'ADN (section 5, art. 267-268 AP)

Les analyses de l'ADN ont récemment acquis une grande importance dans le domaine de la poursuite pénale, et ce bien que l'on ne trouve aucune règle à ce sujet dans les codes de procédure pénale. Jusqu'à présent, on considérait qu'elles étaient admissibles, même sans base légale spécifique, en vertu des dispositions générales applicables aux examens corporels¹²⁰. Il semble incontestable que de telles analyses doivent être admises lorsqu'il s'agit d'élucider une infraction. Ce domaine délicat des analyses génétiques, notamment en matière pénale, fait actuellement l'objet de travaux visant à régler la question dans une loi fédérale ad hoc¹²¹. Si cette loi contient des normes de droit procédural pénal, celles-ci devront être intégrées, le moment venu, dans le code de procédure pénale fédéral.

254.6 Examens à l'occasion de morts suspectes ; autopsies (section 6, art. 269-271)

Cas de morts suspectes (art. 269 AP)

Les différentes lois suisses de procédure pénale contiennent pour la plupart des dispositions particulières régissant les actes des autorités lorsqu'elles sont confrontées à un mort suspecte. Soit elles ignorent l'identité de la personne en cause, soit la cause du décès ne peut pas être établie d'emblée¹²². L'article 269 AP crée la base légale permettant les examens en cas de mort suspecte. Au besoin, d'autres investigations peuvent être entreprises.

Lorsque les premières constatations ne permettent pas d'établir la cause du décès, il y a lieu de procéder à l'autopsie du cadavre (al. 4). Ensuite, ce dernier est libéré en vue des obsèques. L'alinéa 5 permet aux autorités de conserver le cadavre ou certains organes pendant un certain temps.

Exhumation (art. 270 AP)

L'article 270 AP crée la base légale nécessaire en vue de l'exhumation d'un cadavre ou de l'ouverture d'une urne.

254.7 Perquisition dans les papiers et autres supports de données (section 7, art. 271-272 AP)

Principe (art. 271 AP)

Si, en marge d'une fouille personnelle (art. 262 AP) ou d'une perquisition (art. 260 et 261 AP), il s'avère nécessaire d'examiner des papiers ou d'autres supports de données, il y aura lieu d'observer, outre les dispositions sur la fouille de personnes et sur la perquisition, les

¹²⁰ Sur les analyses d'ADN, voir, avec d'autres références, Hauser/Schweri 1999 § 72 N 8 ss. ; Oberholzer 1994 383 ; Schmid 1997 N 728. En ce qui concerne l'élaboration d'une base légale, voir « De 29 à l'unité », p. 119, 126 s. ainsi que certains points de vue manifestés lors des auditions (voir Auditions p. 17, 94 et 109).

¹²¹ Loi fédérale relative à l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et pour l'identification de personnes inconnues ou portées disparues (loi sur les profils d'ADN), art. 1 ss., voir le projet de loi et le message y relatif du Conseil fédéral du 8.11. 2000 publié dans la FF 2001 19.

¹²² Voir p.ex. art. 69 CPPM ; art. 118 ss. CPP ZH ; art. 165 s. CPP BE ; art. 112 s. CPP LU ; art. 139 CPP UR ; art. 44 CPP SZ ; art. 89 CPP OW ; art. 93 CPP NW ; art. 66 ss. CPP GL ; art. 140 CPP FR ; art. 61 CPP SO ; art. 66 ss. CPP BL ; art. 202 s. CPP SH ; art. 135 s. CPP AR ; art. 77 CPP AI ; art. 96 CPP GR ; art. 164 CPP SG ; art. 94 et 116 s. CPP AG ; art. 104 CPP TG ; art. 150 ss. CPP TI ; art. 232 CPP VD ; art. 98 s. et 174 CPP NE ; art. 70a, 112a et 123a CPP GE ; art. 184 CPP JU.

règles particulières de la présente section. En effet, l'examen de documents de toute nature peut porter atteinte à des secrets dignes de protection de leur détenteurs ou de tiers¹²³. Ces règles sont connues dans la plupart des codes de procédure pénale actuellement en vigueur¹²⁴. L'article 271 crée une base légale pour ces perquisitions.

Les données dont il est question ici sont toutes les *informations enregistrées sur papier, bande magnétique, pellicule ou tout autre support, et notamment celles qui sont stockées dans des installations destinées au traitement et à l'enregistrement d'informations*.

Exécution (art. 272 AP)

L'article 272 mentionne quelques *particularités de ces perquisitions* destinées à ménager les intérêts dignes de protection au maintien du secret des détenteurs ainsi que de tiers.

Contrairement à la procédure applicable aux autres mesures de contrainte, l'alinéa 1 accorde à l'intéressé *le droit d'être préalablement entendu*.

L'alinéa 2 fait aux autorités pénales l'obligation d'avoir égard aux intérêts au maintien du secret mentionnés ci-dessus. C'est dans ce but que l'alinéa 3 prévoit de faire appel à un expert pour extraire les documents pertinents et séparer les données dont le contenu est protégé de celles qui ne le sont pas. En ce qui concerne l'expert, il pourra s'agir par exemple du directeur de l'institut de médecine légale lorsqu'il faudra perquisitionner les dossiers des patients d'un médecin, ou le bâtonnier de l'ordre cantonal des avocats lorsque seront en cause les dossiers des clients d'un avocat¹²⁵. Le détenteur peut en outre demander la *mise sous scellés de ces informations* au sens de l'article 259 AP.

L'alinéa 4 fait obligation au détenteur de supports de données de mettre à disposition des autorités pénales des *copies* des documents en cause. En effet, les copies (par exemple de documents bancaires) sont très souvent suffisantes dans le cadre d'une procédure. Lorsque les informations dont les autorités pénales ont besoin sont stockées dans des installations destinées au traitement et à l'enregistrement de données, l'exploitant d'une telle installation peut être tenu, en vertu de l'alinéa 4, *d'imprimer les informations voulues* et de mettre les sorties papier à la disposition des autorités pénales. A première vue, cette obligation ne figure dans aucune des lois de procédure pénale actuellement en vigueur. Les exploitants d'installations de traitement et d'enregistrement de données peuvent désormais être contraints de coopérer, au besoin en invoquant l'article 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité)¹²⁶.

¹²³ Voir d'une façon générale Aeschlimann 1997 N 971 ss. ; Clerc 1975 N 172 ; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 21 ss. ; Oberholzer 1994 373 ss. ; Piquerez 2000 N 2535 ss. ; Schmid 1997 N 734 ss.

¹²⁴ Voir notamment art. 69 PPF ; art. 100 ss. CPP ZH ; art. 148 s. CPP BE ; art. 131 CPP UR ; art. 40 al. 1 CPP SZ ; art. 83 s. CPP OW ; art. 81 CPP NW ; art. 59 CPP GL ; art. 130 CPP FR ; art. 58 CPP SO ; art. 80 CPP BS ; art. 94 CPP BL ; art. 186 ss. CPP SH ; art. 123 CPP AR ; art. 68 CPP AI ; art. 149 ss. CPP SG ; art. 95 al. 2 CPP GR ; art. 90 CPP AG ; art. 129 CPP TG ; art. 164 CPP TI ; art. 103 CPP VS ; art. 170 CPP NE.

¹²⁵ C'est ce qui est désormais prévu par certains codes récents. Voir notamment art. 148 al. 3 CPP BE ; art. 84 al. 3 CPP OW ; art. 130 al. 4 CPP FR ; art. 187 al. 2 CPP SH ; art. 123 al. 6 CPP AR ; art. 151 al. 2 CPP SG ; art. 129 al. 2 dernière phrase CPP TG.

¹²⁶ Solution également préconisée par les experts (« De 29 à l'unité », p. 115). Lors des auditions, certains ont aussi demandé que l'on établisse une base légale claire pour les perquisitions dans les données informatiques (voir Auditions p. 16, 108).

Les détenteurs non inculpés peuvent demander à être dédommagé des frais occasionnés par la réalisation des copies et des tirages papiers si ceux-ci sont particulièrement élevés (al. 5)¹²⁷. Si une banque doit par exemple produire des milliers de copies dans le cadre une affaire économique complexe, elle aura droit à une indemnité équitable, ce qui ne sera pas le cas pour un nombre plus restreint (p.ex. deux cents photocopies de documents comptables).

255 Le séquestre (chapitre 5, art. 273-280 AP)

255.1 Le séquestre en général (section 1, art. 273-278 AP)

Principe, compétence (art. 273 AP)

Selon l'article 273 AP, le séquestre permet de *soustraire des objets et des valeurs patrimoniales au pouvoir de décision de leurs ayants droit, à des fins procédurales et à titre de mesure de contrainte*¹²⁸ ; ces objets et ces valeurs patrimoniales peuvent être mis en sûreté provisoirement, c'est-à-dire en règle générale jusqu'à ce que le juge du fonds ait rendu sa décision.

L'article 273 al. 1 énumère les buts du séquestre, à savoir la mise en sûreté des objets ou valeurs patrimoniales en cause afin qu'ils puissent être:

- utilisés comme moyens de preuve (lettre a) ;
- utilisés pour couvrir les frais prononcés dans le jugement final (lettre b);
- restitués aux lésés (lettre c);
- être confisqués ultérieurement en application des articles 58 ss. CP / nouv. art. 69 ss. CP (lit. d)¹²⁹.

Les règles générales de la présente section sont applicables à ces quatre motifs de séquestre. La deuxième et la troisième sections contiennent quelques règles particulières qui se rapportent au séquestre en couverture de frais (art. 279 AP) et au séquestre aux fins de restitution aux lésés (art. 280 et 281 AP).

L'ordonnance de séquestre relève de la compétence du ministère public et de celle des tribunaux. S'il y a péril en la demeure, la police ou des personnes privées peuvent provisoirement mettre en sûreté des objets et des valeurs (al. 2) mais, en application par analogie des articles 231 à 233 AP, remettre aussitôt ceux-ci au ministère public ou au tribunal¹³⁰.

Limites du séquestre (art. 274 AP)

En relation avec la fouille, la perquisition et les examens corporels, nous avons déjà abordé la question de savoir dans quelle mesure les personnes auxquelles on reconnaît le droit de

¹²⁷ Jusqu'à présent, il n'existait aucune base légale pour fonder ce dédommagement ; voir Lentjes Meili 1996 260 ss.

¹²⁸ Sur le séquestre en général, voir Aeschlimann 1997 N 936 ss. ; Clerc 1975 N 174 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 1 ss. ; Maurer 1999 227 ss. ; Oberholzer 1994 358 ss. ; Piquerez 2000 N 2541 ss. ; Schmid 1997 N 740 ss.

¹²⁹ Voir « De 29 à l'unité », p. 116.

¹³⁰ Voir « De 29 à l'unité », p. 116.

refuser de témoigner sont concernées par ces mesure de contrainte et, surtout, ici, par le séquestre¹³¹. On pourrait parfaitement défendre l'opinion que les personnes qui ne sont pas tenues de déposer devraient, d'une façon générale, être épargnées par les mesures de contrainte portant sur les objets et les valeurs patrimoniales qui se trouvent en leur possession¹³². Mais le cas du *prévenu* montre précisément qu'il faut considérer le problème de façon nuancée : le prévenu a certes le droit de refuser de faire des déclarations (art. 122 al. 3, art. 167 al. 1 lit. b AP), pourtant, il va de soi qu'on ne saurait lui épargner le séquestre des objets en sa possession qui constituent des preuves ou sont le fruit du délit.

L'article 274 AP régit séquestre en tant qu'il concerne des personnes ayant le droit de refuser de témoigner:

L'alinéa 1 précise que ne peuvent être séquestrés aux *prévenus* les documents relevant des *communications avec leur défenseur*¹³³. Cela s'applique également aux personnes entendues aux fins de renseignement au sens de l'article 186 al. 1 lit c-f AP. Cette interdiction du séquestre relève du droit du prévenu à communiquer librement et sans surveillance avec son avocat (art. 236 et 248 al. 5 AP). Peuvent être séquestrés à certaines conditions seulement les notes personnelles du prévenu (journal intime, agendas, listes de téléphones et d'adresses), c'est-à-dire des documents touchant à la sphère strictement personnelle de l'intéressé. Là, le séquestre n'est admis que lorsque l'intérêt de la poursuite pénale l'emporte sur l'intérêt à la protection de la personnalité, ce qui devrait être le cas dans toute procédure ouverte à la suite d'une infraction grave (al. 2)¹³⁴.

Les alinéas 3 et 4 règlent de façon analogue le séquestre les objets et valeurs de *personnes qui ont le droit de refuser de témoigner*, parmi lesquelles il faut compter également les personnes entendues aux fins de renseignement (art. 186 al. 1 lit. a et b AP) parce qu'elle peuvent invoquer le droit de refuser de témoigner. Dans la mesure où les objets, la correspondance, d'autres documents ou des valeurs patrimoniales relèvent des relations protégées avec le prévenu, ils ne peuvent être séquestrés. Sont concernés au premier chef les dossiers des avocats et des médecins en tant qu'ils concernent leurs clients ou patients, mais également la correspondance privée que le prévenu échange avec sa famille.

Comme cette disposition mentionne également les *valeurs patrimoniales*, les avances de frais raisonnables perçues par la défense ne peuvent pas non plus être séquestrés. Selon la doctrine et la jurisprudence, ces restrictions ne s'appliquent que si la personne autorisée à refuser de témoigner n'est pas elle-même placée en détention préventive¹³⁵.

De la teneur des alinéas 3 et 4, il découle que les *moyens de preuve matériels* qui se trouvent en possession d'une personne autorisée à refuser de témoigner doivent être séquestrés. Si le prévenu a remis des objets – l'arme du crime, par exemple – ou des documents – une

¹³¹ Voir ch. 254.4 ad art. 264 AP.

¹³² C'est dans ce même sens que va le proverbe allemand « *Was der Mund nicht zu offenbaren hat, muss auch die Hand nicht preisgeben* ». Voir également Aeschlimann 1997 N 943 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 5 ss. ; Maurer 1999 230 ss. ; Oberholzer 1994 360 ; Piquerez 2000 N 2563 ss. ; Schmid 1997 N 745.

¹³³ Voir art. 18 I CPP ZH (voir, avec d'autres références, ZR 99 [2000] n§ 55); art. 141 al. 1 ch. 3 CPP BE; art. 130 al. 5 CPP FR; art. 172 al. 2 CPP SH; art. 62 al. 3 CPP AI; art. 223 al. 2 CPP VD; art. 191 al. 3 CPP JU ; « De 29 à l'unité », p. 117.

¹³⁴ La doctrine va déjà dans ce sens (voir Hauser/Schweri 1999 § 69 N 5 ss. ; Maurer 1999 230 ; Piquerez 2000 N 2568 ; Schmid 1997 N 746), de même que la jurisprudence (voir EuGRZ 16 (1989) 455 ; RS 1997 n° 217.

¹³⁵ Voir notamment ATF 101 Ia 11 ; 102 IV 214 ; 106 IV 424 ; 117 la 350 ; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 10 ; Maurer 1999 232 ; Oberholzer 1994 375 s. ; Piquerez 2000 N 2559 n. 88 ; Schmid 1997 N 747.

comptabilité, par exemple – compromettants pour lui à un parent ou à son avocat afin que celui-ci les garde, ces objets ou documents pourront être séquestrés là où ils se trouvent ; dans cette mesure, la défense ne peut se soustraire à une fouille, et notamment à une perquisition.

L'alinéa 4 précise ensuite que le droit de refuser de témoigner ne protège jamais du séquestre lorsque des objets et des valeurs doivent être séquestrés et *mis en sûreté en vue de leur restitution aux lésés ou pour être confisqués*. Dans un tel cas, le séquestre peut aussi intervenir chez le détenteur d'un secret professionnel comme l'avocat, le médecin, etc.

Comme le rappelle l'alinéa 5, l'ayant droit qui fait valoir qu'un séquestre d'objets ou de valeurs n'est pas possible en raison d'un droit de refuser de témoigner ou pour d'autres motifs peut demander l'application des dispositions relatives à la mise sous scellés de l'article 259 AP.

Obligation de dépôt (art. 275 AP)

En vertu du principe de proportionnalité, les fouilles, les examens et les séquestres opérés par la force ne doivent intervenir que si les objets ou les valeurs patrimoniales en cause ne peuvent pas être mis à disposition des autorités pénales d'une autre façon. Ces dernières devront s'abstenir de procéder à des fouilles ou à des examens *si le détenteur des objets ou valeurs patrimoniales en cause accepte de les déposer volontairement*.

L'article 275 al. 1 AP prescrit au détenteur d'objets ou de valeurs qui doivent être séquestrés l'obligation de déposer ceux-ci, à moins qu'ils n'échappent au séquestre en application de l'article 274 AP. S'il n'est pas lui-même prévenu, il peut être requis de les déposer sous la menace des pénalités prévues à l'article 292 du code pénal (insoumission à une décision de l'autorité). En cas d'inobservation de l'ordre de dépôt, il peut aussi être menacé et sanctionné d'une amende d'ordre au sens de l'article 70, al. 1 AP (al. 2). Le prévenu peut aussi être requis de déposer des objets ou des valeurs qui doivent être séquestrés, mais son refus d'obtempérer ne pourra être sanctionné. Dans ce cas, il faudra procéder à une fouille ou un examen suivi du séquestre.

L'alinéa 3 concrétise l'application du principe de proportionnalité évoqué plus haut. Les autorités ont *le devoir d'inviter tout d'abord le détenteur des objets et valeurs en cause à les déposer volontairement*¹³⁶. Les mesures de contrainte ne peuvent être appliquées que si l'invitation au dépôt volontaire est restée sans effet (al. 4). Toutefois, les autorités peuvent recourir directement aux mesures de contrainte lorsqu'il y a lieu de craindre que les intéressés ne mettent à profit le délai inévitablement lié à l'invitation préalable pour détruire ou faire disparaître les objets et valeurs en cause.

L'alinéa 5 oblige *les autorités administratives et judiciaires de la Confédération, des cantons et des communes de mettre leurs dossiers à la disposition des autorités pénales pour consultation* dans les cas concrets où l'intérêt à la protection du secret de fonction (et celle des intérêts des particuliers impliqués) doit céder le pas à l'intérêt de la poursuite pénale. L'alinéa 5 est le pendant de l'article 111 al. 2 AP qui donne aux autres autorités et aux tribunaux un droit de regard dans les dossiers pénaux lorsque cela est nécessaire et que la consultation de ceux-ci ne porte pas atteinte à des intérêts privés dignes de protection.

¹³⁶ Aeschlimann 1997 N 938 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 29 ; Maurer 1999 228 s. ; Schmid 1997 N 742. Voir également « De 29 à l'unité », p. 114.

L'alinéa 6 attribue la compétence de trancher les *contestations relatives à l'obligation stipulée à l'alinéa 5* au tribunal des mesures de contrainte lorsque le litige oppose des autorités du même canton, et à l'instance de recours du Tribunal fédéral lorsqu'il survient entre autorités de cantons différents ou entre autorités cantonale et fédérale. Cette solution répond à la question controversée de savoir si cette compétence devait être attribuée à des instances administratives ou pénales.

Exécution (art. 276)

Les prescriptions relatives à l'exécution du séquestre n'appellent pas de commentaire particulier, d'autant moins qu'elles reflètent les règles déjà mises en place par les codes de procédure cantonaux et la jurisprudence. Si le séquestre des objets ou des valeurs n'a pas déjà été ordonné, par exemple dans le mandat de perquisition, le ministère public compétent ou le tribunal doit rendre une *ordonnance de séquestre* (al. 1 ; voir également les règles générales énoncées à l'article 210 AP).

Une *liste* des objets et valeurs séquestrés doit être établie (al. 2).

Pour le cas où des immeubles doivent être séquestrés, l'alinéa 3 prescrit leur blocage au registre foncier.

Selon l'alinéa 4, le séquestre de *créances* (p.ex. avoirs bancaires) est opéré par notification aux débiteurs.

L'alinéa 5 autorise une réalisation rapide des marchandises ou des papiers valeurs qui sont sujets à une rapide dépréciation, solution également prévue dans le droit de l'exécution forcée (voir art. 124 al. 2 et 243 al. 2 LP).

L'alinéa 6, enfin, donne au Conseil fédéral la compétence de régler les modalités du *placement des valeurs séquestrées* par voie d'ordonnance, ce qui permet d'adapter aisément ces dispositions à des besoins qui, dans ce domaine, évoluent assez rapidement¹³⁷.

Décision sur les objets et valeurs séquestrés (art. 277 AP)

L'article 277 AP fixe *le sort des objets et valeurs patrimoniales séquestrés*. A moins que cette mesure ne soit levée avant faute de raison d'être (p.ex. parce que la chose séquestrée n'a plus aucune utilité à titre de preuve), il s'agit de décider, dans la décision mettant fin à la procédure, si lesdits objets et valeurs doivent être rendus à leur détenteur, confisqués, restitués à l'ayant droit ou utilisés en couverture des frais (al. 1 à 3).

Les alinéas 4 à 7 règlent les cas dans lesquels *plusieurs personnes font valoir des prétentions sur des objets ou des valeurs à restituer* et ceux dans lesquels les *ayants droit ne sont pas connus*. Les règles proposées correspondent elles aussi, à quelques nuances près, aux solutions que l'on trouve dans le droit procédural suisse¹³⁸. En cas de litige, le juge pénal n'est

¹³⁷ Voilà qui permettra de donner une forme obligatoire aux DIRECTIVES DU GROUPE DE TRAVAIL « CRIMINALITE ECONOMIQUE » DE LA CCDJP RELATIVES A LA GESTION DES VALEURS PATRIMONIALES SEQUESTREES DU 24 MARS 1999 et à la CIRCULAIRE N° 1429 D DE L'ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS DU 26 MARS 1999.

¹³⁸ Voir par exemple art. 125 al. 2 CPP FR et Piller/Pochon 1998 Art. 125.4 ss. Sur ces questions, voir avec d'autres références Clerc 1975 N 178 n° 2 ; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 33 ss. ; Oberholzer 1994 367 ; Schmid 1997 N 750 ; d'une façon générale Piquerez 2000 N 2573.

en principe pas appelé à trancher sur des prétentions civiles. En règle générale, le tribunal, se fondant sur la présomption de propriété de l'article 930 du code civil, va attribuer la chose à son possesseur originaire (s'agissant d'un compte bancaire : à son titulaire). Les autres personnes qui font valoir des prétentions sur les objets et valeurs en cause se verront accorder un délai pour agir devant le juge civil¹³⁹.

255.2 Séquestre en couverture des frais (section 2, art. 278)

Principe (art. 278 AP)

L'article 278 AP crée la base légale qui permet de séquestrer sur les biens d'un prévenu qui n'a pas fourni de sûretés. Cette mesure sert à couvrir les conséquences financières prévisibles du procès que le prévenu aurait à supporter. Il s'agit des frais de procédure mis à la charge du prévenu (art. 494 AP), des indemnités allouées aux autres participants à la procédure (art. 502 s. AP) ainsi que des peines pécuniaires et des amendes infligées au prévenu. La règle exprimée à l'alinéa 1 reprend une disposition connue de nombreux codes de procédure pénale cantonaux¹⁴⁰. Si des prétentions civiles de la partie plaignante sont concernées, on appliquera les articles 279 et 280 AP.

L'autorité qui rend l'ordonnance de séquestre en couverture de frais doit *prendre en considération le revenu et la fortune du prévenu et de sa famille* (al. 2). Par ailleurs, elle devra tenir compte des règles d'insaisissabilité des articles 92 à 94 LP (al. 3). Les limites du séquestre opéré sur le patrimoine n'étaient que rarement définies *de lege lata*¹⁴¹. La doctrine et la jurisprudence¹⁴² ont cependant demandé que cela soit fait, et elles ont partiellement obtenu satisfaction.

255.3. Séquestre aux fins de restitution aux lésés (section 3, art. 279-280 AP)

Principe (art. 279 AP)

L'une des fonctions du droit pénal et du droit procédural pénal est de dédommager le lésé, autant que faire se peut, du tort qu'il a subi. Il s'agit en priorité de lui restituer les objets ou les valeurs qui lui ont été directement soustraits par le fait de l'infraction, par exemple des bijoux. Au niveau du droit pénal matériel, cette restitution est prévue à l'article 59 ch. 1 al. 1, dernière partie de la phrase CP / nouv. art. 70 al. 1, 2^{ème} partie de la phrase CP¹⁴³. Pour permettre cette restitution, les objets et les valeurs patrimoniales trouvées chez le prévenu ou chez un tiers doivent être séquestrés. Le droit procédural pénal devrait prévoir une base légale claire pour cela. Or, le séquestre aux fins de restitution¹⁴⁴ est rarement institué de façon explicite¹⁴⁵.

¹³⁹ Voir à ce sujet ATF 120 Ia 122 ; ZR 99 (2000) n° 43 avec la remarque que cela était exigé par la garantie de la propriété formulée à l'art. 22^{ter} cst. (nouv. art. 26 cst.).

¹⁴⁰ Voir notamment art. 30 CPP ZH; art. 119 CPP LU; art. 125 CPP UR; art. 35 CPP SZ; art. 76a CPP OW; art. 68 al. 2 CPP NW; art. 5 al. 3 CPP SO; art. 81 al. 3 CPP BS; art. 100 al. 2 CPP ; art. 116 al. 1 CPP AR ; art. 63 CPP AI; art. 142 CPP SG; art. 85 al. 1bis CPP AG ; art. 117 al. 3 CPP TG; art. 161 al. 3 CPP TI; art. 181a CPP GE. Sur ce type de séquestre en général, voir Hauser/Schweri 1999 § 69 N 22 ss. ; Oberholzer 1994 363 ss. ; Piquerez 2000 N 2586 ss. ; Schmid 1997 N 752 ss.

¹⁴¹ Art. 116 al. 2 CPP AR; art. 63 al. 1bis CPP AI; art. 142 al. 2 CPP SG; dans le même sens : art. 76 a al. 2 CPP OW; art. 117 al. 5 CPP TG (prise en considération de la famille du prévenu requise) ou art. 181a CPP GE (séquestre uniquement pour les montants supérieures à 10'000 fr.); voir également Piquerez 2000 N 2589.0

¹⁴² Voir avec d'autres références Hauser/Schweri 1999 § 69 N 24 ; Oberholzer 1994 364 ; Schmid 1997 N 752.

¹⁴³ Voir Schmid in Schmid 1998 Art. 59 N 66 ss.

¹⁴⁴ Voir à ce sujet Schmid 1999 21.

L'article 279 autorise expressément le *séquestre aux fins de restitution aux lésés*. Conformément à la doctrine¹⁴⁶ et à la jurisprudence¹⁴⁷, celui-ci se limite aux objets et aux valeurs patrimoniales issus directement de l'infraction. Il s'agit donc d'une part des objets soustraits à leur ayant droit par vol, abus de confiance, recel ou escroquerie. Mais d'autre part, ce séquestre peut aussi porter sur les comptes bancaires alimentés par le produit de l'infraction¹⁴⁸. Ainsi, par exemple, la voiture achetée avec l'argent volé ne pourra pas être séquestrée en application de l'article 279 AP ; en revanche, elle pourra l'être le cas échéant en vertu de l'article 278, c'est-à-dire au titre de la couverture des frais, ou de l'article 273 al. 1 lit d AP en vue de sa confiscation.

Procédure (art. 280 AP)

L'article 280 règle sommairement la procédure qui suit le séquestre. La *restitution* à un stade précoce des objets et valeurs soustraits à leur ayant droit *lorsque les rapports de droit y relatifs ne sont pas contestés* semble correspondre à la solution déjà adoptée en pratique.

En revanche, si les *rapports de propriété sur les objets et valeurs en cause sont contestés*, il se pose à nouveau la question de savoir qui devra trancher le litige. A cet égard, l'alinéa 2 renvoie à l'article 277 al. 4 à 7 AP en vertu duquel les autorités pénales disposent généralement dans la décision finale que les objets ou valeurs en cause seront restitués à celui qui, à leurs yeux, est l'ayant droit. Cette démarche s'appuie en principe sur la présomption d'innocence de l'article 930 du code civil.

Les autres personnes qui font valoir des prétentions sur les objets et valeurs en cause se voient accorder un délai pour agir devant le juge civil.

256 Mesures secrètes de surveillance (chapitre 6, art. 231-318 AP)

256.1 Surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (section 1, art. 281-295 AP)

Le 1^{er} juillet 1998, le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale le message et l'avant-projet relatifs à une loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (LSCPT) ainsi qu'à une loi sur l'investigation secrète¹⁴⁹. La première de ces loi, adoptée par le Parlement le 6 octobre 2000 contient les bases légales nécessaires aux mesures de contrainte qu'implique cette surveillance, y compris les procédures d'autorisation et les voies de recours ; d'autre part, elle consacre les devoirs de coopération des opérateurs de télécommunication. Cette loi renferme donc à la fois des dispositions de droit procédural pénal et des normes de droit administratif.

¹⁴⁵ Hauser/Schweri 1999 § 69 N 20. Le cas échéant, il peut être dérivé du séquestre en vue de confiscation (voir ATF 126 I 104 *in fine* pour Zurich) ; reste ouverte la question de savoir dans quelle mesure on peut le déduire du séquestre en couverture de frais tel qu'il est proposé à l'article 278 AP. Sur l'ensemble de la question, voir Schmid 1999 21 s.

¹⁴⁶ Hauser/Schweri 1999 § 69 N 22 ; Schmid 1997 N 753.

¹⁴⁷ Voir ATF 116 IV 204 ; 117 Ia 424.

¹⁴⁸ C'est ce que l'on qualifie d'objet de remplacement improprement dit, cf. Schmid (auteur) in Schmid (éditeur) 1998 art. 59, n° 49 ss, 70..

¹⁴⁹ FF 1998 3754 (ci-après : message 1998). A propos de l'investigation secrète, voir ch. 256.4 infra).

Nous avons renoncé à reproduire la LSCPT – qui n’est pas encore entrée en vigueur dans le cadre de l’avant-projet et du présent rapport. Il est prévu d’intégrer cette loi telle quelle – du moins ses dispositions de droit procédural pénal – dans le code de procédure pénale fédéral.

256.2 Autres mesures de surveillance techniques (section 2, art. 296 AP)

La loi mentionnée ci-dessus ne réglera que la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. Les autres mesures de surveillance technique, c'est-à-dire celles qui font appel à des installations d’écoute et sont en fait prohibées par l’article 179^{bis} CP, ne tomberont pas sous le coup de cette loi¹⁵⁰ ni, de ce fait, sous le coup de la première section de ce chapitre 6.

Par « autres mesures de surveillance techniques, il faut entendre *l’utilisation d’appareils, énumérés notamment aux articles 179^{quater} et 179^{sexies} CP, à des fins de procédure pénale*. Il s’agit donc de mesures faisant intervenir des dispositifs d’écoute et des appareils enregistreurs de son et d’image. Ces appareils peuvent être des « mini-espions », des appareils de photo et des caméras vidéo, infrarouge ou de surveillance, souvent équipées de téléobjectifs¹⁵¹, permettant d’enregistrer des conversations et des images à l’intérieur ou à l’extérieur de zones habitées.

Le recours aux dispositifs de ce type, qui requiert également une base légale, n’était jusqu’à présent pas prévu dans tous les codes de procédure pénale suisses¹⁵². Ces méthodes devraient pourtant être admises pour améliorer l’efficacité de la lutte contre certaines formes de criminalité particulièrement graves telles que le crime organisé, le trafic de stupéfiants, etc. C’est pourquoi l’avant-projet propose d’autoriser la mise en œuvre de ces moyens en la soumettant aux mêmes conditions restrictives matérielles et formelles que la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. Cela signifie notamment que les appareils en cause – conformément à la LSCPT – ne peuvent être utilisés que pour la poursuite des infractions énumérées à l’article 3 LSCPT et dans le respect du principe de proportionnalité¹⁵³. D’autre part, le recours à ces mesures doit être autorisé par une autorité judiciaire¹⁵⁴, et les personnes surveillées doivent en être informées après coup¹⁵⁵. En revanche, on a renoncé à soumettre ces mesures de surveillance techniques à des conditions plus strictes que les écoutes téléphoniques, suivant en cela les propositions formulées lors des auditions¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Voir le message 1998 3, 16 s. Comme l’explique ce document, l’idée d’intégrer ces mesures dans la loi sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications a été abandonnée avant tout parce que la base constitutionnelle existante ne permettait qu’une surveillance dans le domaine de la poste et des télécommunications, et non pas d’autres mesures de surveillance. Désormais, l’article 123 al. 2 cst., dans sa version du 12 mars 2000, constitue la base constitutionnelle nécessaire pour les mesures de surveillance techniques.

¹⁵¹ A ce sujet, voir Trechsel 1997 Art. 179^{quater} N 4.

¹⁵² Voir p.ex. art. 72 PPF ; art. 104 al. 1 CPP ZH ; art. 155 al. 3 CPP BE ; art. 117 CPP LU ; art. 133 CPP UR ; art. 41 CPP SZ ; art. 85 CPP OW ; art. 72 CPP NW ; art. 134 CPP FR ; art. 86 CPP BS ; art. 103 CPP BL ; art. 192 CPP SH ; art. 126 CPP AR ; art. 59 CPP SO ; art. 153 CPP SG ; art. 121 CPP TG ; art. 166 CPP TI ; art. 103a CPP VS ; art. 171 lit. b CPP NE ; art. 184a CPP GE ; art. 193 CPP JU. D’une façon générale, voir Aeschlimann 1997 N 1002 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 71 N 34 s. ; Maurer 1999 258 s. ; Oberholzer 1994 404 ; Piquerez 2000 N 2655 ss. ; Schmid 1997 N 771.

¹⁵³ Voir l’art. 3 LSCPT.

¹⁵⁴ Voir l’art. 6 LSCPT.

¹⁵⁵ Voir l’art. 10 LSCPT.

¹⁵⁶ Voir Auditions p. 16 s., 108 s., 144.

256.3 Observation policière (section 3, art. 297-298 AP)

L'observation est *une activité d'investigation au cours de laquelle la police observe et enregistre de façon systématique et pendant une certaine période, en des lieux publics, des événements et des personnes, pour ensuite exploiter les informations ainsi recueillies dans le cadre de la poursuite d'infractions*¹⁵⁷. La surveillance s'exerce sur des personnes qui se trouvent dans la rue ou en des lieux d'accès commun, c'est-à-dire qui se rencontrent à un endroit défini, s'entretiennent et échangent des objets. Il peut également s'agir d'observer des personnes qui entrent dans une maison. La surveillance d'un événement qui ne se déroule pas en public (p.ex. à l'intérieur d'une maison), rendant ainsi nécessaire l'utilisation d'appareils particuliers tels qu'un dispositif d'écoute par exemple, est soumise aux conditions de l'article 296 AP.

Le recours à l'observation policière n'est réglementée que dans quelques rares codes de procédure pénale¹⁵⁸. Cette lacune s'explique par le fait qu'autrefois, les auteurs récusaient le caractère très contraignant de cette mesure policière. Le Tribunal fédéral et les instances de recours strasbourgeoises ne se sont apparemment pas prononcés sur la question¹⁵⁹. En revanche, *la littérature récente souligne que de telles observations systématiques doivent être qualifiées d'atteinte aux libertés fondamentales*, et notamment d'atteinte à la liberté personnelle : certes, la personne qui évolue dans un lieu public est consciente du fait qu'elle y sera vue, peut-être même observée, mais elle n'envisage pas, en revanche, de faire l'objet d'une surveillance durable et systématique¹⁶⁰.

Généralités (art. 297 AP)

L'article 279 AP décrit tout d'abord à l'alinéa 1 la nature de l'observation policière telle qu'elle a été présentée en introduction ci-dessus. Cette disposition crée du même coup une base légale claire pour l'enregistrement des faits observés, par exemple à l'aide de caméras vidéo, dans l'intérêt de la procédure¹⁶¹. Ces enregistrements peuvent ensuite être versés au dossier à titre de preuve. L'alinéa 1 énumère les *conditions matérielles posées à l'utilisation de l'observation policière*.

La question se pose de savoir si la mise en œuvre de l'observation policière doit être soumise d'une façon générale à une autorisation judiciaire comme le prévoient les articles 6 et suivants de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications du 6 octobre 2000 (LSCPT) pour les écoutes téléphoniques et, pour ce qui est des autres mesures de surveillance techniques, le projet de loi sur l'investigation secrète et le présent avant-projet. Si l'on considère que, dans l'observation policière, l'atteinte aux droits fondamentaux est relativement légère et qu'elle consiste dans l'observation systématique,

¹⁵⁷ A propos des différentes tentatives de définition, voir Zalunardo-Walser 1998 47 ss. ;

¹⁵⁸ Voir par exemple art. 213 CPP BE et art. 26c CPP OW (nouvelle du 19.12.1996) ; loi sur la police de BL du 28.11.1996 § 36 (« observation préventive ») ; voir également Hauser/Schweri 1999 § 75 N 24.

¹⁵⁹ Voir avec d'autres références Zalunardo-Walser 1998 50 ss. Dans son rapport d'inspection « Surveillance téléphonique au sein de la Confédération » adressé au Conseil fédéral, la commission de gestion du Conseil national s'est prononcée pour le caractère invasif de ce type d'observations (voir FF 1993 I 1029 ss., 1063), opinion d'ailleurs non partagée par le Conseil fédéral (voir FF 1993 I 1037, 1067 ss).

¹⁶⁰ Voir avec d'autres références Zalunardo-Walser 1998 52 ss. Les experts se sont apparemment prononcés pour la création d'une base légale sans toutefois s'exprimer sur le caractère invasif de cette mesure (voir « De 29 à l'unité », p. 129.).

¹⁶¹ Au niveau policier, il conviendra le cas échéant de réglementer la vidéosurveillance préventive aux endroits névralgiques, tels que les passages souterrains, où se commettent régulièrement des infractions graves (voir Kriminalistik 2000 542).

couvrant donc une certaine période, d'événements se déroulant en public, cette mesure ne devrait être soumise à autorisation préalable que si elle est appelée à durer plus qu'un certain temps qu'il s'agit de définir. Une autorisation par le tribunal des mesures de contrainte (dans les cantons), par l'autorité de recours (au niveau de la Confédération), n'est requise que si la durée de l'observation dure au-delà de cinq jours (al. 2). Lorsque des personnes font l'objet de mesures de surveillance discontinues (p.ex. il s'agit d'observer un individu qui se trouve tous les week-ends en un endroit déterminé), il convient d'ajouter les périodes d'observation.

Information ultérieure (art 298 AP)

S'agissant des mesures de contrainte qui ne sont pas appliquées au grand jour (écoutes téléphoniques, investigation secrète), la LSCPT adoptée le 6 octobre 2000 prévoit que les personnes concernées par ces mesures doivent en être informées ultérieurement. L'article 279 propose de la même manière d'informer les personnes directement concernées par l'observation. Cette information doit être faite même dans les cas pour lesquels une autorisation judiciaire n'était pas requise.

256.4 Investigation secrète (section 4, art. 299-317 AP)

Le 1^{er} juillet 1998, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales, en même temps que le projet de loi relatif à la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications, le message et le projet de loi sur l'investigation secrète¹⁶². Cette loi est destinée à créer une base légale autorisant le recours à des enquêteurs infiltrés comme moyen de lutte contre les trafics illicites de stupéfiants dans des procédures fédérales ou cantonales et à réglementer cette pratique. Dans d'autres affaires, les cantons doivent conserver la compétence de mettre en œuvre l'investigation secrète conformément à leur propre droit¹⁶³. Jusqu'à présent, il semble que cinq cantons se sont dotés de dispositions réglementant ce domaine¹⁶⁴.

Cette loi est actuellement examinée par le Parlement. Lorsqu'elle aura été adoptée, elle sera également intégrée dans le code de procédure pénale fédéral. Le recours à des enquêteurs infiltrés dans des affaires graves étrangères aux trafics de stupéfiants sera alors soumis à autorisation¹⁶⁵. Il est donc superflu, là également, de reproduire le texte du projet de loi et de le commenter dans le cadre du présent rapport.

256.5 Surveillance des relations bancaires (section 5, art. 318-319 AP)

Principe (art. 318 AP)

Le secret bancaire ne constitue en soi pas un obstacle empêchant d'obtenir de la part des banques des informations sur leurs relations avec leurs clients. Les banques sont donc tenues de mettre à la disposition des autorités pénales l'ensemble des dossiers relatifs aux comptes et les autres documents issus de ces relations. En certaines occasions, il pourra s'avérer nécessaire de surveiller les relations bancaires pendant une certaine période afin de conforter

¹⁶² FF 1998 3765 ss. (« message 1998 »).

¹⁶³ Voir l'art. 2 du projet de loi.

¹⁶⁴ Art. 214 s. CPP BE; art. 91 ss. CPP BS; art. 110 ss. CPP BL; art. 103k CPP VS; voire à ce sujet Rohner 1999 452 s. A Zurich, un projet de loi relatif à l'investigation secrète (art. 106 ss. CPP ZH) vient d'être adopté par le parlement cantonal. Sur le thème général de l'investigation secrète, voir Aeschlimann 1997 N 1260 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 24 ss.; Maurer 1999 212 ss., 326 ss.; Oberholzer 1994 39 ss., 276 ss.; Piquerez 2000 N 2831 ss.; Schmid 1997 N 241, 632, 653 s.

¹⁶⁵ L'art. 1 al. 2 du projet de loi a la teneur suivante : « ».

une présomption de blanchiment d'argent¹⁶⁶. Dans d'autre cas, une banque pourra être appelée à retenir une personne désireuse d'effectuer un versement sur un compte et aviser immédiatement la police. De telles mesures de surveillance sont d'ailleurs aussi recommandée par la convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (art. 4 ch. 2)¹⁶⁷.

Jusqu'à maintenant, *il manquait une base légale autorisant la surveillance des relations bancaires*. On ne dispose à l'heure actuelle que de directives qui n'ont pas valeur obligatoire¹⁶⁸. Une base légale telle qu'elle est proposée à l'article 318 AP est nécessaire non seulement parce cette mesure porte atteinte à la sphère privée du client et de ses relations d'affaires mais également parce qu'elle fait appel à la coopération des banques¹⁶⁹.

Exécution (art. 319 AP)

Lorsque le ministère public ou un tribunal (la police n'en a pas la compétence) ordonne la surveillance d'une relation bancaire, il communique à la banque les directives nécessaires sur le type d'informations à fournir (al. 1)¹⁷⁰. Comme les informations demandées peuvent être multiples et fort différentes, nous renonçons à en définir la nature dans le cadre de la loi. Par le biais de l'article 272 al. 4, les banques sont également tenues de fournir des informations sur les opérations traitées par voie électronique¹⁷¹.

La surveillance porte sur les comptes, les dépôts, etc. que les clients ont auprès de la banque, étant précisé que la notion de banque est celle que définissent les articles 1 et 2 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB)¹⁷². Il devrait être superflu d'envisager d'autres segments du secteur financier.

Le ministère public peut ordonner la surveillance de comptes bancaires de son propre chef. Ainsi, contrairement aux autres mesures de surveillance habituelles en Suisse, l'avant-projet ne prévoit *pas une procédure d'autorisation immédiate par une autorité judiciaire* ; selon l'alinéa 2, l'autorisation par le tribunal des mesures de contrainte (dans les cantons), de l'autorité de recours (au niveau de la Confédération), n'est requise que si la durée de la surveillance excède un mois. Cette différence de traitement par rapport à d'autres mesures de surveillance secrètes s'explique par le fait que la mesure instaurée ici ne diffère pas fondamentalement de l'information bancaire habituelle sur les opérations de banque antérieures. La surveillance porte moins atteinte à la sphère privée qu'au secret d'affaires auquel le droit procédural pénal accorde de toute manière moins d'importance¹⁷³.

¹⁶⁶ Sur les cas d'application, voir Lentjes Meili 1996 272 s.

¹⁶⁷ RS 0.311.53 ; voir le message du Conseil fédéral du 19.8.1992 (FF 1992 VI 8) ; à ce sujet, voir également Lentjes Meili 1996 271.

¹⁶⁸ Voir à ce sujet les RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION « CRIMINALITE ECONOMIQUE » DE LA CONFERENCE DES CHEFS DES DEPARTEMENTS CANTONAUX DE JUSTICE ET POLICE AUX AUTORITES CANTONALES EN CHARGE DE LA POURSUITE PENALE RELATIVES AU BLOCAGE DE COMPTES ET AU DEVOIR DE DISCRETION DES BANQUES du 7.4.1997, avec une annexe datée du 25.3.1997, et la CIRCULAIRE DE L'ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS n° 1286 du 8.4.1997 ; voir également avec d'autres références Ackermann in Schmid 1998 Art. 305^{bis} N 567 ; Schmid in Schmid 1998 Art.59 N 145.

¹⁶⁹ Lentjes Meili 1996 273 ss., qui souhaiterait toutefois renoncer à l'exigence d'une base légale spécifique. En faveur d'une base légale, voir « De 29 à l'unité », p. 115 et les votes exprimés lors des auditions (Auditions, p. 55, 67, 76, 87, 108, 153).

¹⁷⁰ A propos de l'exécution, voir Lentjes Meili 1996 277 ss.

¹⁷¹ Sur la difficulté de la distinction entre ces domaines, voir Auditions, p. 108.

¹⁷² RS 952.0.

¹⁷³ Voir Lentjes Meili 1996 274.

L'alinéa 3 prescrit que les *ayants droit soient informés* de la surveillance après coup. L'alinéa 4, enfin, instaure un *droit de recours rétroactif*. Cette obligation d'information et la possibilité de recours ultérieur se font l'écho des règles qui figurent à l'article 10 al. 5 et 6 de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications adoptée le 6 octobre 2000 et à l'article 298 AP relatif à l'observation policière. Une information ultérieure semble appropriée, pour cette mesure de surveillance comme pour les autres. En l'occurrence, elle dispense la banque de la tâche (qu'on ne saurait qualifier d'agréable) d'informer ses clients de la surveillance dont leurs comptes ont fait l'objet.

257 Les documents et dossiers du service d'identification judiciaire (chapitre 7 ; art. 320-325 AP)

On entend par service d'identification judiciaire l'activité des autorités en charge de la poursuite pénale, et en premier lieu de la police, qui consiste à *établir, réunir et exploiter de manière systématique les caractéristiques physiques de personnes pour des recherches en cours ou à venir*¹⁷⁴. Il s'agit principalement de recenser des informations sur des particularités physiques (voir art. 321 AP), ce qui implique de légères atteintes à la liberté personnelle et à l'intégrité physique. Actuellement, on ne trouve guère de base légale relative à l'identification judiciaire dans les règlements de police ou les textes législatifs¹⁷⁵ ; parfois, l'obligation (du moins celle de l'inculpé) de se soumettre à des mesures d'identification judiciaire était déduite la possibilité – plus étendue – de procéder à des examens corporels¹⁷⁶. Il apparaît donc judicieux de créer une base légale spécifique pour l'identification judiciaire et d'en régler les modalités, ne serait-ce que dans les grandes lignes. Les investigations de l'identification judiciaire se distinguent des autres formes d'administration des preuves et des mesures de contrainte en ce sens que ces dernières interviennent principalement dans le cadre d'une procédure en cours et que les résultats obtenus sont versés au dossier ; une fois l'affaire close, les mesures prises n'ont plus d'effet. Au contraire, le but des mesures d'identification judiciaire et des registres qu'elles alimentent consiste à pouvoir utiliser, au-delà de l'affaire en cours, les informations recueillies dans le cadre de recherches ultérieures, parfois des années plus tard. La conservation de ces données et le fait qu'elles concernent également des personnes acquittées appellent un règlement.

La différence entre *la collecte et l'utilisation de données personnelles au sens des articles 108 et suivants AP et les mesures d'identification judiciaire* réside en ceci que les premières portent essentiellement sur des informations concernant des personnes (âge, profession, domicile, préférences), alors que les secondes consistent à recenser des particularités physiques. Mais la distinction entre ces deux domaines est parfois difficile à établir dans la mesure où les deux catégories d'informations peuvent se retrouver classées dans des dossiers (qui seront parfois les mêmes) où elles pourront servir non seulement dans le cadre de la procédure en cours mais aussi ultérieurement. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit en ce qui concerne l'utilisation future des informations (art. 109 al. 3 et art. 323 al. 4 AP) ou en matière de protection juridique (art. 109 al. 5 et art. 324 al. 3 AP) un rapprochement entre ces deux

¹⁷⁴ Ne sont pas concernées les activités d'identification judiciaire destinées à l'établissement de faits (prise d'empreintes digitales, examen de tissus, photographie de lieux d'accident ou d'infraction) qui ne sont pas en relation avec des personnes déterminées, notamment l'inculpé.

¹⁷⁵ Voir art. 73quater CPPF; art. 207 CPP BE; art. 78 CPP LU; art. 136 CPP UR; art. 38 al. 2 CPP SZ; art. 80a CPP OW; art. 82 al. 4 CPP NW; art. 52 al. 5 CPP GL; art. 76 CPP BS; art. 90 CPP BL; art. 200 CPP SH ; art. 131 CPP AR; art. 70 CPP AI ; art. 76 al. 4 CPP GR ; art. 160 CPP SG.

¹⁷⁶ Art. 156 CPP ZH; Schmid 1997 N 732; plus général, Hauser/Schweri 1999 § 72 N 17 f.

domaines, qui pourra s'étendre aux autres registres et fichiers de données de la police (art. 325 al. 2 AP).

257.1 Généralités sur l'établissement des documents du service de l'identification judiciaire (section 1, art. 320-322 AP)

Conditions d'enregistrement par le service d'identification judiciaire (art. 320 AP)

L'article 320 AP donne à la police, au ministère public et aux tribunaux la compétence d'ordonner et d'effectuer l'enregistrement de personnes par le service d'identification judiciaire de personnes¹⁷⁷. Cette compétence se limite à l'enregistrement de particularités physiques (taille, apparence, poids), la prise de photographies et d'empreintes digitales, de pieds et autres parties du corps. Si des prélèvements doivent être effectués (sang, urine, contenu de l'estomac, cheveux) afin de constater l'identité de la personne (al. 1 lit. a) ou élucider une infraction (al. 1 lit. b), on appliquera les dispositions spéciales des art. 264-265 AP et celles concernant les analyses d'ADN (art. 267-268 AP) sont applicables. Il convient d'ajouter que le relevé de traces de matières en relation avec le corps (fibres de vêtements, trace de sperme, morceaux de tissus, cheveux, etc. se trouvant à la surface du corps ou sur les vêtements, saleté sur le corps ou sous les ongles qui permet souvent des conclusions intéressantes) relève des articles 262 et 263 AP relatifs à la fouille de personnes.

L'alinéa 1 part du principe que les actes du service d'identification judiciaire concernent en premier lieu le prévenu mais qu'ils peuvent également être ordonnés à l'encontre d'une personne non prévenue pour autant que le principe de proportionnalité soit strictement respecté. Si des empreintes digitales sont relevées sur les lieux d'un crime, il doit être possible de vérifier les empreintes toutes les personnes fréquentant habituellement ce lieu.

En vertu de l'alinéa 1, la compétence en matière de mesures d'identification judiciaire revient non seulement *au ministère public et aux tribunaux mais également à la police*. Cela fait partie du travail de routine de la police, lors d'une arrestation, de procéder à des mesures d'identification sur les personnes appréhendées lorsque les soupçons qui pèsent sur celles-ci se confirment. Il ne serait pas réaliste d'exiger de la police qu'elle requière à chaque fois une autorisation du ministère public. Si l'intéressé refuse de se soumettre à l'ordre de la police, le ministère public statue sur l'enregistrement. Il peut délivrer un mandat d'amener à la police (al. 2).

Exécution (art. 321 AP)

L'article 321 AP dresse une liste des mesures d'identification judiciaire déjà mentionnées ci-dessus, au premier rang desquelles figurent l'enregistrement de particularités physiques, et notamment la prise d'empreintes digitales et d'autres parties du corps (pieds, bouche etc.).

Etablissement d'échantillons d'écriture ou de voix (art. 322 AP)

Les comparaisons d'écritures, et plus récemment, d'empreintes vocales, jouent un rôle important en criminologie. Il s'impose donc de créer une base légale permettant de recueillir

¹⁷⁷ Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, il s'agit uniquement de l'enregistrement de données concernant des personnes ; l'activité habituelle d'identification judiciaire de la police (relevés d'empreintes sur le terrain, etc.) est couverte par son mandat général, et notamment par l'art. 333 al. 2 AP.

chez le prévenu des échantillons permettant de telles comparaisons¹⁷⁸, car ces méthodes d’instruction, et notamment le prélèvement d’échantillons ne peuvent être classés sans autre parmi les « autres mesures de contrainte » ni parmi les mesures habituelles d’identification judiciaire.

Il s’agit de savoir quelles sont les personnes qui peuvent être tenues de fournir des échantillons de cette nature. Cette question ne soulève aucune difficulté pour ce qui est des personnes *qui ont l’obligation de déposer*, à savoir les témoins et des personnes entendues aux fins de renseignement en application de l’article 186 ch. 1 lit. a et b AP. En ce qui concerne le prévenu et les personnes entendues aux fins de renseignement ayant le droit de refuser de déposer en vertu de l’article 186 al. 1 lit. c-e AP, on pourrait admettre le point de vue selon lequel l’écriture et la voix sont des formes d’expression essentiellement corporelles qui, à l’instar des particularités physiques de l’article 321 AP, ne sont pas couvertes par le droit de refuser de déposer. Mais il convient d’observer que la collecte de tels échantillons suppose la coopération active du prévenu, coopération à laquelle celui-ci n’est en principe pas tenu¹⁷⁹. C’est pourquoi l’article 322 al. 1 et 2 AP donne aux autorités pénales la possibilité d’astreindre le prévenu à fournir des échantillons d’écriture ou de voix, mais ne prévoit la menace de l’amende d’ordre que pour les personnes astreintes à déposer.

L’alinéa 3 concerne *le dépôt et la mise sous séquestre d’écrits ou d’enregistrements de sons pouvant servir à des comparaisons*. Il s’agit en fait d’un cas particulier de la mise sous séquestre de moyens de preuve qui doit obéir aux mêmes règles, ce qui explique le renvoi aux articles 273 à 275 AP. Cette disposition crée en principe une obligation de dépôt, mais les personnes ayant le droit de refuser de déposer n’y sont soumises – comme d’ailleurs à la mise sous séquestre – qu’à certaines conditions

257.2 Conservation des documents et des dossiers du service d’identification judiciaire (section 2, art. 323-324 APP)

Conservation et destruction (art. 323 AP)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les documents du service d’identification judiciaire ne peuvent être conservés pour une durée indéterminée¹⁸⁰. En cas de non-lieu ou d’acquiescement, ces documents ne peuvent être conservés. Même en cas de condamnation, ils ne peuvent être conservés indéfiniment. L’article 323 tente de réaliser l’équilibre entre l’intérêt des personnes concernées à la radiation des inscriptions et à la destruction des documents d’une part, et celui qu’a l’Etat à pouvoir disposer d’archives aussi complètes que possible en vue de recherches futures.

En cas de *condamnation du prévenu*, les documents et enregistrements peuvent être conservés et utilisés jusqu’au délai de radiation de l’inscription au casier judiciaire, comme c’est le cas dans le droit actuel (al. 1).

¹⁷⁸ On trouve cette base légale dans divers codes de procédures, cf. art. 117 CPP ZH ; art. 164 CPP BE ; art. 140 CPP UR ; art. 40 al. 2 CPP SZ ; art. 90 CPP OW ; art. 83 CPP NW ; art. 74 CPP GL ; art. 76 CPP BS ; art. 201 CPP SH ; art. 137 CPP AR ; art. 71 CPP AI ; art. 93 CPP AG ; art. 132 CPP TG ; art. 184 CPP GE. Cf. Aeschlimann 1997 N 1037 f. ; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 20 ; Maurer 1999 262 ; Poncet 1978 Commentaire de l’art. 184 ; Schmid 1997 N 733.

¹⁷⁹ A ce sujet, voir Maurer 1999 262, Hauser/Schweri 72 N 20 ; Schmid 1997 N 733.

¹⁸⁰ BGE 109 Ia 157 ; 120 Ia 151 ; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 22 ; Maurer 1999 333 ss. ; Oberholzer 1994 36 ; Piquerez 2000 N 2486 ss. ; Schmid 1997 N 732.

En cas de *classement ou d'acquittement*, les documents et inscriptions doivent être détruits ou radiés aussitôt. Il en va de même pour les documents d'identification concernant une personne non prévenue lorsqu'aucune procédure n'a été ouverte (al. 2 et 3).

L'alinéa 4 prévoit une *exception* : lorsqu'il y a des raisons de penser que les documents d'identification judiciaire pourront être utiles dans le futur, ils peuvent être conservés et utilisés pendant une période de 10 ans au plus, dans le strict respect du principe de proportionnalité.

Ainsi, il existe sans conteste un intérêt prépondérant à effectuer des recherches lorsqu'un prévenu qui s'est rendu coupable de plusieurs infractions graves contre les mœurs est relaxé en raison de son irresponsabilité pénale ou de la prescription. Il en va de même lorsqu'une procédure est classée ou que l'autorité a décidé de ne pas entrer en matière parce que le comportement incriminé en est resté à un stade de préparation non-punissable.

Les documents et inscriptions d'identification judiciaire doivent être détruits ou radiés lorsque aucune recherche ne justifie leur conservation (al. 5).

Information et protection juridique (art. 324 AP)

La réglementation actuelle, notamment en matière de protection des données, permet à tout un chacun de se renseigner auprès des autorités sur l'existence de telle ou telle inscription¹⁸¹. L'article 324 al. 1 AP donne également ce droit. Il prévoit, en concordance avec l'article 109 al. 4 AP (applicable aux banques de données), que le Conseil fédéral règle dans une ordonnance les modalités de cette obligation d'information et de la destruction des dossiers.

L'alinéa 3 prévoit, également en parallèle avec l'article 109 al. 5 AP, que le tribunal des mesures de contraintes est compétent pour trancher définitivement les contestations relatives aux activités de l'identification judiciaire.

257.3 Autres registres et fichiers de données policiers (section 3, art. 325 AP)

Principe (art. 325 AP)

L'article 325 al. 1 AP crée la base légale qui permet à la police, en marge des activités d'identification judiciaire exposées ci-dessus, de tenir des registres et de collecter les données nécessaires à l'accomplissement de ses tâches, mais il ne règle pas les modalités d'exercice de cette compétence qui feront l'objet de règlements de police, généralement cantonaux ; les dispositions de la loi fédérale sur les offices centraux de la police criminelle de la Confédération du 7 octobre 1994¹⁸² restent néanmoins applicables.

Compte tenu des recoupements auxquels on peut s'attendre avec certaines dispositions du droit de la protection des données et les règles régissant les activités d'identification judiciaire, il paraît judicieux, y compris en ce qui concerne les autres registres et fichiers de données policiers, de renvoyer aux dispositions pertinentes des articles 108, 109 et 323 AP (al. 2). Il conviendra d'ailleurs, le moment venu, d'examiner dans quelle mesure les

¹⁸¹ Voir art. 8 LPD.

¹⁸² RS 360. Sur les prescriptions en matière de traitement de données, voir Lobsiger 1999 284 ss. ; en ce qui concerne les activités d'information au sens de la loi fédérale sur les offices centraux de la police criminelle de la Confédération : idem p. 295 ss.

différentes prescriptions relatives à l'enregistrement et à la radiation (et d'autres encore) devront être harmonisées¹⁸³.

¹⁸³ En plus des sources déjà citées en matière fédérale, voir par exemple les art. 14 et 15 de l'ordonnance du 16.03.1998 sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (SR 955.23).

26 Les stades de la procédure ; les procédures particulières
261 La procédure préliminaire (titre 6)

Si l'on fait abstraction des procédures particulières du neuvième titre, la procédure pénale débute par la procédure préliminaire. Elle se compose de l'investigation policière et de l'ouverture de l'instruction par le ministère public. Le modèle d'instruction privilégié par l'avant-projet est typique de par son intégration; les investigations de la police et l'instruction du ministère public forment un tout¹. Du fait que l'avant-projet attribue la responsabilité de l'enquête, de l'instruction et de la procédure intermédiaire (art. 350-360 AP) au ministère public, il lui accorde une place importante dans la première phase. L'avant-projet tient également compte du postulat, défendu par les experts² et lors des auditions³, qui tendait à régler en détail l'enquête policière et à marquer les limites qui séparent celles-ci de l'instruction du ministère public.

261.1 Généralités (chapitre 1, art. 326-349 AP)

261.11 Définition et introduction de la procédure préliminaire (section 1, art. 326-328 AP)

Définition (art. 326 AP)

L'article 326 AP décrit les caractéristiques de la procédure préliminaire, ses composantes et les fonctions principales du ministère public. Celui-ci doit effectuer à partir d'une présomption les investigations nécessaires et réunir les preuves afin que la procédure débouche rapidement sur la délivrance d'une ordonnance pénale, une mise en accusation ou la suspension de la procédure.

Introduction de la procédure préliminaire (art. 327 AP)

L'article 327 AP précise que la procédure préliminaire n'est pas ouverte uniquement par une décision formelle du ministère public, mais que les investigations indépendantes de la police sont déjà suffisantes. L'une des conséquences pratiques de cette règle réside en ceci que le ministère public est en mesure de donner des directives à la police en vertu de l'article 335 al. 3 AP à n'importe quel stade de la procédure ou de se saisir du cas.

Moyens de recours contre l'ouverture d'une procédure préliminaire (art. 328 AP)

La question se pose de savoir si l'ouverture d'une procédure préliminaire peut être attaquée au moyen d'un recours à l'instar de tout acte de procédure (art. 463 al. 2 lit. b AP). Dans l'intérêt de la célérité de la procédure, l'avant-projet l'exclut en principe⁴. A ce stade de la procédure, le recours se limiterait à la question de savoir si une présomption suffisante existe et peut justifier l'ouverture d'une instruction, question qui doit précisément être résolue dans le cadre de la procédure préliminaire.

L'article 328 AP prévoit des exceptions seulement dans le cas où le prévenu fait valoir que l'introduction de la procédure préliminaire viole l'interdiction de la double poursuite (*ne bis in idem*, art. 12 AP). Ces deux questions doivent être résolues immédiatement au début de la

¹ Voir le chiffre 131.4 supra.

² Voir «De 29 à l'unité», p. 121 ss.

³ Voir par exemple Auditions, p. 55 s., 76 s., 87, 146.

⁴ Idem in «De 29 à l'unité», p. 132 en bas.

procédure pénale, au besoin par la voie du recours. Puisque les articles 3 et suivants CP admettent qu'une infraction peut être poursuivie à la fois en Suisse et à l'étranger, une procédure pénale parallèle à l'étranger n'interdit pas, en soi, l'introduction d'une procédure en Suisse.

261.12 Droit et devoir de dénoncer (section 2, art. 329-330 AP)

Droit général de dénoncer (art. 329 AP)

A l'instar de la procédure pénale en vigueur⁵, l'alinéa 1 affirme un droit général de dénoncer, c'est-à-dire le fait que chacun peut dénoncer par écrit ou oralement auprès des autorités une infraction dont il a connaissance.

Si le dénonciateur n'est ni victime ni partie civile, il ne résulte de cette dénonciation aucun droit supplémentaire dans la plupart des systèmes de procédure. On lui reconnaît tout au plus le droit d'être informé sur ce qu'il est advenu de sa dénonciation⁶. Un tel droit au renseignement ne figure actuellement dans presque aucune base légale. Il va de soi qu'aucun droit de procédure ne saurait être déduit de la dénonciation d'un acte punissable; dans le cas contraire la personne dénonciatrice serait également partie (al. 3).

L'autorité pénale indique cependant à la demande du dénonciateur s'il a été tenu compte de la dénonciation et quelles en ont été les conséquences (al. 2). L'autorité indique seulement si une procédure a été introduite et si elle a abouti à une ordonnance pénale, une accusation ou une suspension. Aucun autre détail n'est communiqué.

Devoirs de dénoncer (art. 330 AP)

Les systèmes de procédure pénaux actuels règlent de manière différente l'obligation des fonctionnaires et membres des autorités de dénoncer des actes punissables aux autorités compétentes dans le cadre de leur fonction⁷. A l'alinéa premier, l'avant-projet limite *aux autorités pénales au sens des art. 13-27 AP le devoir de dénoncer*. De par leur fonction de poursuite et d'inculpation (art. 7 AP), celles-ci sont dans l'obligation de poursuivre des actes punissables constatés ou de les transmettre aux autorités compétentes. Lorsqu'un tribunal découvre par exemple des actes punissables, il doit les dénoncer au ministère public. Le devoir de dénoncer concerne également des infractions qui ont eu lieu dans d'autres cantons. L'alinéa 1 reprend le devoir de communication intercantonale qui figure à l'article 11 du Concordat sur l'entraide judiciaire.

⁵ Voir art. 100 CPPF; art. 20 CPP ZH; art. 199 CPP BE; art. 50 CPP LU; art. 141 CPP UR; art. 58 al. 1 SZ; art. 26 al. 1 CPP OW; art. 94 al. 1 CPP NW; art. 94 al. 1 CPP GL; art. 6 al. 3 CPP ZG; art. 146 CPP FR; art. 74 CPP SO; art. 98 CPP BS; art. 121 CPP BL; art. 204 CPP SH; art. 139 CPP AR; art. 78 AI; art. 166 SG; art. 68 CPP GR; art. 119 CPP AG; art. 67 CPP TG; art. 76 CPP TI; art. 173 CPP VD; art. 43 ch. 1 CPP VS; art. 3 CPP NE; art. 9 CPP GE; art. 3 CPP JU; voir également art. 11 du concordat d'entraide judiciaire. Sur ce thème Aeschlimann 1997 N 1215 ss.; Hauser/Schweri 1999 ° 73 N 5, 75 N 13; Maurer 1999 307 ss.; Oberholzer 1994 409 ss.; Piller/Pochon 1998 art. 146 1 ss.; Piquerez 2000 N 2813; Schmid 1997 N 774.

⁶ Schmid 1997 N 527. Cf. «De 29 à l'unité», p. 124.

⁷ Voir art. 21 CPP ZU; art. 200 s. CPP BE; art. 51 al. 1 CPP UR; art. 58 al. 2 CPP SZ; art. 26 al. 3 CPP OW; art. 94 al. 2 CPP NW; art. 28 al. 2 CPP GL; art. 6 CPP ZG; art. 147 CPP FR; art. 75 CPP SO; art. 90 CPP BS; art. 121 CPP BL; art. 206 CPP SH; art. 140 CPP AR; art. 167 CPP SG; art. 69 CPP GR; art. 120 CPP AG; art. 68 CPP TG; art. 173 CPP VD; art. 43 ch. 2 CPP VS; art. 6 CPP NE; art. 10 s. CPP GE; art. 6 CPP JU; Aeschlimann 1997 N 1219 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 73 N 6, 75 N 12; Maurer 1999 309 ss.; Oberholzer 1994 410; Piquerez 2000 N 2814 ss.; Poncet 1978 Commentaire de l'art. 10 s.; Schmid 1997 N 775.

En ce qui concerne le devoir de dénoncer des autres fonctionnaires et membres des autorités, l'alinéa 2 laisse à la Confédération et aux cantons le soin de créer de telles obligations, notamment en raison du fait qu'il s'agit davantage de problèmes concernant les règlements sur le personnel qui, à ce titre relèvent davantage du droit administratif que du droit de procédure.

L'alinéa 3 stipule que le devoir de dénonciation trouve sa limite là où la personne tenue de dénoncer pourrait invoquer le droit de refuser de déposer en qualité d'inculpé ou de co-accusé (art. 122 al. 3 AP), de témoin (art. 176 et 181 AP) ou de personne entendue aux fins de renseignements (art. 188 al. 1 AP). Cette limite vaut également pour les personnes soumises à une obligation de dénoncer introduite par la Confédération et les cantons en application de l'alinéa 2.

261.13 Procédure préliminaire pour les infractions poursuivies sur plainte et celles dont la poursuite est soumise à autorisation (section 3, art. 331-332 AP)

Infractions poursuivies sur plainte et infractions dont la poursuite est soumise à autorisation (art. 331 AP)

Les alinéas 1 et 2 reprennent une règle contenue dans plusieurs systèmes de procédure et selon laquelle les autorités de poursuite pénale ne reconnaissent leur compétence en matière d'infractions poursuivies sur plainte qu'à partir du moment où une plainte a été déposée. En cas d'urgence, les mesures de sûreté qui s'imposent pourront déjà être prises préalablement⁸. Ainsi, lors d'un accident de la circulation avec blessures légères, la police doit identifier les personnes en cause et faire un constat sur les lieux de l'accident au moyen de photographies ou tout autre moyen adéquat, même s'il n'est pas encore établi, immédiatement après l'accident, que le blessé entend porter plainte.

Comme l'expose l'article 7 al. 2 AP, il existe des délits dont la poursuite n'est possible que si une autorité non judiciaire en donne l'autorisation.

Forme de la plainte pénale (art. 332 AP)

La plainte pénale est régie par les articles 28 et suivants CP / nouv. art. 30-33 CP, c'est-à-dire par le droit fédéral. La doctrine et la jurisprudence considèrent que la question de savoir sous quelle forme et auprès de quelle autorité la plainte doit être introduite relève du droit de procédure cantonal⁹. Dans le cadre de l'unification, l'article 332 AP prescrit que la plainte doit être déposée auprès de la police, du ministère public ou de l'autorité pénale en matière de contraventions, par écrit et dans les délais ou oralement au procès-verbal (al.1). Il en va de même pour la renonciation à porter plainte ou le retrait de la plainte pénale (al. 2).

⁸ Voir art. 23 s. CPP ZH; art. 202 al. 1 CPP BE; art. 51 al. 4 CPP LU; art. 141 CPP UR; art. 3 al. 3 SZ; art. 11 al. 4 CPP BL ; art. 207 CPP SH ; art. 79 al. 3 AI ; art. 173 al.2 lit. c SG ; art. 68 CPP GR ; art. 121 al. 2 CPP AG ; art. 39 ch. 3 CPP VS ; art. 108 CPP GE ; Aeschlimann 1997 N 1226. ; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 14; Maurer 1999 313; Oberholzer 1994 207 s., Piquerez 2000 N 631 ss., 2811 ; Schmid 1997 N 510.

⁹ Contre : Trechsel 1997 art. 28 N 6 au début.

261.2 La procédure d'investigation policière (chapitre 2 ; art. 333-337 AP)

261.21 But et déroulement (section 1, art. 333-335 AP)

But (art. 333 AP)

L'article 333 AP énumère à l'alinéa 1 le but et les fonctions de la procédure d'investigation policière, tels qu'ils sont exposés dans les différents codes suisses de procédure pénale¹⁰ et commentés dans la littérature y relative¹¹. Les investigations policières sont déclenchées par la dénonciation d'un particulier, par des directives du ministère public ou par les constatations de la police elle-même. La police n'a pas besoin d'une ordonnance formelle pour démarrer des investigations de son propre chef¹².

Sous réserve de dispositions particulières, la police est tenue en vertu de l'alinéa 3 de se conformer aux dispositions régissant l'instruction, l'administration de preuves et les mesures de contrainte. Le but de cette règle n'est cependant pas, comme le décrivait le juriste et philosophe allemand Gustav Radbruch, de « cantonner la police ans les sous-sols du bâtiment, là où les mœurs sont rudes, tandis que le ministère public et les juges évoluent, férus de bonnes manières, dans les beaux étages¹³ ».

Information de la victime sur ses droits (Art. 334 AP)

L'article 33 AP reprend matériellement l'article 6 al. 1 et 2 LAVI. Il élargit cependant les devoirs d'information en ce sens que la victime doit être informée complètement de ses droits, obligation déjà prévue à l'article 153 al. 4 AP. Si, contrairement à la teneur de l'article 6 al. 1 et 2 LAVI, le ministère public est également mentionné, à côté de la police, comme autorité soumise au devoir d'information, c'est pour le cas où la victime est entendue pour la première fois directement par celui-ci.

Information du ministère public (art. 335 AP)

Afin de permettre au ministère public de remplir son rôle dans la procédure préliminaire, des instruments particuliers doivent être mis en place qui tiennent compte de l'objectif d'unicité ou d'unification propre au modèle « ministère public » choisi. C'est la raison pour laquelle l'article 335 AP prévoit que *la police informe sans délai le ministère public sur les crimes et délits graves*. Une information immédiate (en règle générale téléphonique) doit également être donnée lorsque se produisent des événements sérieux, tels que des accidents ou des incendies, même s'ils ne semblent pas immédiatement relever du droit pénal. Le but de ce devoir

¹⁰ Art. 22 ss. CPP ZH; art. 204 ss. CPP BE; art. 49 CPP LU; art. 145 s. CPP UR; art. 26a ss CPP OW; art. 3, 96 s. CPP NW ; art. 32 ss. CPP GL ; art. 12 CPP ZG ; art. 150 s. CPP FR ; art. 3, 97 CPP BS ; art. 122 s. CPP BL ; art. 11 s., 210 ss. CPP SH ; art. 6, 142 s. CPP AR ; art. 79 s. AI ; art. 5 s. SG ; art. 71 CPP GR ; art. 123 s. CPP AG ; art. 1, 71 CPP TG, art. 76 CPP TI ; art. 1764 ss. CPP VD ; art. 37 ss. CPP VS ; art. 92 ss. CPP NE ; art. 106 ss. CPP GE, art. 71 ss. CPP JU .

¹¹ Aeschlimann 1997 N 1228 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 164 ss. ; Clerc 1975 1975 N 51 ; Hauser/Schweri 1999 ° § 75 N 7ss. ; Maurer 1999 314 ss. ; Oberholzer 1994 31 ss., Piller/Pochon Commentaire des art. 150 ss.; Piquerez 2000 N 2820 ss. ; Schmid 1997 N 773 ss. comparer «De 29 à l'unité», p. 123 ss.

¹² Cf. «De 29 à l'unité», p.123.

¹³ Hauser/Schweri 1999 § 75 N 2; également Oberholzer 1994 52 s. Dispositions à ce sujet à l'art. 97 al. 2 CPP BS; art. 210 al. 2 CPP SH; art. 41ter ch.1 CPP VS.

d'information est de permettre au ministère public de se rendre immédiatement sur place et de prendre la direction de la procédure préliminaire. Cette procédure est appliquée dans de nombreux cantons sous le nom de « service de piquet ou permanence »¹⁴. Afin de tenir compte des besoins différents de la Confédération et des cantons, l'alinéa 2 donne à ceux-ci la compétence de régler eux-mêmes les modalités du devoir d'information.

Le devoir d'information de l'alinéa 1 permet au ministère public de donner à la police, à tous les stades de la procédure, des directives contraignantes sur la marche à suivre, notamment dans les cas graves, mais également en présence de n'importe quelle autre infraction. Le ministère public peut également se saisir de l'affaire à tout moment, ce qui équivaut en réalité à passer directement du stade de l'enquête au stade de l'instruction¹⁵.

L'alinéa 4 impose au ministère public, pour les crimes et délits graves dont il est informé immédiatement et sur les lieux desquels il se rend généralement, de procéder lui-même aux premières auditions des prévenus, témoins ou personnes entendues aux fins de renseignement. Ces premières auditions sont essentielles, notamment en cas de crime majeur, et doivent être dirigées par l'autorité en charge de la procédure préliminaire. Cette règle ne peut naturellement pas toujours être respectée, notamment en présence d'un grand nombre de personnes à interroger.

261.22 Fin de la procédure d'investigation policière (section 2, art. 336-337)

Rapport au ministère public (art. 336 AP)

Les investigations de la police sont traditionnellement consignées dans des rapports de police dans lesquels figurent l'activité policière et ses résultats, conformément à l'obligation générale de documentation énoncée à l'article 83 AP. Ces rapports de police sont transmis au ministère public avec tous les documents s'y rapportant, tels les procès-verbaux d'audition, les objets séquestrés, les valeurs patrimoniales, etc. Le dossier doit être transmis immédiatement après les premières investigations afin de permettre au ministère public de prendre sans délai la conduite de la procédure¹⁶.

Renonciation à un rapport (art. 337 AP)

Le but du rapport au ministère public est que celui-ci puisse décider de l'ouverture d'une instruction et de la suite à donner aux événements. Ce devoir n'a pas de raison d'être lorsqu'il n'existe manifestement pas suffisamment d'éléments concrets justifiant que le ministère public accomplissent des actes de procédure. Cela concerne *les nombreux cas, traités par la police, dans lesquels l'auteur est inconnu ou, quoique connu, n'a pas pu être retrouvé en dépit des recherches engagées (art. 222 AP)*. Transmettre automatiquement ces dossiers au ministère public ne ferait qu'occasionner des frais supplémentaires. Il est plus judicieux que la police les classe, puis les transmette au ministère public lorsque l'auteur est découvert ou après que le délai de prescription est échu. L'article 337 al. 1 permet ainsi à la police de renoncer à établir un rapport dans ces cas-là.

¹⁴ Aeschlimann 1997 N 1282 s.; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 8; Maurer 1999 317, 338; Oberholzer 1994 45; Schmid 1997 N 786.

¹⁵ Voir «De 29 à l'unité», p. 129.

¹⁶ Proposé de cette façon dans le rapport «De 29 à l'unité», p. 123, 128.

Un rapport doit cependant être établi dans les cas suivants :

- Selon l'alinéa 2 lit. a, lorsque le ministère public l'ordonne, quand bien même les conditions de l'alinéa 1 sont remplies :
- Selon l'alinéa 2 lit. b, lorsque des mesures de contrainte ou d'autres actes formels d'enquête ont été accomplis à l'égard du prévenu. On entend ainsi tenir compte des cas où des suspects ont été appréhendés par la police avant d'être finalement mis hors de cause, cette situation impliquant alors la nécessité de lancer des recherches contre un inconnu. Ces personnes appréhendées ont droit à ce que les soupçons dont ils ont été l'objet soient formellement levés.

Cela vaut également pour les personnes entendues par la police comme prévenues et dont les déclarations ont été consignées dans un procès-verbal, mais non pas pour les personnes interrogées de façon informelle sur les lieux de l'événement.

261.3 L'instruction par le ministère public

261.31 Généralités et ouverture de l'instruction (section 1, art. 338-341 AP)

Définition et but de l'instruction (art. 338 AP)

L'article 338 al.1 AP définit la notion et le but de l'instruction du ministère public. Il s'agit de la phase de la procédure préliminaire au cours de laquelle ce dernier, en se fondant sur les résultats des investigations policières et *en s'aidant des preuves recueillies, établit l'état de fait et de droit* sur la base duquel sera prise, au stade suivant de la procédure intermédiaire (art. 350 ss. AP), la décision sur les suites à donner à celle-ci.

Selon l'alinéa 2, lorsque la procédure débouche sur une ordonnance de renvoi, le dossier doit être suffisamment complet pour permettre au tribunal de rendre un jugement sur la culpabilité et sur la peine sans avoir besoin d'un complément de preuve¹⁷. Cette prescription traduit le fait que la procédure judiciaire proposée par l'avant-projet, fondée sur un principe d'immédiateté limitée¹⁸, suppose que le dossier transmis au tribunal permette de rendre une décision en l'état.

Les circonstances personnelles du prévenu doivent également être examinées de manière appropriée lorsqu'il y a lieu de s'attendre à un renvoi ou à une ordonnance pénale (al. 3). Le ministère public doit donc tenir compte également des éléments concernant la personnalité (informations biographiques, condamnations antérieures, réputation etc.). Ces investigations doivent rester proportionnelles à la gravité du cas et peuvent être limitées lorsqu'il apparaît que le cas sera réglé par une ordonnance pénale.

¹⁷ Voir dans cette direction art. 113 CPPF ; art. 148 al. 1 CPP UR ; art. 61 CPP SZ ; art. 29 CPP OW ; art. 100 NW ; art. 40 CPP GL ; art. 152 al. 2 CPP FR ; art. 95 CPP BS ; art. 119 al. 3 CPP BL ; art. 215 al. 1 CPP SH ; art. 146 CPP AR ; art. 81 CPP AI ; art. 172 CPP SG ; art. 74 al. 1 CPP TG ; art. 51 al. 2 CPP VS ; art. 101 CPP JU. Au sujet de cette nécessité Aeschlimann 1997 N 1322 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 76 N 4 ; Maurer 1999 353 s., Oberholzer 1994 223 s. ; Schmid 1997 N 783s., le même dans Donatsch/Schmid § 25 N 2.

¹⁸ Voir ch. 142 supra et ch. 263.23 infra.

Ouverture de l'instruction (art. 339 AP)

L'article 339 AP décrit les obligations du ministère public au moment où le dossier lui est transmis (par la police, éventuellement dénonciation des plaignants). Selon l'alinéa 1 le ministère public doit examiner immédiatement s'il existe une présomption suffisante¹⁹ de culpabilité pouvant justifier l'ouverture d'une instruction. Comme toute autorité, il examine ensuite si les conditions fixées par la procédure sont réunies (compétence, plainte, etc.) et s'il n'y a pas d'obstacle procédural (p.ex. prescription, etc.). S'il existe une présomption suffisante et qu'aucun obstacle ne le lui interdit, le ministère public prend la *décision d'ouvrir une instruction*. Cette décision interne sert à fixer les éléments du dossier ; elle mentionne la personne contre laquelle l'instruction a été ouverte et indique les infractions visées. Une instruction ne pouvant être ouverte qu'en présence de présomptions suffisantes, il n'est pas nécessaire de motiver la décision²⁰. D'autre part, les différents actes d'instruction accomplis (citations, etc.) suffisent à informer les prévenus, raison pour laquelle on peut s'abstenir de leur communiquer la décision d'ouverture de l'instruction. (al. 4)²¹.

Si, à réception des rapports d'enquête de la police ou des dénonciations, la présomption d'une infraction n'est pas suffisante, le ministère public dispose de trois possibilités :

- Il peut tout d'abord renvoyer à la police pour complément d'enquête ces rapports et ces dénonciations en application de l'alinéa 2; il devra cependant faire usage de ce moyen avec retenue.
- Il peut également procéder à des investigations préalables au sens de l'article 340 AP.
- S'il résulte du dossier que même un supplément d'information ne changerait rien au fait que les éléments constitutifs des infractions en cause ne sont pas réunis, qu'il existe des empêchements à la procédure ou que des motifs d'opportunité justifient une renonciation à la poursuite, une décision de refus d'entrer en matière doit être rendue en application de l'article 341 AP.

Conformément à l'alinéa 3, le ministère public doit toujours (même s'il renvoie le dossier à la police ou décide de procéder à des investigations préalables) ouvrir une instruction lorsque lui-même ou la police a pris des mesures de contraintes telles que arrestations provisoires, fouilles, perquisitions, examens, surveillances téléphoniques. Il y a lieu de procéder dans ce cas à l'ouverture de l'instruction car une conclusion doit être communiquée formellement aux parties. Une instruction doit également être immédiatement ouverte lorsque le ministère public a été informé dans le cadre d'une permanence au sens de l'article 335 al.1 AP (al. 5).

L'ouverture d'une instruction préliminaire ainsi que l'ouverture formelle d'une instruction au sens de l'alinéa 3 ne peut en principe pas être attaquée par un recours conformément à l'article 328 AP.

¹⁹ Voir au sujet de la présomption initiale justifiant l'ouverture de l'instruction Aeschlimann 1997 N 1290 ss. ; Maurer 1999 340 ss. ; Oberholzer 1994 412 s. ; Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 25 N 6 ; renvoi à Hans Walder in recht 8 (1990) 1 ss.

²⁰ A la différence de certains cantons, comme p.ex. art. 127 CPP BL ou art. 46 CPP VS, qui prévoient une décision motivée.

²¹ Egalement contre : voir «De 29 à l'unité», p. 132.

Investigations préalables (art. 340 AP)

L'investigation préalable est une institution introduite depuis peu de temps dans la procédure pénale suisse. Elle figure dans quelques rares lois²² et d'autres cantons l'ont développée dans le cadre jurisprudentiel²³. L'investigation préalable permet au ministère public, surtout dans le cadre d'infractions complexes ou dont les circonstances sont difficiles à établir, *de procéder à des investigations informelles avant l'ouverture de l'instruction lorsque la présomption de culpabilité ne ressort pas clairement* (al. 1). Cette démarche s'impose notamment en présence d'infractions « sans victime » - les lésés n'ayant pas porté plainte – qui relèvent de la criminalité économique, comme les délits d'initiés ou le blanchiment d'argent. Si une plainte a été déposée, l'investigation préalable selon l'article 340 AP ne peut avoir lieu puisque la procédure débouche à tout le moins sur une décision formelle de refus d'entrer en matière ou de suspension de procédure.

Afin de définir précisément les limites entre l'investigation préalable et l'instruction, l'alinéa 2 précise que le ministère public ne peut procéder *qu'à un interrogatoire informel*. Des renseignements écrits peuvent être requis et des personnes interrogées de manière informelle oralement ou par écrit (mais pas en qualité de personnes entendues aux fins de renseignement au sens des art. 186 à 189 AP).

Les moyens de contrainte ne sont pas autorisés. Du fait que personne n'est tenu de prendre part à ces investigations (al. 3), il s'agit de rendre les personnes interrogées attentives au fait qu'elles ne sont pas obligées de collaborer²⁴.

La nature même de cette procédure d'investigation préalable n'exige pas une conclusion formelle ; si le ministère public estime que, en dépit de ses investigations préalables, il n'existe pas de présomption suffisante, la procédure peut prendre fin sans formalité ni communication expresse aux personnes concernées (al. 5). Le ministère public est cependant libre de prendre une décision de refus d'entrer en matière (art. 341 AP) lorsque des personnes ont été interrogées ou dans les affaires ayant connu un certain retentissement. Si aucune procédure n'est ouverte, il n'existe aucun droit de recours (al. 5 2^{ème} phrase). Le droit de consulter le dossier se limite aux informations concernant l'intéressé²⁵. En revanche, si les investigations aboutissent à une présomption suffisante, une instruction sera ouverte conformément à l'article 339 al. 3 AP. Les pièces réunies à la faveur des investigations préalables seront jointes aux pièces de l'instruction (al. 4).

Décision de refus d'entrer en matière (art. 341 AP)

Comme le précise l'article 339 AP, le ministère public prend immédiatement une décision de refus d'entrer en matière à réception du dossier *lorsque les éléments constitutifs des infractions visées ou les conditions de forme à l'exercice de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis, qu'il existe des empêchements à procéder ou qu'il se justifie de renoncer à une poursuite pour des motifs d'opportunité*²⁶. La décision de refus d'entrer en

²² Voir art. 224 et 228 CPP BE; art. 45bis CPP VS (procédure d'enquête). Egalement Aeschliman 1997 N 1292 ss.; Maurer 1999 p. 341 s.

²³ Ainsi à Zurich; Hauser/Schweri 1999 § 74 N 1 ss.; Oberholzer 1994 p. 414; Schmid 1997 N 781; le même in Donatsch/Schmid § 25 N 14.

²⁴ Hauser/Schweri 1999 § 74 N 3; Schmid in Donatsch/Schmid § 25 N 14.

²⁵ Hauser/Schweri 1999 § 74 N 8; Schmid in Donatsch/Schmid § 25 N 14.

²⁶ Dans certains cantons, décision de refus d'entrer en matière, non-entrée en matière, cf. art. 59 CPP LU ; art. 28 CPP OW ; art. 80 CPP SO ; art. 46 ch. 3 CPP VS ; art. 97 CPP JU (classement).

matière se caractérise par le fait qu'elle survient sans actes d'instruction du ministère public ; si ce dernier a procédé à des actes d'instruction, il devra rendre une décision de non-lieu²⁷. Un refus d'entrer en matière motivé par l'absence d'éléments constitutifs n'est admis que dans les cas où il est évident qu'aucune infraction n'a été commise. Le refus d'entrer en matière n'est donc pas admis en cas de doute sur l'existence d'une infraction ou sur la possibilité de prouver qu'elle a été commise²⁸. La décision de refus d'entrer en matière est rendue conformément aux règles qui régissent la décision de non-lieu (art. 350-354 AP ; 350 al. 2 AP).

261.32 Conduite de l'instruction par le ministère public (section 2, art. 342-345)

Généralités (art. 342 AP)

L'article 342 AP énumère plusieurs principes à respecter dans la conduite de l'instruction par le ministère public. L'alinéa 1 précise tout d'abord que, sous réserve de l'alinéa 2 et de l'article 343 al. 1 AP, le *ministère public accomplit lui-même les actes d'instruction nécessaires, notamment l'administration des preuves, et que cette tâche ne peut être déléguée*. Ce faisant, il doit veiller à respecter le droit d'être entendu des parties conformément aux articles 158 et 159 AP.

Il existe dans certains cantons une pratique bien établie visant à décharger le procureur en confiant certains actes d'instruction à des auxiliaires tels que des commis des services d'instruction, des secrétaires, des stagiaires ou autres fonctionnaires du ministère public²⁹. Cela concerne avant tout des auditions de prévenus ou de témoins dans des cas simples devant aboutir à une ordonnance pénale. Il appartient comme précédemment à la Confédération et aux cantons de déterminer dans quelle mesure le ministère public peut confier des actes d'instruction à ses auxiliaires (al. 2). Il convient de rappeler cependant que les actes essentiels de la procédure d'instruction (requête de mise en détention au tribunal des mesures de contrainte, ordonnances pénales, mise en accusation) relèvent comme par le passé de la seule la compétence du procureur comme auparavant.

L'alinéa 3 vise les cas simples dans lesquels le prévenu a confirmé par des aveux le résultat des investigations de la police et que ses déclarations paraissent fiables. Dans un tel cas, le ministère public peut se contenter d'une instruction et d'une audition sommaire. Cette possibilité est prévue expressément dans certains cantons³⁰, acquise en pratique dans les autres.

L'alinéa 4 permet au ministère public d'étendre l'instruction à d'autres personnes et à d'autres faits. Il ouvre dans ce cas l'instruction par une décision au sens de l'article 339 al. 3 et 4 AP.

²⁷ Aeschlimann 1997 N 1301 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 2; Maurer 1999 343 ss.; Oberholzer 1994 414; Piquerez 2000 N 2963; Schmid 1997 N 785, 794; le même dans Donatsch/Schmid ° 38 N 4 ss; également «De 29 à l'unité», p. 132.

²⁸ Aeschlimann 1997 N 1302; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 2; Padrutt 1996 art. 82 N 3; Schmid in Donatsch/Schmid § 38 N 8.

²⁹ Voir art. 25 al. 2 CPP ZU; art. 63 CPP LU; art. 92 al. 1 CPP SO; art. 87 al. 8 CPP GR; art. 104 CPP JU.

³⁰ Voir art. 32a CPP ZH, à ce sujet Schmid/Donatsch § 32a N 1ss.; également à l'art. 63 CPP SZ ; art. 82 al. 2 CPP AI.

Mandats du ministère public à la police (art. 343 AP)

Le ministère public doit, selon l'article 342 AP, conduire lui-même l'instruction après son ouverture. Il a cependant la possibilité, *même après que l'instruction est ouverte, de charger la police d'investigations complémentaires*³¹. En effet, il faut tenir compte du fait que la police criminelle, avec ses spécialistes formés et équipés, est mieux à même de procéder à des investigations détaillées, notamment lorsqu'il s'agit de crimes ou délits en série. Cette solution présente toutefois le risque que l'instruction du ministère public se retrouve pratiquement vidée de sa substance et se transforme en une sorte d'investigation dans l'instruction, sans que les droits des parties ne soient garantis³². C'est pourquoi l'article 343 AP n'autorise ce type d'investigations que dans certaines limites :

Selon l'alinéa 2 et 3, les mandats généraux ne sont plus admissibles après l'ouverture de l'instruction³³. On entend éviter ainsi éviter une pratique que l'on a pu rencontrer et qui consiste à transmettre le dossier à la police accompagné du mandat général sommaire de procéder aux investigations nécessaires. Au contraire, selon l'avant-projet, seuls des mandats précis, en règle générale écrits, peuvent être transmis à la police. Le ministère public reste en réalité toujours maître de l'instruction.

*Les délégations de cet ordre ne doivent pas porter atteinte aux droits des parties (al. 4 et 5)*³⁴. Les droits de la défense (au sens de l'art.159 AP), notamment, ne doivent pas se retrouver réduits à néant, par exemple par le fait que l'audition du prévenu a été confiée à la police. L'alinéa 5 garantit *au défenseur le droit de participer aux interrogatoires de prévenus et de personnes entendues aux fins. de renseignement* interrogés par la police sur délégation du ministère public³⁵. La partie civile ne bénéficie pas de ce droit de participation ; le droit d'être entendu doit lui être garanti d'une autre manière. Cette règle stipule que les droits de la défense, accordés durant la procédure d'investigation policière en vertu de l'article 168 AP, doivent être garantis de la même manière lors des auditions effectuées par la police au cours de l'instruction. Il n'y a cependant pas lieu de craindre que la tâche de la police s'en trouve notablement compliquée, d'autant qu'il semble douteux que la défense tienne à assister à l'audition de quatre prévenus coupable d'une centaine de vols avec effraction. Toutefois, si les défenseurs commis d'office devaient faire un usage considérable de ce droit de participation, il faudrait s'attendre à une augmentation sensible des frais de l'Etat au titre de la défense d'office.

Administration des preuves en relation avec des conclusions civiles (art. 344 AP)

Le rôle essentiel de la procédure pénale consiste à mettre en œuvre la justice de l'Etat. Mais le droit de la procédure pénale, y compris l'avant-projet proposé ici, donnent aux lésés la

³¹ Voir par exemple art. 26 CPP ZH ; art. 237 s. CPP BE ; art. 147 al. 2 CPP UR ; art. 154 al. 2 CPP FR ; art. 3 al. 3 CPP BS ; art. 122 al. 2 CPP BL ; art. 169 ss. CPP VD ; art. 102 al. 2, 106 CPP JU.

³² Ainsi postulé par Riklin 1999 40/41. Au sujet de la distinction entre investigation et instruction : Aeschlimann 1997 N 1335 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 33 ss. ; Oberholzer 1994 50 ss. ; Piquerez 2000 N 2821 ss. ; Schmid 1997 N 780 ss. ; le même dans Donatsch/Schmid 1996 § 22 N 1 ss. Voir également « De 29 à l'unité », p. 134 au milieu.

³³ Egalement dans certains codes de procédure récents : art. 238 CPP BE ; art. 214 al. 4 CPP SH ; similaire art. 154 al. 2 CPP FR ; art. 212 al. 2 CPP JU . Postulé dans « De 29 à l'unité », p. 129 s. et par certains lors des auditions (voir Auditions p. 146).

³⁴ A ce sujet (à propos du canton de Zurich), voir Camenzind/Inkamp 1999 197 ss.

³⁵ Dans cette même direction : « De 29 à l'unité » p. 129 avec renvoi à Oberholzer 1994 52 et Schmid 1997 N ; voir également art. 154 al. 2^{ème} phrase CPP FR et à ce sujet Piller/Pochon 1998 art. 154.2 ss.

possibilité de se constituer partie civile et de faire valoir des conclusions civiles par adhésion (art. 129-132 AP). Lorsque de telles actions civiles sont pendantes, la question se pose de savoir dans quelle mesure le ministère public doit en tenir compte lors de l'administration des preuves, et surtout s'il est tenu de recevoir des preuves qui ne servent qu'à fonder les conclusions civiles.

L'article 344 al. 1 et 2 AP pose le principe que l'administration des preuves doit servir avant tout le pénal. En présence de conclusions civiles, le ministère public prend malgré tout en considération les preuves qui concernent celles-ci. Dans la mesure où les renseignements ainsi obtenus peuvent s'avérer utiles, il interrogera par exemple les témoins ou les personnes entendues aux fins de renseignement sur le dommage causé, la valeur des objets dérobés, etc. L'alinéa 2 oblige le ministère public à tenir compte « dans la mesure du possible » des offres de preuves de la partie civile qui serviront à étayer les conclusions civiles. Si l'administration de ces preuves implique des frais trop importants et risque de retarder la clôture de la procédure, le ministère public peut se dispenser de prendre en considération les preuves proposées. Il résulte également de l'alinéa 1 et 2 que le ministère public n'est pas tenu d'office de rechercher les preuves susceptibles de servir les conclusions civiles du lésé.

L'alinéa 3 donne au ministère public la possibilité d'exiger une *avance de frais*³⁶ lorsque l'administration des preuves s'avère coûteuse, par exemple lorsqu'une expertise est requise ou qu'il s'agit d'entendre des témoins à l'étranger, etc. On fera preuve d'une plus grande retenue à l'égard des victimes.

Suspension (art. 345 AP)

S'il constate que la procédure ne peut momentanément être poursuivie, par exemple parce qu'on ignore le lieu de résidence du prévenu, parce que ce dernier est gravement malade ou pour tout autre motif, le ministère public pourra suspendre la procédure. On trouve cette même notion de *suspension – qualifiée de « provisoire »* – dans certains codes de procédure cantonaux³⁷.

Les cas d'application mentionnés aux lettres a - c de l'alinéa 1 correspondent au droit actuel. L'alinéa 2 reprend une règle universelle qui veut que le ministère public administre immédiatement les preuves dont il est à craindre qu'elles ne se perdent.

261.33 Procédure en matière d'infractions poursuivies sur plainte en particulier ; réparation (section 3, art. 346-347a)

Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut³⁸, l'avant-projet renonce à une procédure d'accusation privée. Tous les délits poursuivis sur plainte, y compris les infractions contre l'honneur, doivent désormais être instruits par le ministère public et liquidés par ses soins de

³⁶ Voir le renvoi à l'art. 192 al. 3 AP pour les expertises.

³⁷ Voir art. 235, 242 CPP BE; art. 158 CPP UR; art. 97a CPP OW; art. 109 CPP NW; art. 86 CPP GL; art. 91 CPP SO; art. 110 CPP BS; art. 216 CPP SH; art. 154 CPP AR; art. 190 CPP SG; art. 13 al. 2 CPP TG; art. 140 CPP TG; art. 111 CPP NE; art. 103 al. 3, 239 CPP JU. Décrit comme suspension provisoire dans le rapport des experts « De 29 à l'unité » p. 30. D'une façon générale sur la suspension: Aeschlimann 1997 N 1332, 1393 s., 1410s.; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 12 ff.; Maurer 1999 359 ss.; Oberholzer 1994 417 s.; Piquerez 2000 N 2936 s., 2948. Dans quelques cantons comme celui de Zurich, cette forme de suspension n'est pas réglée dans la loi et résulte de la pratique; voir à ce sujet Schmid 1997 N 799; le même in Donatsch/Schmid § 38 N 21 ss.

³⁸ Plus haut chiffre 1.6.1.

la manière prévue à cet effet. L'avant-projet propose cependant certains rapprochements avec des formes procédurales issues de l'institution de l'accusation privée. Les articles 346 et 347 AP s'appliquent surtout en matière d'infractions poursuivies sur plainte. Dans le cas où des infractions poursuivies d'office doivent être instruites en même temps que des infractions poursuivies sur plainte, le ministère public est libre d'appliquer les art. 346 et 347 AP aux infractions poursuivies sur plainte.

Tentative de conciliation (art. 346 AP)

L'article 346 AP stipule que si la procédure préliminaire a pour objets exclusivement des délits poursuivis sur plainte et que les plaignants sont des personnes privées, le ministère public cite les parties à une audience, dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable. Il peut naturellement procéder à cette tentative de conciliation même dans les cas où des infractions poursuivies sur plainte sont instruites en même temps que des infractions poursuivies d'office. Cette tentative (obligatoire) de médiation s'inspire de la tentative de conciliation déjà connue dans les codes de procédure tant civile que pénale de nombreux cantons³⁹, notamment dans le domaine des infractions contre l'honneur ; de fait, cette conciliation obligatoire conduit à un nombre d'arrangements non négligeables, déchargeant ainsi la justice dans une mesure appréciable⁴⁰.

Cette tentative de conciliation traduit la tendance actuelle, observée dans de nombreux domaines du droit, consistant à vouloir régler les conflits non plus par des interventions étatiques et des procédures judiciaires mais en recherchant une médiation. Nous reviendrons, à propos de l'article 347a AP, sur cette solution moderne de règlement des conflits.

Les parties sont encouragées à tenter la conciliation par une réglementation incitative en matière de frais et dépens (art. 496 al. 5 et 6 AP) qui favorise les solutions amiables. La convocation en audience de conciliation, qui peut être combinée avec le mandat de comparution aux premières auditions, comporte l'avertissement au plaignant que s'il fait défaut sans excuse, la plainte sera considérée comme retirée (al. 2). Cette règle constitue un cas particulier du retrait de plainte au sens de l'article 31 CP / nouv.art. 33 CP.

Garanties (art. 347)

L'article 347 AP prévoit qu'en cas d'échec de la tentative de conciliation le ministère public peut exiger de la partie civile que celle-ci verse des avances pour les frais et les indemnités. De telles garanties peuvent être exigées au début de l'instruction ou plus tard dans la procédure ; si elles se révèlent insuffisantes, elles peuvent également être augmentées (voir al. 1 et 2). Une avances de frais peu également être exigée lorsque le prévenu présente des réquisitions de preuve (al. 5).

On ne pourra exiger un dépôt de garantie qu'à certaines conditions. En premier lieu, on ne l'admettra que si la poursuite d'une infraction sur plainte occasionne des frais particuliers, ce qui n'est pas le cas lorsque, en plus du vol, on poursuit le dommage connexe à la propriété ou la violation de domicile. Des garanties ne sauraient être exigées de personnes qui satisfont aux conditions d'obtention de l'assistance judiciaire gratuite (al. 3). Ces prescriptions reprennent les règles déjà mises en œuvre par le droit de procédure suisse dans le domaine des infractions

³⁹ Voir la *conciliation* de l'art. 146 ss. CPP VD ; à ce sujet Bovay/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire des art. 146 ss.

⁴⁰ Voir Vogel 1999 § 54 N 1ss. Prévu à l'art. 149 CPP FR.

contre l'honneur⁴¹. Ajoutons encore qu'il conviendra de faire preuve de beaucoup de retenue lorsqu'il s'agira de demander une avance de frais à des victimes ou à des prévenus ; lorsqu'on a affaire à de telles personnes, les avances de frais ne se justifient que si la démarche visée est purement procédurière.

Si la garantie de la partie civile n'est pas déposée, la plainte est considérée comme retirée et le ministère public ou le tribunal classe définitivement la procédure (al. 4).

Procédure en cas de réparation (art. 347a AP)

L'article 53 de la nouvelle partie générale du CP offrira la possibilité d'une exemption de peine lorsque l'auteur de l'infraction dédommage le lésé ou entreprend tout ce qui est en son pouvoir pour réparer le tort causé. Il faut également que les conditions d'un sursis à l'exécution de la peine (art. 41 CP / nouv. art. 42 CP) soient remplies et que l'intérêt public à cette exécution soit faible⁴². La question de la réparation ne doit pas être abandonnée à l'initiative des parties. L'Etat a en effet le devoir d'y collaborer activement. C'est pourquoi l'alinéa 1 prévoit que le ministère public s'y emploie, en application par analogie des articles 346 et suivant AP, lorsqu'il est en présence d'une infraction pour laquelle une exemption de peine pour réparation entre en ligne de compte. Le ministère se voit donc confier une nouvelle mission, connue sous le nom de médiation dans divers domaines de la vie quotidienne ou juridique, comme par exemple en droit du divorce. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que la médiation joue désormais un rôle important dans le règlement des conflits, même en droit pénal. Depuis quelque temps, de efforts sont entrepris – et ont déjà abouti en partie –, par exemple dans les cantons de Zurich, Bâle Ville, Vaud et Genève, pour mettre en place une mission de médiation, notamment dans le domaine du droit pénal des mineurs. Dans le cadre de l'élaboration d'un nouveau droit pénal des mineurs, on élabore concrètement une base légale de droit fédéral destinée à asseoir cette institution. L'article 20 al. 1 lit. c de la nouvelle loi sur le droit pénal des mineurs, qui consacre une possibilité d'exemption de peine en cas de réparation par le mineur, prévoit également une médiation⁴³. Cette même possibilité d'exempter de peine l'auteur qui a réparé le tort causé, qui existera aussi dans le nouvel article 53 CP, donnera une certaine importance à cette médiation dans le droit pénal des adultes.

L'alinéa 2 AP permet au ministère public de charger une personne qualifiée et neutre de conduire des entretiens de conciliation avec les parties en vue d'une réparation. Il existe d'ailleurs déjà des médiateurs formés. Le mandat délivré à ces personnes est régi par les règles relatives aux experts (art. 190 ss. AP). Cela se justifie notamment eu égard au devoir de discrétion (art. 193 al. 1 lit. d) auquel les médiateurs sont aussi soumis.

Les alinéas 3 et 4 règlent les conséquences procédurales d'une telle négociation : le ministère public peut, en application de l'article 345 AP, suspendre la procédure pendant la négociation et les pourparlers de réparation. Si les parties parviennent à un accord qui remplit les conditions de la réparation au sens de l'article 53 CP, la procédure sera close par une ordonnance de non-lieu conformément à l'article 351 lit. e ch. 1 AP. Les parties bénéficient alors de la mesure incitative en matière de frais et dépens prévue à l'article 496 al. 4 AP ; les

⁴¹ Sur l'exigence de garanties en général art. 291, 297 CPP ZU ; art. 146 CPP LU ; art. 105h al. 1 CPP BS ; art. 211 CPP BL ; art. 82 CPP SO ; art. 189 CPP AR ; art. 118 al. 3 CPP AI ; art. 313, 315 CPP SG ; art. 167 CPP GR ; art. 191 CPP AG ; Hauser/Schweri 1999 § 88 N 19 s. ; Oberholzer 1994 484 ; Piquerez 2000 N 3187 ; Schmid 1997 876.

⁴² Cf. Message sur la partie générale du CP p. 87 s.

⁴³ Ainsi décidé par le Conseil des Etats en première consultation 28.11.2000.

frais engendrés par la procédure de médiation peuvent aussi être pris en charge par l'Etat. Ce non-lieu intervient également lorsque les parties ou le prévenu parviennent d'eux-mêmes, sans le concours du ministère public ni d'un médiateur, à trouver un accord qui remplisse les conditions de l'exemption de peine pour réparation.

261.34 Clôture de l'instruction (section 4, art. 348-349 AP)

Interrogatoire de clôture (art. 348 AP)

Dans les procédures d'une envergure et d'une complexité particulière, le ministère public résume à l'intention du prévenu, lors d'un interrogatoire de clôture, les charges retenues contre lui et l'invite à se déterminer sur celles-ci. Plusieurs codes de procédure pénale cantonaux le prévoient également⁴⁴. L'interrogatoire de clôture sert d'une part à récapituler les charges retenues contre le prévenu et la position adoptée par ce dernier. Les personnes qui liront le dossier par la suite doivent pouvoir, grâce à cette récapitulation, se faire d'emblée une idée claire de l'état de la procédure et de la position du prévenu. Il permet également au ministère public de vérifier que les charges retenues sont suffisamment explicitées.

Clôture de l'instruction (art. 349)

Dans certains cantons, l'instruction est close de façon informelle, c'est-à-dire que l'autorité compétente rend sans formalités ni notifications particulières les ordonnances de non-lieu, les ordonnances pénales et les ordonnances de mise en accusation⁴⁵. D'autres systèmes prévoient que la clôture de l'instruction est notifiée aux parties par une ordonnance ad hoc. Celles-ci ont alors la possibilité de présenter une requête en complément de preuves⁴⁶. L'avant-projet prévoit une ordonnance de clôture de l'instruction (al. 1 et 2)⁴⁷; l'autorité compétente peut y renoncer dans les cas simples. Le ministère public adresse aux parties dont le domicile est connu une ordonnance de clôture dans laquelle il indique (ce qui ne préjuge en rien de la décision finale) s'il envisage de rendre une ordonnance de renvoi ou de non-lieu. Lorsque les parties sont présentes, il peut aussi les informer verbalement de la prochaine clôture de l'instruction, par exemple lors de l'interrogatoire de clôture de prévu à l'article 348 AP.

Le ministère public peut donner suite aux requêtes en complément de preuve ou ne pas entrer en matière sur celles-ci. Aucun recours n'est ouvert contre cette décision, ni d'ailleurs contre l'ordonnance de clôture : en effet, ces requêtes pourront être à nouveau présentées au tribunal de jugement (art. 346 al. 4 et 371 al. 2 AP ; voir également les al. 4-6). Par ailleurs, à ce stade, les recours risqueraient de provoquer des retards imprévisibles dans la procédure.

⁴⁴ Voir art. 160 CPP ZH; art. 123 CPP LU; art. 158 CPP FR; art. 217 CPP SH; art. 178 CPP SG; art. 133 CPP AG; art. 88 al. 4 CPP TG ; de même art. 23 al. 2 CPP SZ ; art. 31 CPP ZG ; Schmid 1997 N 789. Dans « De 29 à l'unité » p. 136, manifestement proposée comme institution facultative.

⁴⁵ Ainsi à ZH, cf. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 35 N 5 ; cf. Art. 155 CPP UR; art. 110 CPP NW; art. 87 CPP GL; art. 111 CPP BS ; art. 152, 158 al. 1 CPP AR ; art. 133 CPP TG.

⁴⁶ Voir art. 249 CPP BE; art. 124 CPP LU; art. 67 ss. CPP SZ; art. 92 CPP OW; art. 32 ss. CPP ZG; art. 159 CPP FR; art. 97 al. 4 CPP SO; art. 130 CPP BL; art. 88 CPP AI; art. 179 CPP SG; art. 97 CPP GR; art. 134 CPP AG; art. 196 s. CPP TI; art. 111 CPP VS; art. 175 CPP NE; art. 215 CPP JU; cf. art. 119 CPPF.

⁴⁷ Ainsi recommandé par les experts dans le rapport «De 29 à l'unité» p. 136.

262 La procédure intermédiaire (titre 7)

La procédure intermédiaire traitée dans ce septième titre ne constitue que rarement une étape distincte dans les codes de procédure suisses en vigueur¹. En revanche, dans la littérature relative à la procédure pénale², cette dénomination s'est largement répandue pour désigner le stade de la procédure pénale situé entre la procédure préliminaire (sixième titre du présent avant-projet) et les débats de première instance (huitième titre de l'avant-projet), au cours duquel on décide, sur la base des résultats de la procédure préliminaire, si et de quelle manière il convient de poursuivre la procédure pénale. Concrètement, il s'agit pour l'autorité compétente en la matière de décider si la procédure doit être abandonnée ou si elle doit se poursuivre par une ordonnance pénale ou une mise en accusation.

Les pouvoirs de décision dans cette procédure intermédiaire, et d'abord celui de prononcer le non-lieu ou la mise en accusation, *sont entre les mains du ministère public*. A l'exception des possibilités de recours ouvertes contre l'ordonnance de non-lieu (art. 355 AP) et de l'examen de l'accusation par le tribunal saisi (art. 362 AP), aucune autre autorité n'est compétente pour prononcer le non-lieu ou la mise en accusation. Cette disposition a été décrite parfois comme le « *système suisse* »³, et se retrouve sous diverses formes dans de nombreux codes de procédure pénale en Suisse⁴. Ce système a fait ses preuves, et c'est la raison pour laquelle il est le fondement de l'avant-projet. En cela, ce texte se distingue clairement des lois de procédure qui, sur le modèle français, ne permettent pas au ministère public de soumettre à une chambre d'accusation autre chose qu'une requête de mise en accusation⁵. L'avant-projet se différencie également du système anglo-saxon que l'on rencontre parfois et qui prévoit une procédure de renvoi de l'accusation devant une chambre d'accusation⁶. De même, il diffère des lois de procédure qui permettent, sur le modèle autrichien, de présenter contre l'accusation une opposition ou un recours sur lesquels statue une autorité de renvoi ou une chambre d'accusation⁷. En concentrant les pouvoirs sur le ministère public, le modèle de ministère public choisi dans cet avant-projet⁸ vise d'une part à simplifier le déroulement de la procédure et des étapes précédentes, d'autre part à améliorer l'efficacité des autorités pénales.

¹ Voir notamment art. 155 ss. CPP UR; art. 160 ss. CPP FR; art. CPP 152 ss. AR; art. 189 ss. CPP SG. Dans de nombreux codes de procédure, la question est réglée sous un (sous-)titre séparé, p.ex. « Clôture de l'instruction, fin de la procédure préliminaire » : art. 123 ss. CPP LU; art. 97 ss. CPP SO; art. 91 ss. CPP OW; art. 109 ss. CPP BS; art. 130 CPP BL; art. 225 ss. CPP SH; art. 97 ss. CPP GR; art. 136 ss. CPP AG; art. 133 ss. CPP TG.

² Voir Aeschlimann 1997 N 1395 ss. ; Clerc 1975 N 54 ; Hauser/Schweri 1999 § 77 N 1 ss. ; Maurer 1999 373 (pour Berne « une sorte de procédure intermédiaire ») ; Oberholzer 1994 414 ss. ; Piquerez 2000 N 2933 ss. ; Schmid 1997 N 791 ss. Voir également « De 29 à l'unité », p. 136, étant précisé que le rapport n'utilise cependant pas le terme de procédure intermédiaire.

³ Également Hauser/Schweri 1999 § 79 N 12.

⁴ Mise en accusation et non-lieu par les autorités d'instruction sans l'intervention d'une autre instance : art. 35 ss. CPP ZH; art. 125 s. et 130 CPP LU; art. 93 et 105 CPP OW; art. 111 et 114 CPP NW; art. 160 ss. CPP FR; art. 109 et 11 CPP BS; art. 136 et 143 CPP BL; art. 226 et 231 CPP SH; art. 153 et 158 CPP AR; art. 84 s. et 88 CPP AI ; art. 137 et 145 CPP AG; art. 137 et 142 CPP TG.

⁵ Voir art. 89 et 100 ss. CPP GL; art. 102 s. CPP SO; art. 283 et 290 CPP VD; art. 179 ss. CPP NE; art. 201 ss. CPP GE. Voir également Clerc 1975 N 54 p. 71 ; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 9 ; Piquerez 2000 N 2939.

⁶ Pour la Confédération : art. 128 ss. PPF. Art. 165 ss. CPP ZH. Hauser/Schweri 1999 § 79 N 10.

⁷ Voir art. 166 CPP FR ; art. 201 alinéa. CPP TI. Hauser/Schweri 1999 § 79 N 11. Voir également l'art. 170 CPP ZH qui admet un recours en cas de non compétence.

⁸ Voir à ce sujet le ch. 133 supra.

262.1 Le non-lieu (chapitre 1; art. 350-356 AP)**262.11 Généralités (section 1, art. 350-354 AP)***Définition et champ d'application (art. 350 AP)*

En vertu de l'article 350 al. 1 AP, le non-lieu au sens de l'avant-projet doit être compris comme le non-lieu définitif, c'est-à-dire *l'acte de procédure mettant un terme définitif à la procédure pénale*. Cette décision est parfois appelée ordonnance de classement dans le droit en vigueur⁹. Comme nous l'avons précisé dans les remarques préliminaires ci-dessus, la compétence de le prononcer est entre les mains du ministère public, et non pas celles d'une instance judiciaire telle que l'autorité de renvoi ou la chambre d'accusation, comme c'est déjà le cas dans de nombreux codes de procédure pénale en Suisse¹⁰. Le contrepoids à cette compétence très large du ministère public en matière de non-lieu est le recours au sens de l'article 355 AP.

L'alinéa 2 renvoie aux formes similaires que sont le *classement* (art. 341 AP) et la *suspension* (art. 345 AP), qui remplissent des fonctions semblables et dont la procédure est en principe comparable à celle du non-lieu.

Motifs de non-lieu (art. 351 AP)

L'art 351 AP énumère les principaux motifs de non-lieu. Cette liste correspond à celles que l'on trouve dans les codes de procédure pénale en vigueur actuellement, du moins dans la mesure où ces motifs de non-lieu y sont réglés de façon détaillée¹¹, ou dans la doctrine¹². D'une manière générale, il s'agit de motifs qui devraient mener avec certitude, ou du moins avec une forte probabilité, à un acquittement devant le tribunal ou à une autre issue aux conséquences similaires. *Cette liste n'est pas exhaustive*. Si d'autres motifs propres à rendre un procès sans objet devaient se faire jour ultérieurement (p.ex. en raison de l'évolution du droit), ils devraient également impliquer un non-lieu.

En ce qui concerne les modalités de détail, nous pourrions nous contenter de donner quelques indications concernant les lettres b et e :

Le motif de non-lieu indiqué à la lettre b n'entre en ligne de compte que *lorsque l'enquête n'a pas pu établir de présomption de culpabilité permettant d'envisager un jugement*. Si les preuves se révèlent contradictoires, le ministère public n'est pas appelé à se prononcer sur la probabilité d'un procès. Surtout, il ne doit pas appliquer le principe *in dubio pro reo* (art. 11 al. 3 AP), mais au contraire le principe *in dubio pro duriore*. Ce type de cas doit être soumis au tribunal compétent avec un acte d'accusation¹³.

⁹ Voir par exemple art. 253 ss. CPP BE; art. 182 CPP SG ; voir également Hauser/Schweri 1999 § 78 N 3 ss. Non-lieu définitif : voir « De 29 à l'unité », p. 137.

¹⁰ Voir notamment art. 37 ss. CPP ZH ; art. 250 CPP BE (décision commune du juge d'instruction et du ministère public) ; art. 157 CPP UR ; art. 136 CPP BL ; art. 137 CPP AG ; art. 218 CPP JU. Prévoient la décision d'une autre autorité, notamment : art. 89 CPP GL ; art. 103 CPP SO ; art. 204 CPP GE. Sur le non-lieu, voir Aeschlimann 1997 N 1395 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 153 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 18 ss. ; Maurer 1999 373 ss. ; Oberholzer 1994 415 ss. ; Padrutt 1996 Art. 82 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 2943 ss., 1968 ; Schmid 1997 N 794 ss.

¹¹ Tel n'est pas le cas notamment dans les textes suivants : art. 38 ss. CPP ZH ; art. 136 al. 1 CPP AG ; art. 137 al. 1 CPP TG ; art. 112 ch. 1 lit. a et 113 ch. 1 lit. c CPP VS ; art. 117 al. 1 CPP NE ; art. 218 al. 1 CPP JU. Mais on trouve des listes analogues par exemple aux art. 157 CPP UR ; art. 86 CPP GL ; art. 161 f CPP FR ; art. 128 et 136 CPP BL ; art. 225 CPP SH ; art. 153 CPP AR ; art. 82 al. 1 CPP GR ; art. 260 CPP VD.

¹² Voir Aeschlimann 1997 N 1402 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 4 ss. ; Maurer 1999 375 s. ; Oberholzer 1994 416 ss. ; Piquerez 2000 N 2947 ss. ; Schmid 1997 N 796 ss.

¹³ Voir Aeschlimann 1997 N 1406 ; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 9, § 79 N 2 ; Maurer 1999 375 ; Oberholzer 1994 422/423. ; Piquerez 2000 N 2969 ; Schmid 1997 N 797.

La lettre e permet au ministère public de classer des affaires dans lesquelles le *prévenu*, en vertu des dispositions du droit pénal matériel ou du droit procédural, peut être libéré de toute sanction de quelque manière que ce soit et en recourant à diverses formulations juridiques. Un non-lieu est donc possible par exemple dans les cas suivants : actes commis par des étrangers ou à l'étranger, par exemple conformément à l'article 3 chiffre 2 CP / nouvel article 3 alinéa 3 CP (...ne pourra plus être puni en Suisse...), tentative au sens du nouvel article 22 alinéa 2 CP (...*n'est pas punissable* ...), motifs d'exemption de peine au sens de l'article 66bis CP / nouvel article 53-54 CP (...renoncera à le poursuivre...), et dans différents cas figurant dans la partie spéciale du code pénal (le plus souvent présentés comme une renonciation ou une exemption de toute peines, p.ex. art. 21 al. 2, art. 171 al. 2, art. 192 al. 2, art. 193 al. 2, art. 305 al. 3 CP; art. 100 ch. 1 phrase 2 LCR) et lorsque le juge applique le principe de l'opportunité au sens de l'article 8 AP.

Contenu de l'ordonnance de non-lieu (art. 352 AP)

Il n'est pas nécessaire d'examiner ici en détails le contenu des décisions de non-lieu *qui doivent être motivées*, étant donné que celui-ci est défini dans le cadre de la disposition générale de l'article 92 AP (al. 1).

L'alinéa 2 *oblige le ministère public à lever les éventuelles mesures de contrainte infligées ou encore en vigueur* (p.ex. réquisition) au plus tard au moment du non-lieu.

En vertu de l'alinéa 3, le ministère public peut, dans le cadre du *non-lieu*, *ordonner la confiscation d'objets et de valeurs au sens des articles 58-60 CP / nouv. art. 69-72 CP avec allocation au lésé*¹⁴. Dans ce type de cas, il n'est pas nécessaire de suivre une procédure de confiscation indépendante au sens des articles 408-411 AP. Etant donné que les personnes concernées par ces mesures ont la possibilité de recourir, l'exigence légale selon laquelle un juge doit prononcer la confiscation est respectée¹⁵.

Si une procédure pénale est classée, *toute action civile engagée par adhésion à des fins d'indemnisation est également éteinte*. L'alinéa 4 explique clairement qu'une fois la décision de non-lieu entrée en force, la partie plaignante peut encore faire valoir ses prétentions civiles sur le plan civil, même si, conformément aux articles 129 et suivants AP, il y a déjà litispendance de l'action civile dans le cadre la procédure pénale.

Communication de l'ordonnance de non-lieu (art. 353 AP)

L'ordonnance de non-lieu doit être communiquée aux parties, c'est-à-dire *au prévenu et à la partie plaignante* (al. 1 lit. a). En outre, peut réclamer la notification d'une décision *toute partie au procès qui est également concernée*, c'est-à-dire toute personne touchée par une confiscation de ses biens ou qui, conformément aux articles 496 et 502 ou 503 AP, se voit imputer des frais ou est tenue de fournir des dédommagements (al.1 lit. b). L'ordonnance de non-lieu, selon la disposition générale de l'article 96 al. 6 AP, doit être également *communiquée aux autorités* qui, conformément au droit fédéral ou aux droits cantonaux, peuvent exiger la publication des décisions, c'est-à-dire, notamment, le ministère public de la Confédération au sens de l'article 33 al. 4 AP.

¹⁴ Certains cantons prévoient déjà cette possibilité : art. 106 al. 2 CPP ZH; art. 254 CPP BE; art. 157 al. 3 CPP UR; art. 137 al. 2 CPP AG; art. 261 CPP VD; voir également une solution analogue : art. CPP OW.

¹⁵ Avec d'autres références Hauser/Schweri 1999 § 93 N 3.

L'alinéa 2 prévoit que le ministère public, à certaines *conditions*, *peut renoncer à notifier le non-lieu*¹⁶. Cette prescription est facultative sauf dans les cas où le destinataire potentiel peut être considéré comme ayant un intérêt à prendre connaissance de l'ordonnance de non-lieu, auquel cas une notification doit être faite. Si un prévenu n'est concerné à aucun moment de la procédure préliminaire, c'est-à-dire s'il n'est pas convoqué pour être interrogé, etc., il peut tout de même avoir un intérêt à ce que la décision lui soit communiquée, par exemple si les médias ont fait état d'une procédure ouverte contre lui. Il faut ajouter que d'après la disposition générale de l'article 98 al. 2-4 AP, on pourra également renoncer à une notification lorsqu'une personne n'a pas indiqué d'adresse de notification et n'a pas de domicile connu. Ce type de décisions n'est pas publié (art. 101 al. 2 AP).

Approbation des ordonnances de non-lieu (art. 354)

Dans certains cantons, il est d'usage que les ordonnances de non-lieu soient soumises à l'approbation d'une instance supérieure à l'autorité d'instruction, par exemple le ministère public¹⁷. Ce règlement vise à exercer une surveillance sur l'autorité d'instruction, et à éviter les décisions de non-lieu inutiles.

L'avant-projet *laisse à la Confédération et aux cantons le choix d'introduire ou non une telle obligation d'approbation*. Selon l'article 355 al. 2, un droit de recours contre les ordonnances de non-lieu peut être institué à la place du pouvoir d'approbation.

262.12 Moyens de recours et révision (section 2, art. 355-356 AP)

Moyens de recours (art. 355 AP)

L'article 355 al. 1 AP stipule qu'un recours peut être adressé à l'autorité de recours *contre des ordonnances de non-lieu, y compris contre un refus d'entrer en matière ou une ordonnance de suspension*. Ce principe est déjà prévu par l'article 464 AP. Au cas où les cantons prévoient, conformément à l'article 354 AP, que l'ordonnance de non-lieu doit être approuvée par le procureur général, le recours est adressé contre le non-lieu et non pas contre l'approbation du ministère public.

L'alinéa 2 laisse aux cantons le choix d'*instaurer un droit de recours* en faveur du procureur général au lieu (et non pas en sus) du pouvoir d'approbation, faculté qui permet à l'autorité supérieure d'exercer son devoir de surveillance et surtout d'appliquer le principe de légalité (art. 7 al. 1 AP).

L'alinéa 3 consacre le principe selon lequel les décisions de classement et les ordonnances de non-lieu qui n'ont pas été attaquées, ou qui l'ont été sans succès, *entrent en force formellement et matériellement de la même façon qu'un acquittement*. En revanche, pour ce qui est des décisions de suspension, il n'y a aucune entrée en force matérielle¹⁸ puisqu'elles ne contiennent pas de jugement au fond. Etant donné que la décision de classement et l'ordonnance de non-lieu n'émanent pas d'un tribunal et qu'elles sont souvent basées sur un dossier peu étoffé, on ne parle que d'une *entrée en force matérielle limitée*¹⁹ qui se traduit principalement par un accès plus facile à la révision qu'en cas d'acquiescement (art. 356 AP).

¹⁶ En ce qui concerne la communication restreinte des ordonnances de non-lieu selon le droit en vigueur, voir notamment art. 40 CPP ZH; art. 164 al. 2 CPP FR; art. 227 al. 2 CPP SH, et Schmid 1997 N 803.

¹⁷ Par exemple art. 39 2^{ème} phrase CPP ZH; art. 95a CPP OW; art. 111 al. 2 CPP NW; art. 226 al. 2 CPP SH; art. 155 CPP AR; art. 82 al. 2 CPP GR; art. 137 al. 3 CPP TG.

¹⁸ Voir « De 29 à l'unité », p. 136.

¹⁹ A ce sujet et sur ce qui suit, voir Hauser/Schweri 1999 § 78 N 24 s. ; Maurer 1999 378 ss. ; Piquerez 2000 N 2982 ss. ; Schmid 1997 N 809 s. ; idem pour Donatsch/Schmid 1996 § 45 N 1.

Reprise en mains et révision (art. 356 AP)

L'article 356 AP traite tout d'abord, aux alinéas 1 et 2, de la *reprise en mains après une suspension en relation avec l'article 345 AP*, démarche parfois appelée réouverture de la procédure²⁰. Si une procédure préliminaire a été suspendue, par exemple parce que le prévenu n'a pas de domicile connu ou qu'il n'a pas été capable de prendre part aux débats pendant longtemps, et que ces motifs se sont avérés sans fondement, le ministère public reprend sans autre l'instruction (al. 1)²¹. Aucun *moyen de recours* n'est prévu dans ce cas par l'avant-projet, d'autant plus qu'un intérêt légitime à la protection du droit fait presque toujours défaut dans une situation de ce genre (al. 2).

La situation est différente lorsqu'un *classement ou un non-lieu* a été décidé. Ici, l'entrée en force matérielle limitée décrite dans le cadre de l'article 355 entre en ligne de compte. Les procédures classées ne peuvent être réouvertes que s'il *apparaît de nouveaux moyens de preuve ou des faits nouveaux*²². Dans ce cas, il y a *révision* (parfois nommée réouverture de la procédure). Les nouveaux moyens de preuves ou les faits nouveaux peuvent porter soit sur l'existence même de l'infraction, soit sur les présomptions qui viennent conforter l'hypothèse de la culpabilité du prévenu.

Les avis divergent lorsqu'il s'agit de déterminer quels moyens de preuves ou quels faits sont nouveaux. Certains estiment qu'il faut considérer la notion de nouveauté de la même façon que pour la révision, c'est-à-dire très largement. Cela revient, par exemple, à considérer comme nouveaux des moyens de preuve qui ont certes été cités au cours de la procédure classée, voire administrés, mais qui n'ont pas été entièrement exploités. Pour d'autres, seuls les preuves et les faits dont le ministère public n'aurait pas pu avoir connaissance lors de la première procédure, même en y apportant le soin nécessaire, doivent être considérés comme nouveaux²³. Cette dernière interprétation est trop stricte car, étant donné la grande quantité de procédures pénales à traiter, les autorités d'instruction peuvent avoir une propension naturelle à ordonner le non-lieu, et parce qu'il convient d'éviter de soumettre à de trop grandes exigences l'obligation de diligence.

Le parti adopté dans l'avant-projet constitue un compromis. L'élément décisif est de savoir si les moyens de preuve et les faits étaient connus ou inconnus à l'époque de la première procédure, en d'autres termes *s'il existait déjà dans le dossier des indications s'y référant*. Si le constat d'accident indique que X.Y. a assisté à l'accident, et que X.Y. n'est pas appelé à témoigner, il ne sera pas possible de justifier une révision en alléguant qu'il est apparu ultérieurement que la personne détenait des informations essentielles sur le déroulement de l'accident.

On peut imaginer que le ministère public ou l'une des parties (notamment la partie plaignante) puisse avoir eu connaissance d'un moyen de preuve ou d'un fait important lors de la première procédure, mais que pour une raison ou une autre ils ne l'aient pas versé au dossier. Dans ce cas,

²⁰ Voir notamment art. 256 CPP BE.

²¹ Avec d'autres références, voir Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 45 N 8 ; voir aussi « De 29 à l'unité », p. 136.

²² Solution identique ou analogue dans de nombreux codes : art. 123 PPF ; art. 45 CPP ZH ; art. 256 al. 1 CPP BE ; art. 141 CPP LU ; art. 160 al. 1 CPP UR ; art. 72 CPP SZ ; art. 97 CPP OW ; art. 99 al. 2 CPP SO ; art. 109 al. 4 CPP BS ; art. 157 CPP AR ; art. 87 CPP AI ; art. 82 al. 4 CPP GR ; art. 142 CPP AG ; art. 139 CPP TG ; art. 221 CPP TI ; art. 309 CPP VD (voir aussi Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 309 N 1 ss.) ; art. 115 CPP VS ; art. 177 al. 4 CPP NE ; art. 206 al. 2 CPP GE ; art. 238 CPP JU ; voir aussi Maurer 1999 378 ss. ; Piquerez 2000 N 2987 ss.

²³ Pour une récapitulation de ces différentes opinions et d'autres références, voir Schmid in Donatsch/Schmid 1996 § 45 N 16 ss.

le principe de la bonne foi ou celui de l'interdiction de l'abus de droit devraient en général faire obstacle à une révision au détriment du prévenu²⁴.

262.2 La mise en accusation (chapitre 2; art. 357-360 AP)

Généralités (art. 357 AP)

Le principe d'immutabilité (art. 10 AP) exige qu'une procédure ne se terminant ni par un non-lieu ni par une ordonnance pénale soit suivie d'une mise en accusation auprès du tribunal compétent. La mise en accusation, parfois appelée *décision de renvoi*²⁵, doit intervenir lorsque la procédure préliminaire a mis en évidence suffisamment de présomptions de culpabilité susceptibles, aux yeux du ministère public, d'aboutir à une condamnation²⁶.

Contenu de l'acte d'accusation (art. 358 AP)

L'accusation se fait par écrit, sous la forme d'un *acte d'accusation*.

L'alinéa 1 énumère certains points de forme qui doivent être observés lors de l'établissement de l'acte d'accusation et qui visent avant tout à donner des *informations claires sur les parties et sur les autorités pénales concernées*²⁷. Afin de ne pas alourdir l'acte d'accusation, notamment dans les affaires où prévenus et plaignants sont nombreux, l'article 358 AP, en relation avec l'article 359 AP, laisse à la Confédération et aux cantons quelques libertés rédactionnelles en leur permettant de mentionner certaines informations, par exemple sur la partie plaignante et ses conclusions civiles, dans des dossiers séparés remis en annexe.

L'alinéa 2 lettre a mentionne ensuite *l'élément essentiel de l'acte d'accusation*, c'est-à-dire les *délits reprochés au prévenu*. Jusqu'à présent, le contenu des actes d'accusation ou des décisions de renvoi n'était pas réglé de façon uniforme, tant s'en faut. Certains codes de procédure considèrent l'acte d'accusation comme un rapport final relativement complet, qui ne concerne pas seulement les faits reprochés au prévenu, mais résume également les résultats de l'instruction, expose les motifs qui justifieraient un verdict de culpabilité et propose les sanctions jugées adéquates²⁸. En revanche, d'autres codes suisses prévoient un acte d'accusation concis, qui se contente d'énoncer les faits reprochés au prévenu, ne contient aucune indication relative à la procédure préliminaire ni à l'administration des preuves et ne s'attache pas à établir la culpabilité ni à proposer une sanction²⁹. L'avant-projet suit le second modèle, notamment parce que ce type de présentation condensée permet non seulement aux parties, mais également au

²⁴ A ce sujet et avec d'autres références, voir Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 45 N 18.

²⁵ Dans les cantons, voir art. 257 CPP BE; art. 123 CPP LU; art. 114 CPP NW; art. 100 CPP GL; art. 165 CPP FR (voir aussi Piller/Pochon 1998 Art. 165.1 ss.); art. 158 CPP AR; art. 88 CPP AI; art. 275 ss. CPP VD (appelée selon la compétence du tribunal saisi : *ordonnance de renvoi* ou *ordonnance à suivre* ; à ce sujet, voir Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire de l'art. 275 N 1 ss.); art. 113 CPP VS. Egalement « De 29 à l'unité », p.137 s. étant toutefois observé que les experts ont proposé (comme à Berne) que le juge d'instruction transmette son ordonnance de renvoi au ministère public pour examen, une procédure irréalisable dans le modèle « ministère public » proposé par l'avant-projet.

²⁶ Sur ce point et sur ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 1422 ss. ; Clerc 1975 N 54 partir de la moitié de la page 71 ; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 1 ss. ; Maurer 1999 380 ss. ; Oberholzer 1994 431 ss. ; Piquerez 2000 N 2965 ss. ; Schmid 1997 N 811 ss.

²⁷ Voir également « De 29 à l'unité », p. 137.

²⁸ Par exemple art. 168 CPP UR; art. 74 CPP SZ; art. 105a CPP OW; art. 87 CPP GL; art. 37 CPP ZG; art. 158 ss. CPP AR; art. 88 CPP AI; art. 188 CPP SG; art. 98 CPP GR; art. 144 CPP AG; voir aussi Hauser/Schweri 1999 § 79 N 6.

²⁹ Voir notamment art. 126 PPF ; art. 162 CPP ZH; art. 257 CPP BE; art. 165 CPP FR; art. 143 CPP BL; art.231 CPP SH; art. 142 CPP TG; art. 200 CPP TI; art. 178 CPP NE; art. 241 CPP JU.

tribunal, de comprendre clairement et rapidement quels sont les faits reprochés au prévenu³⁰. Cette densité dans la formulation doit également être encouragée en raison du fait que, selon le principe d'accusation (art. 9 AP), seuls peuvent être soumis à la procédure judiciaire et au jugement les faits qui ont été énumérés dans l'acte d'accusation.

Par conséquent, l'alinéa 2 exige :

- que conformément à la lettre a, l'acte d'accusation désigne les faits reprochés «*le plus brièvement possible, mais avec précision*»; les suppositions ou descriptions qui ne sont pas indispensables pour conforter l'existence des éléments constitutifs de l'infraction présumée ne doivent pas être mentionnés. La description doit contenir les indications les plus précises possible sur le lieu et le moment de l'infraction, ainsi que sur les éventuels lésés; en outre, il est essentiel d'inclure la description des faits, qui doit mentionner tous les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction réalisée de l'avis du ministère public³¹. Si des formes particulières de responsabilité pénale telles que la tentative, la complicité ou la participation sont mises en évidence, il convient de désigner les prévenus qui s'en sont rendus coupables et de décrire les circonstances de cette culpabilité ;
- que conformément à la lettre b, l'acte d'accusation indique *quels sont les faits qui constituent les infractions*. Le ministère public doit donc décrire avec précision les éléments constitutifs de telle ou telle infraction qui, à son avis, sont réalisés par l'état de faits présenté, afin que les actes reprochés au prévenu soient clairement définis. Si le ministère public n'est pas sûr de la qualification à donner aux faits, il peut présenter un acte d'accusation éventuel.

L'alinéa 3 autorise les *actes d'accusation alternatifs ou éventuels*, comme c'est déjà le cas aujourd'hui dans certains codes de procédure pénale³² et comme l'exige la doctrine³³. On parle d'acte d'accusation éventuel lorsque le ministère public invoque accessoirement, pour le cas où ses conclusions principales seraient rejetées, une autre qualification, généralement moins grave. Exemple : si, dans les conclusions principales, le prévenu est accusé de vol au sens de l'article 139 CP et que la soustraction ne peut pas être prouvée, il pourra être poursuivi pour appropriation illégale au sens de l'article 137 CP. Quant à l'*acte d'accusation alternatif*, il peut revêtir plusieurs formes différentes qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ici³⁴. Un exemple typique d'acte d'accusation alternatif (et, le cas échéant, de jugement éventuel) est celui dans lequel les faits en cause ne peuvent pas être clairement qualifiés, même après avoir épuisé toutes les possibilités existantes, alors qu'il apparaît clairement malgré tout qu'une infraction a été commise. Ce type de situation se présente par exemple lorsqu'un témoin a fait des déclarations contradictoires lors de deux auditions; l'une des versions est forcément fautive, mais il est impossible d'identifier laquelle est correcte. Autre exemple classique dans ce contexte : il s'agit du cas dans lequel il est dûment établi que le coupable n'a pu se procurer l'objet du délit que par vol ou par recel, mais qu'il n'est pas possible d'établir laquelle de ces infractions est réalisée.

L'alinéa 4 doit être considéré à la lumière de l'alinéa 2. Selon ce dernier, l'acte d'accusation ne doit mentionner que les actes délictueux que le ministère public pense pouvoir reprocher au prévenu et les infractions qu'il pense ainsi réalisées. *Au sens de cet avant-projet, l'acte d'accusation n'a pas à justifier ou à prouver ces allégations*. La question de savoir si celles-ci

³⁰ Voir Hauser/Schweri 1999 § 79 N 5.

³¹ Voir ATF 120 IV 348 ss. ; Aeschlimann 1997 N 1424 ; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 4, Maurer 1999 381 s. ; Oberholzer 1994 431 s. ; Piquerez 2000 N 2972 ss. ; Schmid 1997 N 813.

³² Voir notamment art. 163 CPP ZH; art. 112 CPP BS; art. 143 al. 4 CPP BL.

³³ Hauser/Schweri 1999 § 79 n 7 ; Schmid 1997 N 815 ; exposé détaillé : Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 163 N 1 ss.

³⁴ Voir Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 163 N 2 ss.

sont correctes sera tranchée au cours des débats, sur la base des preuves présentées, du dossier d'instruction et des plaidoiries (art. 11, 371 ss. AP). Par conséquent, l'acte d'accusation ne doit mentionner ni preuve ni explication susceptibles de conforter les allégations de l'accusation sur l'état des faits, sur la culpabilité ou sur des questions de droit. L'article 359 al. 2 AP autorise toutefois le ministère public, dans les affaires complexes, à joindre à l'acte d'accusation un rapport final ne faisant pas partie de l'acte d'accusation.

Autres informations et propositions (art. 359 AP)

Les codes de procédure pénale suisses prévoient, sous différentes formes, la possibilité d'adresser au tribunal, dans l'acte d'accusation lui-même ou en annexe, un *récapitulatif des principaux événements de la procédure préliminaire*, afin que le tribunal et les parties puissent avoir rapidement une vision claire du dossier, souvent très volumineux, en vue de préparer les débats et le procès. L'alinéa 1 énumère les points sur lesquels le tribunal doit recevoir des informations. Selon le type de renseignements, ceux-ci pourront être fournis sous forme de liste ou sur de formules pré-imprimées. Les "décisions judiciaires ultérieures" (lit. g) comprennent p. ex. la révocation du sursis.

Lorsque l'affaire est complexe, l'alinéa 2 permet au ministère public de joindre un rapport final à l'acte d'accusation. Ce résumé doit permettre au tribunal, mais aussi aux parties qui doivent se familiariser avec l'affaire, de comprendre rapidement quel est l'objet de l'accusation et quels actes de procédure ont déjà été accomplis. Afin d'éviter une plaidoirie prématurée du ministère public, la seconde partie de l'alinéa 2 précise que le rapport final ne doit s'exprimer sur l'appréciation des preuves que lorsque le ministère public ne soutient pas personnellement l'accusation devant le tribunal.

Notification de l'acte d'accusation (art. 360 AP)

Etant donné que l'établissement de l'acte d'accusation incombe entièrement au ministère public, ce dernier doit *communiquer l'acte d'accusation immédiatement après l'avoir dressé, en priorité au prévenu et au tribunal compétent*. L'article 360 al. 1 AP règle les détails.

L'avant-projet prévoit, à l'article 243, de laisser au tribunal des mesures de contrainte la compétence d'ordonner la détention de sécurité au terme de la procédure préliminaire et au moment de la mise en accusation. Si le ministère public estime que la détention est nécessaire, il doit donc *adresser au tribunal des mesures de contrainte, en même temps que l'acte d'accusation, une requête écrite demandant que le prévenu soit placé en détention de sécurité* (voir al. 2).

On hésite sur la question de savoir s'il convient de *prévoir un droit de recours contre la mise en accusation*. Dans certains ordres juridiques, la mise en accusation peut être attaquée³⁵, alors que dans d'autres cantons, aucun moyen de recours n'est donné³⁶. Les experts, de leur côté, ont souhaité admettre une voie de recours contre la mise en accusation³⁷. Si l'alinéa 3 y renonce, c'est en premier lieu pour garantir la *célérité de la procédure*. D'autre part, la direction de la procédure du tribunal saisi doit, conformément à l'art 362 AP, soumettre immédiatement l'acte d'accusation et le dossier y relatif à un examen préliminaire et évaluer si l'un et l'autre sont

³⁵ Surtout dans les cantons qui se sont inspirés des exemples autrichiens, voir art. 135 s. CPP LU; art. 166 CPP FR; art. 201 CPP TI; voir également Hauser/Schweri 1999 § 79 N 11.

³⁶ C'est le cas à Zurich, voir Schmid 1997 N 1000. Voir aussi art. 143 al. 3 lit. d CPP BL; art. 145 CPP AG;

³⁷ « De 29 à l'unité », p. 138.

établis correctement. Par ailleurs, il est du ressort du tribunal de jugement de décider si les accusations sont fondées, de sorte qu'un examen préalable ne paraît pas indispensable³⁸.

³⁸ Bâle a récemment aboli la procédure judiciaire de renvoi en invoquant l'amélioration considérable des possibilités de la défense au cours de l'instruction, évolution que l'on observe d'ailleurs aujourd'hui ; voir Dubs 2000 47.

263 Les débats de première instance (titre 8)

Le huitième titre de l'avant-projet règle la procédure de première instance au sens des articles 23 et 24 AP. La procédure de première instance débute au moment de la réception de l'acte d'accusation par le tribunal, et se termine avec le prononcé du jugement. Avec la mise en accusation, l'affaire entre dans la phase de la procédure de jugement, au cours de laquelle il est définitivement établi si le prévenu s'est rendu punissable¹. Les prescriptions de procédure figurant dans ce titre sont également applicables au cas où la Confédération et les cantons prévoient un tribunal de première instance spécial (tribunal pénal pour infractions graves; tribunal pénal économique) pour des formes particulières de criminalité². La procédure devant le tribunal collégial est, d'une manière générale, identique à la procédure devant le tribunal à juge unique. Elles sont différentes dans la mesure où une procédure probatoire simplifiée est prévue pour les affaires traitées par le tribunal à juge unique (art. 374-377 AP), alors que les affaires traitées par le tribunal collégial connaissent une procédure probatoire qualifiée (art. 376-378 AP).

263.1 Généralités et préparation des débats (chapitre 1; art. 361-366 AP)

Litispendance (art. 361 AP)

L'article 361 al. 1 et 2 AP contient quelques règles relatives à la litispendance qui est créée par la réception de l'accusation et du dossier y relatif par le tribunal de jugement (art. 360 al. 1 lit. c AP). La litispendance a un effet dévolutif de compétences (p.ex. en ce qui concerne l'ordonnance ou la levée de mesures de contrainte).

Les alinéas 3 et 4 règlent le cas où, après réception de l'acte d'accusation par le tribunal de première instance, de nouvelles infractions commises par le même prévenu sont découvertes. L'article 383 al. 2 AP prévoit en effet comme exception que les délits apparus pendant les débats puissent être encore intégrés dans l'accusation pendante devant le tribunal. Si ce n'est pas possible, le ministère public ouvre une nouvelle procédure préliminaire et, le cas échéant, dresse un autre acte d'accusation. Dans tous les cas, le tribunal peut suspendre la procédure en cours en appliquant par analogie l'article 345 AP.

Examen de l'accusation (art. 362 AP)

Selon l'avant-projet, seul le ministère public dresse l'acte d'accusation, et il n'est pas prévu de moyen de recours contre l'acte d'accusation lui-même (art. 357; 360 al. 3 AP). C'est pourquoi il est essentiel que le tribunal examine l'accusation après réception. En vertu de l'article 362 al. 1 AP, cet examen porte sur la régularité de l'acte d'accusation et du dossier. Il convient avant tout de vérifier si les conditions à l'action sont réalisées, et s'il existe des empêchements à procéder. Etant donné qu'une présomption suffisante pour justifier une accusation est l'une des conditions à l'action³, il convient également de contrôler sommairement cet aspect de l'accusation. Il s'agit de déterminer si le comportement incriminé est réellement punissable⁴; en revanche, la question de savoir si les preuves disponibles sont suffisantes pour parvenir à un verdict de culpabilité est réservée au jugement du tribunal. Cet

¹ Voir, d'une façon générale, Aeschlimann 1997 N 1517 ss. ; Clerc 1975 N 55 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 80 N 1 ss. ; Maurer 1999 399 ss. ; Oberholzer 1994 438 ; Piquerez 2000 N 2993 ; Schmid 1997 N 828.

² A propos de cette possibilité, voir ch. 221.6 supra.

³ Schmid 1997 N 537.

⁴ A ce sujet, voir Schmid 1997 N 819, le même dans Donatsch/Schmid 1997 § 167 N 11.

examen n'est pas envisagé comme une procédure formelle qui déboucherait sur une sorte de décision d'autorisation ou d'interdiction. Il s'ensuit également qu'il n'est pas nécessaire de prévoir un délai pour permettre aux parties de se déterminer. Si elles entendent s'opposer à la saisine du tribunal, elles doivent le faire valoir elles-mêmes par une requête. Du fait que l'omission des objections concernant les questions mentionnées à l'alinéa 1 n'implique pas un désavantage juridique, cette réglementation de la procédure d'examen ne pose pas de problème. En effet, dans la mesure où elles concernent essentiellement les conditions à l'action et les empêchements à procéder, les objections peuvent être soulevées au cours des phases ultérieures des débats, par exemple sous forme de questions préliminaires au sens de l'article 371 al. 2 AP.

Si la direction de la procédure qui a entrepris cet examen préliminaire détermine par exemple que l'accusation ou le dossier n'a pas été établi régulièrement, le tribunal suspend la procédure conformément à l'alinéa 2 et en application de l'article 345 AP. Dès lors, si une accusation d'escroquerie ne précise pas en quoi consiste la manœuvre frauduleuse, *le tribunal suspend la procédure* et exige du ministère public qu'il corrige l'accusation, conformément à la dernière partie de l'alinéa 2⁵.

Dans les codes de procédure pénale en vigueur, on ne sait pas toujours avec précision, *dans les cas de suspension avec renvoi, p.ex. pour complément de l'accusation, si l'affaire reste pendante auprès du tribunal ou si la compétence est retransmise au ministère public*. Cette question n'est pas entièrement anodine : il s'agit en effet de déterminer à qui revient la compétence d'ordonner des mesures de contrainte (p.ex. pour une remise en liberté) au cours de cette phase intermédiaire. Selon l'alinéa 3, le tribunal doit déterminer dans une décision de renvoi s'il conserve la litispendance, ce qui peut s'avérer judicieux si, par exemple, le ministère public ne souhaite apporter qu'un complément mineur à l'accusation. En revanche, si de nombreux éléments doivent être ajoutés au niveau de l'instruction, il peut être souhaitable de transmettre la litispendance au ministère public.

Si les conditions à l'action ne peuvent plus être réalisées, ou s'il existe des empêchements à procéder, *le tribunal doit classer la procédure par application analogique de l'article 350 AP (al. 4)*. Contrairement à la suspension au sens de l'alinéa 2, les parties touchées par le classement de la procédure ont préalablement le droit d'être entendues.

Pour le cas mentionné ci-dessus, l'alinéa 5 prévoit une simplification que justifie l'économie de la procédure : si par exemple différentes infractions sont poursuivies et que l'une d'entre elles est prescrite, la décision de classement portant sur l'infraction prescrites ne doit pas obligatoirement être rendue séparément dans la procédure d'examen préliminaire; elle peut intervenir avec le jugement au fond sur les autres éléments de l'accusation, au terme de la procédure de première instance.

L'alinéa 6 concerne moins la phase de la procédure préparant aux débats que les étapes ultérieures jusqu'au prononcé du jugement. *Les procédures doivent aussi être suspendues ou classées au cours des étapes ultérieures si les conditions susmentionnées sont réalisées*. Lorsque des conditions à l'action ne sont pas réalisées ou qu'il existe des empêchements à procéder, ces points peuvent être soulevés au début des débats sous forme de questions préliminaires (art. 371 al. 2 lit. c et d AP).

⁵ Dans cette même direction : « De 29 à l'unité », p. 139.

Généralités sur la préparation des débats (art. 363 AP), fixation des débats et mandats de comparution (art. 364 AP)

Les articles 363 et 364 AP règlent la préparation des débats. Il faut notamment mentionner l'article 364 al. 3-6 AP, étroitement lié à l'administration des preuves qui sera effectuée dans le cadre des débats. En prévision de l'administration des preuves, le tribunal communique aux parties, au plus tard avec le mandat de comparution, quels sont les témoins, les personnes entendues aux fins de renseignement etc. qui seront cités à comparaître d'office (al. 3). De leur côté, les parties sont tenues d'indiquer toutes les preuves qu'elles souhaitent voir administrées au cours des débats et qui n'ont pas été citées d'office. Si les moyens de preuve ont déjà été administrés au cours de la procédure préliminaire, les parties doivent indiquer, en tenant compte des deux modes d'administration des preuves, pour quel motif ils doivent être produits à nouveau : dans les cas qui font intervenir la procédure probatoire simplifiée (art. 374-375 AP), la partie doit indiquer brièvement pour quelle raison il y a lieu de concevoir des doutes fondés quant à l'administration des preuves au sens de l'article 374 al. 2 AP. Dans les cas où l'on applique la procédure probatoire qualifiée au sens des articles 376-378 AP, il convient de démontrer brièvement pourquoi il s'impose de répéter l'administration des preuves devant le tribunal conformément à l'article 377 al. 1 AP.

Débats préliminaires (art. 365 AP)

Il peut être avantageux, dans l'intérêt d'un règlement rapide de la procédure, de convoquer les parties à un débat préliminaire ouvert uniquement aux parties, avant les débats proprement dits. Il peut s'agir par exemple d'aborder des questions relatives au déroulement des débats, à d'éventuelles demandes de récusation ou aux preuves à administrer (al. 1)⁶.

L'alinéa 2 permet à la direction de la procédure, s'agissant de délits poursuivis sur plainte et par analogie avec les articles 346 et 347a AP applicables la procédure préliminaire, de citer les parties à une audience de conciliation; il faut là également encourager la médiation, une idée qui tend d'ailleurs à gagner du terrain.

Les alinéas 3-5 règlent l'administration anticipée de preuves qui permet à la direction de la procédure⁷, notamment si des *preuves sont menacées de disparaître* (par exemple lorsqu'un témoin est gravement malade ou qu'une personne entendue aux fins de renseignement est sur le point de partir s'établir dans un pays d'outre-mer), d'administrer elle-même les preuves avant les débats, par délégation du tribunal ou par la voie de l'entraide judiciaire nationale ou internationale. Il convient de signaler également l'article 161 al. 2 lit. e AP qui autorise également une administration anticipée des preuves lorsqu'il s'agit d'assurer la protection d'une partie.

Autres compétences du tribunal de première instance (art. 366 AP)

Si, par exemple, une action a d'abord été intentée auprès du tribunal à juge unique parce que le ministère public avait estimé dans son acte d'accusation (voir art. 359 al. 1 lit. f AP) qu'une

⁶ Voir également : art. 171 al. 3 CPP FR; art. 192 CPP NE; solution semblable: art. 129 CPP NW (ne concerne toutefois expressément que les conditions à l'action). En ce qui concerne l'instauration de ces négociations préliminaires, voir « De 29 à l'unité », p. 140.

⁷ Voir également « De 29 à l'unité », p. 139. Déjà connu actuellement dans certains codes cantonaux : art. 279 CPP BE; art. 172 CPP FR (voir Piller/Pochon 1998 Art. 172.1 ss.); art. 115 CPP BS; art. 258 CPP SH; art. 196 CPP SG; art. 322 CPP VD (voir Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 322 N 1 ss.); art. 117 CPP VS; art. 189 CPP NE.

peine pécuniaire, une amende, un travail d'intérêt général ou une mesure privative de liberté de trois ans ou moins était appropriée, mais que le tribunal considère qu'il convient d'attribuer une peine plus sévère dépassant sa compétence, le tribunal transmet l'acte d'accusation et le dossier au tribunal collégial compétent par une décision contre laquelle il n'existe aucun moyen de recours (art. 366 al. 1 AP). Précisons qu'il n'y a pas de renvoi si ensuite, le tribunal collégial, ayant reçu l'accusation directement ou par l'effet de la disposition ci-dessus, souhaite infliger une peine moins sévère relevant de la compétence du tribunal à juge unique⁸.

263.2 Les débats (chapitre 2; art. 367-380 AP)

263.21 Le tribunal et les parties (section 1, art. 367-370 AP)

Composition et direction du tribunal (art. 367 AP)

L'article 367 AP contient des prescriptions générales concernant la composition du tribunal et sa direction. Elles correspondent globalement aux dispositions homologues que l'on trouve dans la majorité des codes de procédure pénale en Suisse⁹.

L'alinéa 4 prévoit que des juges suppléants peuvent être nommés, notamment dans le cadre de procédures judiciaires longues et complexes. Ces juges suppléants suivent les débats depuis le début, mais n'interviennent activement que si un membre du tribunal fait subitement défaut. Jusqu'à présent peu connue dans le droit judiciaire suisse¹⁰, cette possibilité a été proposée par les experts¹¹.

L'alinéa 5 reprend l'article 10 LAVI, et donne à la *victime* le droit d'exiger que le *tribunal soit composé d'au moins une personne du même sexe*.

La disposition de l'alinéa 6 devrait être nouvelle pour de nombreux codes de procédure. Dans les affaires relevant de la compétence des tribunaux à juge unique¹², il est en effet possible de déroger à la règle de l'alinéa 5 si des victimes de sexe masculin et féminin sont concernées¹³.

Prévenu (art. 368 AP)

L'article 368 AP part du principe que le prévenu accusé de crimes ou de délits doit absolument participer aux débats (al. 1 lit. a), à moins qu'il n'en ait été dispensé par la direction de la procédure pour un motif important tel que maladie ou séjour à l'étranger (al. 2)¹⁴. S'agissant de contraventions, la participation du prévenu aux débats n'est que facultative, bien que la direction de la procédure ait le loisir d'ordonner la comparution obligatoire du prévenu (al. 1 lit. b).

⁸ Prévu *expressis verbis* dans le canton de Zurich : art. 24 al. 3 2^{ème} phrase LOJ.

⁹ Voir notamment art. 26 ss., 32, 36 LOJ ZG; art. 276 CPP BE, art. 13 et 24 LOJ ; art. 176 CPP LU; art. 23 et 29 LOJ UR; art. 109 CPP GL; art. 167 CPP FR; art. 152 CPP AG; art. 155 CPP TG; art. 324 CPP VD; art. 122 ss. CPP VS; art. 194 et 197 CPP NE. Voir aussi Aeschlimann 1997 N 1493 s., 1521 ss. ;

Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 324 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 81 N 1 ss. ; Maurer 1999 406 s. ; Piller/Pochon 1998 Art. 167.1 ss. ; Piquerez 2000 N 3050 ss. ; Schmid 1997 N 831.

¹⁰ Voir par exemple art. 159 al. 3 CPP BL; art. 318 et 324 CPP VD. Habituel depuis longtemps, en revanche, pour les jurés américains ; voir Schmid 1993 112.

¹¹ « De 29 à l'unité », p. 140.

¹² Sur la question controversée de savoir si l'art. 10 LAVI s'applique aux tribunaux à juge unique, voir avec d'autres références Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 10 N 2.

¹³ Sur ce problème dans la nouvelle procédure pénale bernoise, voir Maurer 1999 143 s. ; le même 2000 309.

¹⁴ Solution semblable : art. 173 CPP FR ; voir à ce sujet Piller/Pochon 1998 Art. 173.1 ss.

Ministère public (art. 369 AP)

En vertu de l'article 369 al. 1 AP, le ministère public peut dans tous les cas comparaître personnellement à la barre ou alors présenter ses propositions par écrit.

Conformément à l'alinéa 3, *la participation personnelle du ministère public est obligatoire dans les affaires* qui ne sont plus du ressort du tribunal à juge unique, c'est-à-dire dans les cas où le ministère public entend requérir une peine privative de plus de trois ans ou une mesure privative de liberté ; cela s'explique principalement par le fait que la procédure probatoire qualifiée exige la présence du ministère public (cf. art. 378 al. 3 et 4 AP). Il va de soi que ces dispositions ainsi que les règles de présence de l'article 369 AP devraient être adaptées si l'on devait modifier le maximum de la peine entrant dans la compétence du juge unique au sens de l'article 24 al. 2 AP.

En dépit de la règle posée à l'alinéa 3, il est possible de *dispenser le ministère public de participer aux débats* dans les affaires où sont proposées des peines privatives allant jusqu'à cinq ans (ou des mesures privatives de liberté) lorsque sa présence n'est pas indispensable, en particulier lorsque le prévenu a avoué et/ou que l'on renonce à procéder à l'administration de preuves au cours des débats (al. 4). Les propositions de la commission d'experts sont ainsi partiellement acceptées, puisqu'elles recommandaient la présence obligatoire du ministère public uniquement dans les affaires impliquant des peines privatives de liberté de plus de cinq ans¹⁵.

Par ailleurs, la direction de la procédure peut *obliger le ministère public à participer aux débats, même dans les affaires relevant d'un tribunal à juge unique* (c'est-à-dire, pour l'essentiel, lorsque les peines privatives de liberté proposées ne dépassent pas trois ans, voir art. 24 al. 2 lit. b), par exemple parce que sa présence paraît souhaitable en raison des preuves administrées.

La partie plaignante (art. 370 AP)

La partie plaignante n'est *pas tenue de participer aux débats*. Elle peut soumettre des conclusions écrites, sur la base desquelles le tribunal statuera (al. 1 et 2)¹⁶.

Des exceptions sont prévues lorsque la partie plaignante est citée en qualité de personne entendue aux fins de renseignement (al. 1), ou qu'elle doit chiffrer et motiver ses conclusions civiles (al. 3). L'alinéa 3 se réfère implicitement à l'article 130 AP selon lequel la partie plaignante est tenue de motiver et de chiffrer ses conclusions civiles, si possible dès le stade de la procédure préliminaire conduite par le ministère public; les alinéas 4 et 5 de ce même article lui donnent toutefois l'occasion de se rattraper au cours des débats. Par conséquent, si ses conclusions civiles n'ont pas déjà été motivées et chiffrées lors de la procédure préliminaire, la partie plaignante doit être invitée à s'acquiescer de cette obligations, éventuellement en utilisant une formule prévenu-imprimée ad hoc. Une attention particulière doit être accordée à l'article 132 al. 2 AP ; en effet, si elle ne se conforme pas à cette obligation, les conclusions civiles seront renvoyées au civil, ce qui signifie que la partie plaignante perd ses moyens de recours.

¹⁵ « De 29 à l'unité », p. 142.

¹⁶ Résultat identique : « De 29 à l'unité », p. 142.

262.22 Déroutement de la procédure en général (section 2, art. 371-373 AP)

Début des débats et questions préliminaires (art. 371 AP); conséquences procédurales de l'ouverture des débats (art. 372 AP); lecture de l'acte d'accusation (art. 373 AP)

Les articles 371-373 AP règlent les premières étapes de la procédure après l'ouverture des débats; ces dispositions reprennent les dispositions usuelles du droit judiciaire suisse¹⁷ et ne nécessitent donc pas d'explications détaillées.

Conformément à l'article 372 AP, les débats sont considérés comme formellement ouverts (al. 1) lorsque la présence des parties a été établie et que les éventuelles questions préliminaires ont été réglées. Les conséquences essentielles de cette étape sont exposées à l'alinéa 2, lettres b et c : dès cet instant,

- le *ministère public ne peut plus modifier l'accusation*, sous réserve d'une modification ou d'une extension de celle-ci en vertu de l'article 383 AP;
- l'accusation ne peut plus être retirée, c'est-à-dire que le tribunal ne peut plus *qu'acquitter le prévenu ou le déclarer coupable*. Il ne doit par exemple plus être possible pour le ministère public de retirer l'accusation s'il lui semble que le procès s'oriente vers un acquittement, car ce retrait laisserait alors planer sur le prévenu le discrédit causé par sa mise en accusation. Un non-lieu motivé par la non réalisation des conditions à l'action ou par un empêchement à procéder reste toutefois possible jusqu'à la fin des débats, c'est-à-dire jusqu'au prononcé du jugement (art. 362 al. 6 AP)¹⁸.

Les conséquences procédurales de l'ouverture des débats au sens de l'article 372 al. 2 AP (en particulier lit. b et c) s'appliquent déjà dans plusieurs cantons, qu'elles soient expressément prévues par la loi¹⁹ ou consacrées par la pratique²⁰.

263.23 Procédure probatoire simplifiée (section 3, art. 374-378 AP)

Remarques préliminaires concernant les procédures probatoires simplifiée et qualifiée au sens des articles 374-378 AP

La question de savoir si les preuves nécessaires au prononcé du jugement doivent être présentées au tribunal de jugement *directement* (à la barre) ou *indirectement* (par l'intermédiaire des procès-verbaux d'administration des preuves au cours de la procédure

¹⁷ Voir notamment art. 121 ss. LOJ ZH, art. 178 ss. et 216 ss. CPP ZH; art. 283 ss. CPP BE; art. 166 ss. CPP LU; art. 175 ss. CPP UR; art. 83 ss. et 98 ss. CPP SZ; art. 115 ss. CPP OW; art. 133 ss. CPP NW; art. 107 ss. CPP GL; art. 37 ss. CPP ZG; art. 176 ss. CPP FR; art. 107 ss. et 126 ss. CPP SO; art. 121 ss. CPP BS; art. 144 ss. CPP BL; art. 259 ss. CPP SH; art. 167 ss. CPP AR; art. 204 ss. CPP SG; art. 107 ss. CPP GR; art. 152 ss. CPP AG; art. 149 ss. CPP TG; art. 232 ss. CPP TI; art. 324 ss. CPP VD; art. 122 ss. CPP VS; art. 197 ss. CPP NE; art. 219 ss. et 249 ss. CPP GE; art. 267 ss. et 309 ss. CPP JU. D'une façon générale : Aeschlimann 1997 N 1517 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 1 ss. ; Maurer 1999 399 ss. ; Oberholzer 1994 442 ss. ; Piquerez 2000 N 3019 ss. ; Schmid 1997 N 833 ss. ; Voir également « De 29 à l'unité », p. 143 ss.

¹⁸ A ce sujet, voir notamment Maurer 1999 411 et 435 ss.

¹⁹ Voir par exemple art. 177 et 182 al. 1 et 2 CPP ZH ; art. 8 al. 4 const. cant. SH ; art. 192 CCP SG. Solution semblable : art. 165 CPP AR ; 152 s. CPP TG.

²⁰ Sur ces questions, voir Hauser/Schweri 1999 § 50 N 8, 82 N 3 ; Oberholzer 1994 438 ss. ; Schmid 1997 N 833.

préliminaire) est l'un des problèmes centraux du droit suisse de la procédure pénale. Les avantages et les inconvénients respectifs de l'immédiateté des débats et de la preuve indirecte ont été abondamment évoqués dans la littérature spécialisée ; aussi n'est-il pas nécessaire d'entrer ici dans les détails²¹. Dans le droit de rang supérieur, ni la CEDH, ni le PIDCP, ni la cst. n'exigent expressément une procédure probatoire directe. En d'autres termes, ils n'excluent pas que le juge puisse se fonder sur des preuves déjà administrées au cours de la procédure préliminaire. Il cependant parfaitement clair que l'article 6 CEDH, notamment, est issu de la procédure pénale anglo-saxonne dont l'une des caractéristiques principales réside dans un strict principe d'immédiateté²². Toutefois, le droit reconnu au prévenu par l'article 6 chiffre 3 lettre d CEDH, d'«interroger ou faire interroger les témoins à charge» n'a, à ce jour, pas été interprété comme un droit à la procédure probatoire directe. Le Tribunal fédéral n'en a déduit en faveur du prévenu que le droit d'être, au moins une fois au cours de la procédure, confronté aux témoins, etc., et de pouvoir poser des questions complémentaires²³. De même, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'il est admissible de fonder un jugement sur des preuves qui ont été administrées au cours de l'instruction²⁴. On ne saurait toutefois négliger le fait qu'une *tendance de plus en plus marquée en faveur du principe d'immédiateté se fait jour, notamment dans la littérature consacrée à la procédure pénale*²⁵.

Actuellement, la Confédération et de nombreux canton connaissent la procédure probatoire *directe*²⁶. D'autres cantons ne s'expriment pas concrètement sur le thème de l'immédiateté mais mentionnent le fait que le tribunal peut fonder son jugement sur des preuves administrées au cours de l'instruction ou lors des débats²⁷. Dans ces cantons et dans d'autres, on peut donc parler, selon les options pratiques choisies, d'une prédominance de la preuve indirecte ou à tout le moins d'une *immédiateté limitée*²⁸. Il est frappant de constater que l'évolution du droit de la procédure pénale en Suisse s'éloigne manifestement autant d'un système de preuve indirecte strictement appliqué que de l'immédiateté pure, pour se diriger vers des solutions nuancées plus proches d'une immédiateté limitée. On notera par exemple une évolution dans ce sens dans les cantons de Schaffhouse et de Berne, qui sont passés d'une procédure de première instance régie par le principe d'immédiateté à un système d'immédiateté limitée. En d'autres termes, le présent modèle prescrit que le tribunal de jugement se base sur les preuves administrées au cours de l'instruction préliminaire, mais se charge lui-même d'administrer (une nouvelle fois) les preuves qui sont essentielles pour déterminer la culpabilité du prévenu ou qualifier l'infraction et celles à propos desquelles l'impression personnelle des juges sera déterminante.²⁹

²¹ Sur l'immédiateté et la preuve indirecte, voir Aeschlimann 1997 N 169 ss., 1556 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 51 N 6 ss., 82 N 7 ; Maurer 1999 38 s. et 431 ; Oberholzer 1994 222 ss., 447 ; Piquerez 2000 N 710 ss. ; Schmid 1997 N 192 ss., 838.

²² Voir Schmid 1993 70 ss.

²³ ATF 113 Ia 422 ; 116 Ia 289.

²⁴ Voir EuGRZ 1992 474 n° 44 ; sur ce thème, voir également Haefliger/Schürmann 1999 239 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 51 N 13 ss., § 82 N 7 ; Oberholzer 1994 225 s. ; Piquerez 2000 N 726 s. ; Schmid 1997 N 195.

²⁵ Voir Oberholzer 1994 225/226 ; Schmid 1997 N 838 ; différencié : Piquerez 2000 N 723 ss. Sur l'évolution contraire à Berne : Maurer 1999 38 s.

²⁶ Art. 169 al. 2 PPF ; art. 146 al. 1 et 147 CPPM ; art. 232 ss. CPP ZH (seulement pour la cour d'assises) ; art. 105 CPP SO ; art. 169 CPP FR (voir Piller/Pochon 1998 Art. 169.1 ss.) ; art. 121 al. 3 CPP BS ; art. 165 CPP BL ; art. 27 CPP AG ; art. 340 ss. CPP VD ; art. 203 ss. CPP NE ; art. 116 ch. 2 CPP VS.

²⁷ P.ex. art. 284 CPP ZH.

²⁸ Expressément : art. 27 CPP AR ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 27 N 1 ss. ; art. 150 CPP TG ; analogue art. 182 CPP UR ; à propos de ces cantons, voir Hauser/Schweri 1999 § 51 N 16.

²⁹ Art. 295 al. 2 CPP BE ; art. 270 CPP SH ; Aeschlimann 1997 N 1556 s. ; Piquerez 2000 N 728.

Les experts ont eux aussi recommandé que le futur code de procédure pénale fédéral opte pour le principe d'immédiateté limitée³⁰. Au cours des auditions, la tendance s'est nettement dessinée en faveur du principe d'immédiateté³¹. L'avant-projet suit d'une manière générale le modèle de l'immédiateté limitée tel qu'on l'a esquissé ici et prévoit donc deux formes distinctes de procédure probatoire :

- La présentation indirecte des preuves incluant une immédiateté très limitée, uniquement pour les cas relevant de la compétence du juge unique (art. 24 AP; art. 374 AP).
- Une immédiateté plus marquée dans les autres cas, c'est-à-dire dans les affaires jugées en première instance par un tribunal collégial (art. 377 AP), avec d'autres particularités comme la division des débats (art. 376 AP), ainsi qu'un renforcement de la procédure à deux parties (art. 378 AP).

A celui qui craindrait qu'une affirmation marquée du principe d'immédiateté alourdisse la procédure et soit incompatible avec la répétition de la procédure probatoire directe qu'implique l'effet dévolutif complet de l'appel, il faut répondre que l'avant-projet fait sien le principe de l'immédiateté unique : si des preuves ont été administrées devant le tribunal de première instance, il n'y a en principe pas lieu de répéter l'administration de ces preuves devant l'instance de recours (art. 457 AP).

Administration de preuves (art. 374 AP)

Pour les affaires relevant du juge unique (art. 24 AP), l'avant-projet privilégie plutôt la preuve indirecte (al. 1). Le tribunal se limite en effet aux preuves recueillies durant la procédure préliminaire lorsque celles-ci semblent complètes et légalement fiables, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été recueillies dans le respect du droit procédural et que les droits des parties ont été garantis, singulièrement les droits de la défense tels qu'ils sont définis aux articles 158, 159, 168 et 236 AP. L'administration des preuves au sens de l'alinéa 2 doit être répétée ou complétée s'il existe des doutes quant à la légalité, à l'intégralité et à la fiabilité des preuves recueillies au cours de la procédure préliminaire.

Interrogatoire personnel et autres auditions (art. 375 AP)

L'article 375 AP règle les détails des auditions et notamment les modalités de l'interrogatoire du prévenu devant le tribunal. Comme la Confédération et les cantons réglementent librement les instances judiciaires et leur composition et que, par voie de conséquence, ils peuvent aussi attribuer à un tribunal collégial des affaires relevant en principe d'un juge unique, on parle ici de la direction de la procédure et des «*autres membres du tribunal*», bien que les cas évoqués relèvent de la compétence d'un tribunal à juge unique.

263.24 Procédure probatoire qualifiée (section 4, art. 376-378 AP)

Division des débats en deux parties (art. 376 AP)

L'article 376 AP prévoit que le tribunal, dans les affaires qui ne relèvent plus de la compétence d'un tribunal à juge unique, puisse ordonner une césure des débats en deux

³⁰ « De 29 à l'unité », p. 143 ; voir également Müller 1998 286 s.

³¹ Voir Auditions p. 22, 103, 169 ; plutôt dans la même ligne que les experts : Auditions p. 56, 77 110, 126, 146 s. où l'on renvoie au « Modèle bernois » qui correspond dans les grandes lignes à l'avant-projet.

parties (en allemand « Schuldinterlokut »). Dans une première phase, seule la question de la culpabilité est examinée et fait l'objet d'une décision préliminaire qui est rendue dans les formes habituelles mais n'entre pas en force et ne peut pas davantage faire l'objet d'un recours (al. 5). Au cours de la seconde phase, les juges statuent sur les conséquences d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquittement (al. 1 et 2)³². L'avant-projet permet également au tribunal de n'examiner tout d'abord que les faits, puis, dans un deuxième temps, de statuer sur la culpabilité qui est essentiellement une question de droit³³.

La division des débats, que l'on rencontre de plus en plus souvent dans les codes suisses de procédure pénale³⁴, présente certains *avantages au niveau de l'économie de la procédure*, puisqu'il n'y a pas à traiter des conséquences d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquittement qui n'est pas encore décidé. D'autre part, la division des débats sert la protection de la personnalité dans la mesure où des informations relatives à la situation personnelle du prévenu, importantes pour la fixation de la peine, n'ont pas besoin d'être révélées au cours des débats publics tant qu'on ne sait pas si une sanction devra être infligée. La séparation des débats est recommandée par les experts³⁵ et, d'une façon générale, a rencontré l'approbation des milieux entendus au cours des auditions³⁶.

La division des débats peut être ordonnée sur *demande du prévenu ou d'office par le tribunal*. L'avant-projet renonce par conséquent à la *prescrire obligatoirement* pour les affaires ne relevant pas de la compétence d'un tribunal à juge unique avec procédure probatoire qualifiée. Une séparation des débats n'aurait pas beaucoup de sens, par exemple, dans le cas du prévenu qui plaide coupable. De même, on peut y renoncer lorsque seules des questions de droit sont contestées.

Administration des preuves (art. 377 AP)

L'article 377 al. 1 AP représente, avec les prescriptions de l'article 378 AP, le noyau de la *procédure probatoire qualifiée impliquant un principe d'immédiateté limitée*. Les parties ont le droit de demander à ce que les preuves portant sur des faits contestés soient administrées à nouveau lors des débats lorsque, suivant le type de preuve, il est essentiel que le tribunal en prenne connaissance immédiatement pour pouvoir prendre sa décision. Ainsi, selon cette disposition, il sera indispensable, dans une affaire d'homicide contestée par le prévenu, d'entendre à nouveau deux témoins à la barre lorsque l'un de ces témoins prétend avoir vu le prévenu sur les lieux du crime, alors que le second explique qu'il a vu le prévenu au même moment à un autre endroit. Toutefois, ce genre de cas n'implique pas automatiquement une nouvelle administration des preuves devant le tribunal; il faut pour cela que les parties le demandent dans le cadre de leur offre de preuves (art. 364 al. 4 AP), ou que le tribunal souhaite lui-même procéder à une nouvelle administration des preuves (art. 364 al. 3 AP).

³² Sur la césure des débats, voir « De 29 à l'unité », p. 142 s. ; Wolffers 1999 215 ss. ; Aeschlimann 1997 N 1551 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 173 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 17, § 82 N 29 ; Maurer 1999 418 ss. ; Oberholzer 1994 445 s. ; Piquerez 2000 N 3070 ; Schmid 1997 N 285, 836.

³³ Sur les deux aspects de la césure des débats, voir Wolffers 1999 216.

³⁴ Voir art. 294 CPP BE; art. 107a CPP OW; art. 168 CPP FR (Piller/Pochon 1998 Art. 168.1 ss.) ; art. 131 ss. CPP BS (voir Dubs 2000 51); art. 158 CPP BL; art. 267 CPP SH; art. 173 CPP AR; art. 206 CPP SG. Elle existait déjà depuis longtemps à Zurich (pour les assises) : art. 250 CPP ZH.

³⁵ « De 29 à l'unité », p. 141/142.

³⁶ Auditions p. 56, 67, 77 (88), 109 s., 146. Des oppositions se sont manifestées en Suisse romande ; voir Auditions p. 40, 153.

L'alinéa 1 n'aborde que les preuves déjà administrées au cours de la procédure préliminaire. Néanmoins, il va de soi que le tribunal, en application de l'article 377 AP, *examine toute (nouvelle) preuve* dont l'administration a été ordonnée d'office par le tribunal ou sur demande d'une partie (art. 364 al. 3 et 4 AP).

L'alinéa 2 prévoit certaines exceptions limitant une nouvelle administration des preuves au sens de l'alinéa 1. Lorsque des témoins, des personnes entendues aux fins de renseignement, etc. ont disparu, sont décédés ou se trouvent à l'étranger, la procédure probatoire pourrait échouer du fait de l'impossibilité de joindre ces personnes. Par ailleurs, lorsqu'on a affaire à des crimes ou délits en série, convoquer tous les témoins et leur demander de déposer une nouvelle fois à la barre représente une procédure lourde dont le coût est sans aucune mesure avec les avantages obtenus. Lorsque, dans une affaire d'escroquerie par métier, deux cents investisseurs lésés ont été entendus par le ministère public au cours de la procédure préliminaire, on pourra renoncer à les citer tous une nouvelle fois à la barre. Dans un cas de ce genre, il suffit généralement pour respecter les droits de la défense de ne citer que quelques-uns des lésés³⁷. Toutefois, cette solution n'est admise, en vertu l'alinéa 1, lit. a, que si les preuves ont été administrées dans les règles au cours de la procédure préliminaire ; il s'agit avant tout de respecter les droits de participation définis aux articles 158 et 159 AP.

Si les moyens de preuve sont examinés (éventuellement pour la deuxième fois) en application des alinéas 1 et 2, *l'administration des preuves est effectuée dans le cadre des débats*, c'est-à-dire devant le tribunal collégial. A titre exceptionnel, et conformément à l'article 365 al. 3 AP, l'administration des preuves peut également être confiée à une délégation du tribunal et / ou avoir lieu avant les débats, ou encore par l'intermédiaire de l'entraide judiciaire nationale ou internationale.

Si l'administration des preuves ordonnée d'office ou à la demande d'une partie s'avère superflue au cours des débats, soit parce que le prévenu a fait un aveu digne de foi, soit parce qu'un moyen de preuve est devenu inutile compte tenu de l'évolution des débats, *le tribunal peut, en accord avec les parties, renoncer à l'administration des preuves envisagée* (al. 3).

Auditions et autres preuves administrées (art. 378 AP)

L'article 378 al. 1-3 AP énonce les règles applicables à l'interrogatoire du prévenu³⁸, lequel se déroule généralement sous la forme d'une audition conduite par le président³⁹ ; la direction de la procédure interroge le prévenu sur sa personne, sur l'accusation et sur les résultats de la procédure préliminaire (al. 1). Ensuite, les parties et les autres membres du tribunal posent d'éventuelles questions complémentaires (al. 2).

L'alinéa 3 *laisse une certaine liberté aux tribunaux pour ce qui est de la forme à donner à l'interrogatoire personnel du prévenu*. Le tribunal peut par exemple laisser le soin de l'interrogatoire du prévenu aux représentants des parties, mettant ainsi en place un interrogatoire contradictoire tel qu'il se pratique dans le cadre de l'audition des témoins, etc. Dans ce cas, il n'est pas impératif d'interroger le prévenu au début des débats : il peut se

³⁷ Reste ouverte la question de savoir si, en ce qui concerne les infractions en série, les dépositions des lésés peuvent constituer des preuves dont il est essentiel que le tribunal prenne directement et personnellement connaissance en application de l'alinéa 1.

³⁸ Sur ce point en général, voir Aeschlimann 1997 N 1559 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 5 ss. ; Maurer 1999 420 ss. ; Oberholzer 1994 446 ; Piquerez 2000 N 3025 ; Schmid 1997 N 837.

³⁹ Solution également préconisée par les experts dans le rapport « De 29 à l'unité », p. 144, experts qui souhaitaient apparemment l'interrogatoire présidentiel dans toutes les procédures.

révéler judicieux, selon les circonstances, d'administrer tout d'abord les preuves proposées et d'en exploiter ensuite les résultats pour l'interrogatoire.

Les alinéas 4 à 7 sont essentiels en ce sens qu'ils prévoient pour l'*interrogatoire des témoins, des personnes entendues aux fins de renseignement et des experts* non pas l'audition conduite par le président, mais l'*interrogatoire contradictoire* assorti de certaines restrictions. La personne est donc entendue en premier lieu par la partie qui l'a appelée à témoigner, et ensuite par l'autre partie (voire, le cas échéant, par une troisième partie, c'est-à-dire la partie plaignante). L'interrogatoire contradictoire, peu répandu en Suisse à l'heure actuelle⁴⁰, contribue à animer la procédure probatoire. Cela permet avant tout de renforcer le caractère bipartite propre à la procédure pénale et d'éviter d'enserrer la direction de la procédure dans un rôle d'accusateur, notamment au travers de l'interrogatoire des témoins. En outre, il lui est plus facile de juger de la crédibilité et de la véracité des déclarations si elle n'est pas elle-même absorbée par la conduite de l'interrogatoire⁴¹.

263.25 Plaidoiries et dernier mot du prévenu (section 5, art. 379-380 AP)

Ordre des plaidoiries (art. 379 AP)

Après l'interrogatoire sur la personnalité du prévenu et – le cas échéant – l'administration des preuves, c'est le tour des plaidoiries⁴². Le *ministère public* a la parole en premier, du moins lorsqu'il est présent. Ce qui est essentiel, c'est que le ministère public, du fait de la maxime d'accusation (art. 9 AP) et sous réserve de l'article 383 AP, est lié par l'état de faits mis en évidence par l'accusation et non pas par son appréciation juridique (al. 2 et 3). Il peut également *requalifier les faits*, c'est-à-dire poursuivre le prévenu pour meurtre passionnel au lieu d'assassinat. Par contre, s'il abandonne *certaines des éléments de fait évoqués dans l'acte d'accusation*, un acquittement doit être prononcé sur ces points précis (art. 372 al. 2 lit. c AP).

Selon l'alinéa 4, la *partie plaignante* ne peut en principe s'exprimer que sur ses conclusions civiles. Elle ne peut plaider sur la question de la culpabilité que si le ministère public ne soutient pas personnellement l'accusation. Elle ne peut en aucun cas s'exprimer sur la question de la sanction; ce principe est aussi valable pour la victime.

Si par exemple des biens ou des valeurs patrimoniales sont confisqués, mais qu'ils ont été saisis chez une personne non coupable, les *personnes concernées par cette mesure doivent avoir la possibilité de défendre personnellement leur position à la barre* (al. 5).

La défense du prévenu fait l'objet des alinéas 6 et 7. L'alinéa 7 concerne le prévenu qui n'est pas assisté d'un défenseur et qui, en général, ne présente pas de véritable plaidoirie. Dans ce cas, la direction de la procédure doit établir au cours de l'interrogatoire personnel quels sont les arguments que le prévenu entend faire valoir pour sa défense.

L'alinéa 8 stipule que la *réplique* et – uniquement lorsque le ministère public (en règle générale) ou la partie plaignante (éventuellement) a répliqué – la *duplique* ne sont autorisées que dans les cas comportant une procédure probatoire qualifiée, c'est-à-dire lorsque

⁴⁰ Il n'existe apparemment plus que aux assises à Zurich (art. 233 ss. CPP) et au Tessin (art. 243 CPP).

⁴¹ Voir un vote exprimé lors des auditions (p. 20) et qui faisait référence à certaines instructions en Allemagne. Hauser/Schweri 1999 § 82 N 9 dressent également un tableau favorable de l'interrogatoire contradictoire.

⁴² A propos des plaidoiries, voir Aeschlimann 1997 N 1588 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 10 ss. ; Maurer 1999 429 ss. ; Oberholzer 1994 448 s. ; Piquerez 2000 N 3029 ss. ; Schmid 1997 N 839 s.

l'accusation requiert une peine privative de liberté de plus de trois ans (variante : une année) ou des mesures privatives de liberté⁴³. Dans les affaires relevant de la compétence d'un juge unique, elles ne sont autorisées que lorsque cela est nécessaire pour garantir les droits des parties, par exemple si, lors des plaidoiries de la partie plaignante et de la défense, de nouvelles allégations de fait ou de droit ont été lancées, que le ministère public a un intérêt légitime à voir précisées.

Dernier mot du prévenu et clôture des débats (art. 380 AP)

Jusqu'à présent, les codes suisses de procédure pénale ne donnaient pas tous au prévenu le droit d'adresser un dernier mot au tribunal⁴⁴. L'article 380 al. 1 consacre désormais ce droit; le tribunal doit indiquer cette possibilité au prévenu avant la clôture des débats.

Après ce dernier mot, les débats sont clos. Une fois que la direction de la procédure a annoncé cette clôture (al. 2), le tribunal passe aussitôt à la délibération conformément aux art. 381-384 AP.

263.3 Jugement (chapitre 3; art. 381-384 AP)

Généralités (art. 381 AP)

La délibération, qui a lieu *immédiatement après la clôture des débats* dans l'intérêt de la qualité du jugement, se fait à huis clos. Tous les juges doivent prendre part à la délibération, de même que le greffier (qui a une voix consultative) (al. 1 et 2)⁴⁵.

Si l'affaire est en état d'être jugée, le tribunal rend un *jugement au fond*. Ce jugement contient soit un verdict de culpabilité, soit un acquittement. En cas de verdict de culpabilité, les sanctions pénales correspondantes doivent être prononcées. Dans tous les cas, les autres conséquences du jugement sont également énoncées (al. 3). Si le tribunal établit que les *conditions pour un jugement au fond ne sont pas réunies*, c'est-à-dire que certaines conditions à l'action font défaut ou qu'un empêchement à procéder apparaît (retrait de la plainte pénale, prescription, etc.), le tribunal classe la procédure en application de l'article 362 al. 6 AP en combinaison avec l'al. 4).

Si le tribunal établit que le cas n'est pas encore en état d'être jugé, par exemple parce qu'il manque encore des maillons essentiellement à l'enchaînement des preuves, il ordonne par une décision incidente les compléments de preuves nécessaires⁴⁶. En général, il faut alors fixer de nouveaux débats; on peut aussi charger un membre du tribunal d'administrer les compléments

⁴³ Pour une autorisation dans tous les cas : « De 29 à l'unité », p. 144.

⁴⁴ Déjà prévu : art. 167 al. 5 PPF ; art. 249 al. 2 CPP ZH (uniquement aux assises); art. 305 al. 2 CPP BE (pour l'accusé assisté d'un avocat); art. 179 al.4 CPP LU; art. 186 s. CPP UR; art. 94 al. 3 CPP SZ; art. 139 al. 3 CPP NW; art. 126 CPP GL; art. 45 al. 4 CPP ZG; art. 179 al. 2 CPP FR; art. 117 CPP SO; art. 126 al. 4 CPP BS; art. 169 al. 3 CPP BL; art. 273 al. 3 CPP SH; art. 171 al. 4 CPP AR; art. 213 CPP SG; art. 119 al. 3 CPP GR; art. 160 al. 5 CPP AG; art. 252 CPP TI; art. 359 CPP VD; art. 136 ch. 5 et 137 CPP VS; art. 212 al. 4 CPP NE; art. 227 al. 2, 296 al. 3 et 317 al. 5 CPP GE. Voir également à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1592 ; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 11 ; Maurer 1999 430 s. ; Oberholzer 1994 449 s. ; Piquerez 2000 N 3032 ; Schmid 1997 N 840.

⁴⁵ Pour plus de détails sur les délibérations, voir Aeschlimann 1997 N 1595 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 12 ss.; Oberholzer 1994 451 ; Piquerez 2000 N 3055 ss. ; Schmid 1997 N 842 ss. ; voir également « De 29 à l'unité », p. 145, propositions reprises pour l'essentiel dans l'avant-projet.

⁴⁶ Voir également « De 29 à l'unité », p. 145.

de preuves nécessaires en application de l'article 365 al. 3 AP. Si de nouvelles preuves existent, il faudra reprendre les débats dans tous les cas (al. 4)⁴⁷.

Questions préjudicielles; le tribunal est lié par l'accusation (art. 382 AP)

L'alinéa 1 indique que le tribunal pénal peut trancher des questions relevant d'autres domaines du droit si elles sont importantes pour l'application du droit pénal à titre préjudiciel ; il s'agira par exemple de déterminer à qui appartient l'objet volé dans une affaire de vol. Cette compétence correspond à la doctrine et à la jurisprudence dominantes⁴⁸.

La maxime d'accusation (art. 9 AP) a pour conséquence que le tribunal est lié par l'état de faits décrit dans l'accusation. Dans la mesure où celui-ci est couvert par l'acte d'accusation, le tribunal peut toutefois en donner une autre appréciation juridique puisque le droit doit être appliqué d'office (al. 2)⁴⁹.

Si le tribunal entend s'écarter de l'appréciation juridique donnée par le ministère public dans l'acte d'accusation ou au cours des débats, il doit le faire savoir aux parties au plus tard avant les plaidoiries, mais autant que possible dès l'ouverture des débats, afin que les parties puissent en tenir compte dans leurs plaidoiries (al. 3). Ce principe est appliqué de toute façon, que la nouvelle appréciation juridique puisse entraîner une condamnation plus sévère⁵⁰ ou qu'elle ait une influence sur les autres parties du jugement, par exemple sur la peine, les conclusions civiles, etc. Au besoin, les débats doivent être interrompus afin de donner aux parties la possibilité d'examiner en détail les nouveaux points de vue présentés.

Modification et extension de l'accusation (art. 383 AP)

Comme plusieurs codes de procédure pénale actuellement en vigueur en Suisse⁵¹, l'article 383 AP prévoit la possibilité de déroger, à certaines conditions, au principe d'accusation et d'immutabilité (art. 9 al. 1 AP), et de *modifier ou de compléter l'accusation*.

L'alinéa 1 règle tout d'abord le cas où le tribunal estime que l'état de faits décrit dans l'accusation réunit manifestement les éléments constitutifs d'une infraction, mais que l'acte d'accusation est incomplet. C'est le cas par exemple lorsque le prévenu, accusé d'escroquerie, a manifestement agi de façon frauduleuse, mais que le dol n'est pas mis en évidence dans l'acte d'accusation, ou lorsque le tribunal considère que l'état de fait mis en accusation sous la qualification de vol constitue en fait un abus de confiance. Dans un tel cas, il serait choquant que le prévenu soit acquitté. C'est la raison pour laquelle le tribunal invite le

⁴⁷ Sur ce point, voir d'une façon générale Aeschlimann 1997 N 1582 ss. ; Oberholzer 1994 448 ; Piquerez 2000 N 3028 ; Schmid 1997 N 841.

⁴⁸ A propos de cette compétence, voir Hauser/Schweri 1999 § 3 N 21 s. ; Maurer 1999 415 ss. ; Piquerez 2000 N 138 ss. ; Schmid 1997 N 591, 843.

⁴⁹ Aeschlimann 1997 N 164, 1579, 1599 ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 p. 266 ss. sur la réglementation détaillée de l'art. 353 ss. CPP VD ; Hauser/Schweri 1999 § 50 N 6 ss., § N 13 ; Maurer 1999 433 ; Oberholzer 1994 221 ; Piquerez 2000 N 743, 2978 ; Schmid 1997 N 843.

⁵⁰ ATF 126 I 23 avec des références aux différentes réglementations cantonales et à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme.

⁵¹ Voir p.ex. art. 182 al. 3 et 247 al. 2 CPP ZH; art. 184 al. 2 CPP UR; art. 93 CPP SZ; art. 122 CPP GL; art. 178 CPP FR; art. 115 CPP SO; art. 117 CPP BS; art. 152 CPP BL; art. 251 CPP SH; art. 164 CPP AR; art. 100 CPP AI; art. 162 CPP AG; art. 353 ss. CPP VD (voir également Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire des art. 353 ss.) ; art. 135 CPP VS; art. 209 CPP NE. Sur ces possibilités de modification, voir Hauser/Schweri 1999 § 82 N 13 ; Piquerez 2000 N 2978 ; Schmid 1997 N 834.

ministère public à modifier l'accusation dans un certain délai. Il ne peut toutefois pas l'y contraindre.

Si, au cours des débats, apparaissent des *infractions qui ne sont pas comprises dans l'acte d'accusation*, l'alinéa 2 permet au ministère public – comme c'est déjà le cas dans certains codes de procédure pénale cantonaux⁵² – d'introduire pendant les débats une nouvelle accusation qui s'étend à ces nouveaux délits, ce qui évite de devoir ouvrir une nouvelle procédure, préliminaire d'abord, judiciaire ensuite. A cet égard, on songera notamment aux cas d'infractions en série, dans lesquels les lésés signalent en cours d'interrogatoire de nouvelles infractions du même type, à moins que le lésé lui-même n'en avoue d'autres au cours des débats.

Les modifications et compléments à l'acte d'accusation au sens des alinéas 1 et 2 ne sont toutefois autorisés que si les *droits des parties – prévenu, partie plaignante – sont garantis* (al. 3)⁵³. A cet effet, une interruption des débats est souvent nécessaire. Si les nouveaux délits sont trop nombreux, le tribunal doit se prononcer sur la meilleure solution en termes d'économie procédurale : soit regrouper les infractions au sens de l'alinéa 2, soit ouvrir une procédure distincte en application de l'article 361 al. 3 AP.

Prononcé du jugement (art. 384 AP)

Si le jugement est prononcé par un tribunal collégial, tous les éléments du jugement, y compris le verdict de culpabilité, peuvent faire l'objet d'une décision à la *majorité simple* des juges. Ces derniers, conformément au droit procédural suisse dans son ensemble⁵⁴, sont tenus de voter. L'avant-projet renonce à régler les détails de la délibération et du vote. Il semble clair que tous les éléments du jugement doivent faire l'objet d'une délibération et d'un vote séparés⁵⁵.

Le jugement (comme d'ailleurs toutes les autres décisions finales, y compris la décision de non-lieu au sens de l'article 362 al. 4 AP) est soumis en outre aux *prescriptions générales* des articles 91 et suivants AP concernant les décisions.

⁵² Voir notamment art. 245 CPP ZH; art. 300 CPP BE; art. 178 CPP FR (voir Piller/Pochon 1998 Art. 178.1 ss.); art. 149 et 152 CPP BL; art. 251 CPP SH. Egalement recommandé par les experts dans le rapport « De 29 à l'unité », p. 144, étant précisé qu'il y est question de la modification de l'ordonnance de renvoi.

⁵³ Voir également « De 29 à l'unité », p. 144.

⁵⁴ Voir notamment art. 138 al. 1 LOJ ZH; art. 67 al. 1 CPP BE; art. 181 al. 2 CPP LU; art. 4 LOJ UR; art. 93 LOJ SZ; art. 125 al. 3 CPP OW; art. 134 al. 1 CPP GL; art. 180 al. 3 CPP FR; art. 118 al.1 CPP SO; art. 127 al. 1 CPP BS; art. 172 al. 2 CPP AR; art. 161 al. 2 CPP AG; art. 161 al. 2 CPP TG; art. 257 CPP TI; art. 139 CPP VS; art. 102 LOJ GE; art. 251 CPP JU. Voir également Aeschlimann 1997 N 674 ; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 18 ; Oberholzer 1994 451 ; Piquerez 2000 N 3066 ; Schmid 1997 N 842.

⁵⁵ A ce sujet, voir Hauser/Schweri 1999 § 82 N 18 ss.

264 Procédures spéciales (Titre 9)

Outre le déroulement habituel de la procédure, qui mène de la phase préliminaire diligentée par le ministère public à la procédure judiciaire de première instance, il est traditionnel dans le droit suisse de procédure pénale de prévoir un certain nombre de procédures spéciales. Ces dernières prennent en compte des particularités relatives soit à l'auteur de l'infraction (p.ex. absence du prévenu dans les procédures par défaut), soit aux infractions elles-mêmes (p.ex. caractère mineur ou de contravention dans les procédures d'ordonnance pénale ou de contravention), ou aux sanctions (dans les procédures indépendantes en matière de mesures). Ces procédures particulières sont incontestablement concernées par l'unification de la procédure pénale fédérale¹. En revanche, on peut se poser la question de savoir lesquelles de ces procédures doivent trouver place dans cette loi. Comme nous l'avons mentionné en introduction du présent rapport, la procédure pénale des mineurs est, pour l'instant, présentée sous la forme d'un projet de loi séparé, et l'on décidera après la procédure de consultation si ces éléments doivent être réglés dans une loi fédérale particulière ou doivent plutôt constituer un nouveau chapitre de ce titre 9. En revanche, la procédure de l'accusation privée n'a pas été retenue pour figurer dans la présente loi².

Ces procédures spéciales ne sont applicables qu'exceptionnellement, dans les cas prévus par la loi. Dans la mesure où ce titre 9 ne prévoit aucune règle particulière, les procédures spéciales décrites sont soumises aux règles générales.

264.1 Les procédures simplifiées (chapitre 1; art. 385-389 AP)

Remarques préliminaires

Selon les règles générales, une sentence pénale est prononcée au terme d'une procédure préliminaire complète – incluant notamment l'administration des preuves –, après que le ministère public a soutenu une accusation et que cette accusation a été examinée par le tribunal dans le cadre des débats. La conciliation et le fait de reconnaître le bien-fondé de l'accusation selon le modèle de la procédure civile étaient jusqu'à présent inconnus en Suisse. Dans d'autres ordres juridiques, en revanche, des instruments ont été élaborés afin d'alléger les débats, permettant aux parties (principalement au ministère public et au prévenu) de se mettre d'accord sur le verdict de culpabilité et sur les sanctions, évitant les procédures préliminaires et les audiences judiciaires, puis de soumettre cet accord au tribunal. Cette procédure est par exemple très répandue aux Etats-Unis où, selon les estimations, près de 95% des cas se terminent par un tel accord après ce qu'on appelle un *plea bargaining*. En d'autres termes, ces affaires passent directement de la mise en accusation au jugement du tribunal sans administration des preuves³.

Jusque dans un passé récent, les législateurs suisses et la littérature étaient plutôt réservés à l'égard du *plea bargaining* et des autres procédures de ce type⁴. Les experts se sont aussi prononcés contre cette institution en invoquant à la fois les exigences de l'Etat de droit et le

¹ Point de vue partagé par les experts (« De 29 à l'unité », p. 150)

² Voir ch. 124 et 161 supra.

³ Voir également Schmid 1993 59 ss. ; Piquerez 2000 N 261 ss. ; avec d'autres références « De 29 à l'unité », p. 50 ss.

⁴ Voir Donatsch 1992 159 ss. ; Kuhn 1998 73 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 49 N 2, § 50 N 9 ; Oberholzer 1992 7 ss. ; le même 1993 157 ss. ; Piquerez 2000 N 264 ; Schlauri 1999 482 ss. Pour d'autres arguments et remarques, voir « De 29 à l'unité », p. 51.

fait que d'autres instruments, comme le principe d'opportunité ou l'ordonnance pénale, devraient avoir des conséquences semblables en matière d'allégement de la procédure⁵. Au cours des auditions, les experts étaient soit partagés⁶, soit favorables à une attitude plus ouverte⁷.

Il est frappant de constater qu'entre-temps, deux cantons, à savoir le Tessin puis, sur le même modèle, Bâle-Campagne, ont créé un type de procédure appelé « *procédure simplifiée* » qui se rapproche⁸ effectivement du *plea bargaining*⁹. La « procédure simplifiée », permet ainsi aux parties de porter une affaire directement devant le tribunal de jugement, moyennant un accord sur la culpabilité, la peine et les conséquences de droit civil, abandonnant ainsi certaines phases de la procédure et notamment la procédure préliminaire¹⁰. Bien que, selon les informations dont nous disposons, cette procédure ne soit pas toujours jugée positive¹¹ dans les deux cantons qui l'ont adoptée, singulièrement au Tessin qui l'expérimente depuis une année et demi, ce modèle se présente à différents égards comme une solution permettant de clore une procédure plus rapidement. Cette procédure écourtée sera donc examinée dans le cadre de l'avant-projet.

Apporter une solution législative à cette question contribue à éliminer une bonne partie de cette *zone grise dans laquelle se négociaient jusqu'à présent des « accords informels »*. Ce n'est en effet pas un secret que des accords sont conclus dans certains cas entre le prévenu et le ministère public, peut-être même plus souvent qu'on ne le croit¹². Compte tenu de la charge de travail toujours plus lourde qui pèse sur les organes de poursuite pénale, on peut partir du principe que ce genre de négociations va devenir de plus en plus fréquent. Il est donc plus honnête de créer un instrument légal plutôt que de renoncer à prévoir une procédure de ce genre tout en la tolérant en pratique. En outre, eu égard au fait que cette procédure suppose la coopération des parties (art. 386 al. 2 et 387 al. 3 AP) et un contrôle du tribunal (art. 389 al. 1 lit. a AP)¹³, il devrait être possible de limiter les abus au minimum.

⁵ « De 29 à l'unité », p. 52.

⁶ Voir Auditions p. 32, 36, 37, 30, 50, 136, 151.

⁷ Voir Auditions p. 8, 21, 43, 45, 63, 159. Voir également Müller 1998 285 s.

⁸ A ce sujet, voir Schlauri 1999 482 ss., critique surtout sur la question de savoir si ces procédures simplifiées constituent une variante du *plea bargaining* et avec des références aux textes des deux cantons ; au Tessin, notamment, on a voulu éviter de mettre en place une formule dérivée du *plea bargaining* ou de reproduire rencontrées en Europe comme le *patteggiamento* italien.

⁹ Voir art. 316a-316g CPP TI ; 137-140 CPP BL reproduits dans Schlauri 1999 492 ss.

¹⁰ Sur les motifs législatifs, voir les textes, reproduits pour le Tessin chez Salvioni 1999 489 ss. ; pour Bâle-Campagne : projet 1998-143 du 18 août 1998 (http://www.baselland.ch/docs/parllk/vorlagen/1998/v143/1998-143_3.htm).

¹¹ Selon les renseignements fournis par des membres du tribunal pénal compétent et du ministère public. On constate néanmoins que vingt-et-un cas ont été liquidés en 1999 - et trois jusqu'au mois de mai 2000 - au titre de la « *procedura accelerata* » (il s'agissait principalement d'affaires de trafic de stupéfiants).

¹² A ce sujet, voir Donatsch 1992 159 ss. ; Oberholzer 1992 9 ; le même 1993 157 ss. avec des références à des sources allemandes mentionnant des accords dans 20-40 % des cas. Voir également les références citées dans Auditions, p. 43 et 45.

¹³ Les documents tessinois (cités par Salvioni 1999 490) voient manifestement dans le contrôle judiciaire une garantie essentielle de la régularité de cette procédure.

264.11 Admissibilité; introduction (section 1, art. 385-387 AP)

Principe (art. 385)

Le prévenu peut *demandeur au ministère public que soit appliquée la procédure simplifiée* s'il a, pour l'essentiel, reconnu les faits et admis les conclusions civiles du lésé. Il faut partir du principe que ces demandes doivent être présentées généralement au début de l'instruction, c'est-à-dire à un stade où, au terme de l'enquête de la police et à la suite des premiers actes d'instruction du ministère public, la responsabilité pénale du prévenu commence à apparaître assez clairement. Le point de départ de cette procédure résidera souvent dans des discussions informelles entre les parties, discussions qui n'ont pas à être réglées dans les présentes dispositions. Il faut donc admettre qu'une requête au sens de l'article 385 AP ne sera déposée que si les parties se sont mises d'accord sur les points essentiels de l'accusation, notamment l'état de fait, la peine et le règlement des conclusions civiles.

Ouverture de la procédure (art. 386 AP)

L'ouverture de la procédure simplifiée *dépend d'une décision du ministère public*. Une décision négative n'a pas à être motivée et ne peut faire l'objet d'aucun recours (al. 1).

Si le ministère public décide d'engager cette procédure, les parties en sont informées. La *partie plaignante* est invitée à faire valoir ses prétentions, qui constitueront la base du règlement des conclusions civiles et des indemnisations au sens de l'article 387 al. 1 lit. e et f AP. Si la partie plaignante ne présente pas ses conclusions dans le délai imparti, elle ne pourra plus le faire au cours de la procédure simplifiée et sera renvoyée à agir devant le juge civil.

Acte d'accusation (art. 387 AP)

L'acte d'accusation énumère les infractions reprochées au prévenu conformément à l'article 359 AP, ainsi qu'une proposition de jugement, généralement élaborée d'entente entre les parties. L'article 387 al. 1 lit. a – f AP énumère les éléments nécessaires de l'accusation. Il est essentiel que cette accusation spéciale, élargie par rapport à l'article 358 AP, indique la mesure envisagée (lit. a). La *peine la plus sévère prévue est la privation de liberté pour une durée de cinq ans*¹⁴; il est donc clair que cette procédure peut être envisagée également pour les délits de gravité moyenne et qu'elle dépasse le champ d'application de l'ordonnance pénale.

Le contenu de l'alinéa 2, mis en relation avec l'alinéa 3, est également important : les parties doivent être informées que *l'acceptation de cette procédure est irrévocable, et qu'elles renoncent ainsi à faire usage des moyens de recours (sous réserve de l'article 389 al. 7 AP)*.

L'acte d'accusation élargi est soumis aux parties, et le cas échéant au ministère public de la Confédération¹⁵, qui disposent d'un délai de 10 jours pour en accepter le contenu ou s'y opposer (al. 3). Les parties n'ont pas à motiver leur approbation ou leur opposition.

¹⁴ Au Tessin, le maximum prévu est de trois ans de privation de liberté (art. 316d al. 1 lit. a CPP TI) ; l'article 139 al. 2 lit d CPP BL n'indique pas de maximum.

¹⁵ Lorsque des droits de procédure sont reconnus au ministère public de la Confédération en vertu des art. 33 al. 4 et 452 al. 3 AP (droit d'être informé sur l'issue de la procédure ; possibilités de recours).

Si les parties l'acceptent, l'*acte d'accusation et le dossier sont transmis au tribunal compétent*. Si elles s'y opposent (ou si une partie ne fournit aucune explication), le ministère public lance une procédure préliminaire ordinaire et liquide l'affaire en prononçant la mise en accusation ou en rendant une ordonnance pénale ou de non-lieu (al. 4). Il n'est toutefois pas exclu que le prévenu, par exemple, après avoir rejeté dans un premier temps un acte d'accusation élargi, dépose plus tard (par exemple après la production de nouvelles preuves) une nouvelle demande de procédure simplifiée.

264.12 Procédure devant le tribunal (section 2, art. 388-389 AP)

Débats (art. 388)

Si les parties ont accepté l'acte d'accusation élargi, le tribunal ouvre une procédure conformément aux articles 361 ss. AP, sous forme de *débats sommaires mais en principe publics*. Il s'agit avant tout pour le tribunal d'être en mesure, dans les affaires complexes, de vérifier en audience publique la recevabilité de cette procédure spéciale (al. 1)¹⁶.

L'alinéa 2 permet néanmoins de renoncer à des *débats oraux et publics* dans les cas simples. Ce procédé n'étant possible qu'avec l'accord des parties, il ne pose aucun problème de compatibilité avec la cst. et la CEDH. L'application de l'alinéa 2 rapproche quelque peu cette procédure de la procédure de l'ordonnance pénale, qui ne se déroule pas non plus en audience publique.

Au cours des débats, les prévenus présents sont interrogés si nécessaire; *en revanche, il n'y a pas de procédure probatoire* (al. 3-5).

Jugement (art. 389 AP)

Le caractère propre de la procédure simplifiée restreint les pouvoirs de contrôle du tribunal puisque l'acte d'accusation de l'article 387 AP est généralement basé sur une enquête et une instruction sommaires.

Par conséquent, le tribunal vérifie

- si la procédure a été *ouverte et menée correctement par le ministère public au sens des art. 385-387 AP, et si dans ce contexte les droits accordés aux parties ont été garantis* (al. 1 lit. a)¹⁷.
- si l'*accusation concorde avec le dossier (en général rudimentaire, comme cela a été mentionné ci-dessus), tant sur le plan formel que matériel*. Nous l'avons dit, la procédure est très souvent basée sur le dossier de la police et sur certains actes d'instruction. Le tribunal doit vérifier s'il existe un fondement suffisant dans le dossier en ce qui concerne les infractions énumérées dans l'acte d'accusation. Etant donné que l'on part de l'accusation élargie au sens de l'article 387 AP, il convient également de contrôler les autres éléments, et notamment de vérifier si le règlement des prétentions civiles est conforme aux accords conclus entre le prévenu et la partie plaignante (al. 1 lit. b).

¹⁶ Salvioni 1999 491.

¹⁷ Semblable : art. 316g CPP TI ; art. 142 al. 1 CPP BL.

- si les *sanctions proposées* sont adaptées à la faute (al. 1 lit. c).

Si le tribunal accepte l'accusation, celle-ci constitue le fondement du jugement qui est rendu séance tenante. Le jugement ne doit être motivé que sommairement (voir art. 92 al. 3 AP) et cette motivation se limitera généralement à montrer que les conditions de la procédure sont réunies. Compte tenu de cette règle spéciale, l'article 93 AP (renonciation à l'exposé des motifs) n'est pas applicable. Le jugement est communiqué aux parties conformément aux règles générales, c'est-à-dire les articles 96 ss. AP (voir al. 2 et 3).

Si le tribunal considère que les conditions d'un *jugement en procédure simplifiée* ne sont pas réunies, il refuse l'autorisation par une ordonnance (al. 4). Les motifs du refus peuvent être de nature formelle (p.ex. insuffisance d'une déclaration au sens de l'article 387 al. 3 AP) ou matérielle (p.ex. connexité insuffisante aux yeux du tribunal entre les infractions figurant dans les dossiers de police ou d'instruction et celles qui sont énumérées dans l'acte d'accusation). Le tribunal doit également refuser de confirmer l'acte d'accusation, en vertu de l'alinéa 4, s'il considère que la peine au sens de l'article 387 al. 1 lit. a AP est inadaptée. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'il s'écarte des sanctions proposées si les parties expriment leur accord devant le tribunal. En vertu des articles 382 al. 3 AP et 383 AP, il est également possible, avec l'accord des parties, de modifier l'acte d'accusation et l'appréciation juridique de l'état de fait¹⁸.

Si le tribunal refuse un jugement rendu en procédure simplifiée, le dossier est renvoyé au ministère public, qui doit ouvrir une *procédure ordinaire* conformément aux articles 326 ss. AP suivie d'une *procédure intermédiaire* au sens des art. 350 ss. AP. Cette décision incidente, qui n'a pas à être motivée, n'est pas sujette à recours; comme indiqué à propos de l'alinéa 7, les décisions prises en procédure simplifiée échappent dans une large mesure au contrôle d'une instance supérieure (art. 4 et 5).

Les *concessions consenties par les parties* dans le cadre de cette procédure simplifiée (aveux du prévenu; déclarations du ministère public concernant les délits à poursuivre, renonciation à poursuivre certaines infractions ou encore déclarations relatives aux sanctions prévues; conciliation avec la partie plaignante au niveau des conclusions civiles en cas de connexité avec la procédure simplifiée) deviennent caduques si le tribunal n'accepte pas la proposition de règlement commune et ne lie pas les parties pour les étapes suivantes de la procédure (al. 6).

L'absence presque totale de moyens de recours qui résulte de l'alinéa 7 pourrait être considérée comme problématique¹⁹. Toutefois, le fait que les voies de recours soient si restreintes est étroitement lié au caractère sommaire de cette procédure. Etant donné que les parties, conscientes des conséquences de l'acte d'accusation dressé en application à l'article 387 AP, acceptent l'accusation, et notamment le verdict de culpabilité et les sanctions, l'absence de voies de recours est acceptable sur le plan juridique. Il apparaît néanmoins indispensable d'admettre un moyen de recours très limité contre cette catégorie de jugements. L'appel²⁰ ne permet toutefois d'invoquer que deux griefs : soit le fait que la partie n'aurait pas accepté l'acte d'accusation, ce qui signifie que le ministère public et le tribunal ont, à tort,

¹⁸ Cela se fait également au Tessin ; tel fut le cas à quatre reprises en 1999 (« *sentenze contrairement trasformazione in procedura ordinaria* »).

¹⁹ Voir art. 316g al. 5 CPP TI ; art. 142 al. 5 CPP BL.

²⁰ L'appel (malgré les griefs limités) intervient au premier titre car ce moyen de recours est dirigé contre un jugement au fond.

donné leur approbation au sens de l'article 387 al. 4 AP ; soit le fait que le jugement du tribunal ne concorderait pas avec l'acte d'accusation accepté par la partie. En revanche, le prévenu ne peut faire valoir qu'il a effectivement accepté la liquidation du cas en procédure simplifiée, mais qu'en réalité il n'a pas avoué, ou que la commission de l'infraction n'a pas été prouvée, ou encore que les éléments constitutifs n'étaient pas réunis. De même, une *révision* ultérieure est exclue ; le prévenu ne pourrait donc pas, après coup, prétendre présenter un moyen de preuve supposé les disculper.

264.2 Décisions judiciaires indépendantes ultérieures (chapitre 2; art. 390-393 AP)

264. 21 Généralités (section, 1, art. 390-391)

Compétence en général (art. 390 AP)

Le droit pénal donne au juge, notamment en matière d'exécution des peines, la possibilité de compléter ou modifier ultérieurement le jugement (voir p.ex. art. 41 ch. 3, 43 ch. 3, 44 ch. 3, 49 ch. 3 CP/nouv. art. 36, 39, 46, 59 al. 4, 60 al. 3, 62 al. 4, 62a, 62c al. 3 et 4, 89, 95 al. 3-5 CP)²¹. Ces décisions judiciaires ultérieures (parfois également *appelées décisions et procédures de révocation ultérieures*)²² ne peuvent souvent pas intervenir dans le cadre d'un jugement, puisque aucun nouveau jugement ne sera rendu – à l'exception du cas particulier, cité ci-dessous, de la révocation des sanctions suspendues ou conditionnelles et de l'élargissement après de nouvelles infractions. Cela signifie que les décisions de ce type doivent faire l'objet d'une procédure spéciale. Cette décision ultérieure est prise par le juge qui a prononcé le jugement initial (voir art. 390 al. 1 AP)²³.

Si des décisions ultérieures peuvent être prises *dans le cadre d'une nouvelle procédure pénale*, ces dispositions ne sont pas applicables. Le ministère public doit plutôt ajouter à l'acte d'accusation les réquisitions correspondantes (art. 359 al. 1 lit. g AP) sur lesquelles le juge statuera au cours des débats et dans le cadre du prononcé du jugement (voir art. 92 al. 4 lit. c AP).

L'alinéa 2 précise que ce chapitre ne s'applique qu'aux décisions *judiciaires* ultérieures. Si le CP parle d'«autorité compétente» (voir p.ex. art. 42 ch. 4 al. 2, 43 ch. 4, 44 ch. 4, 49 ch. 1 al. 2 CP/nouv. art. 62d, 63 al. 3, 63a al. 1 CP) et que, de ce fait, les décisions correspondantes - principalement les décisions relatives à l'exécution des peines - relèvent d'une autorité administrative chargée de l'exécution des peines, c'est le droit de l'exécution des peines de la Confédération (voir nouv. art. 375-383 CP) ou du canton concerné qui s'applique (art. 509 AP).

Compétence particulière (art. 391 AP)

Si ces décisions ultérieures sont prononcées à la suite d'une ordonnance pénale ou d'une ordonnance d'amende, c'est le *ministère public ou les autorités pénales en matière de*

²¹ A propos du droit en vigueur, voir Piller/Pochon 1998 Art. 195.1.

²² Pour le droit cantonal actuellement en vigueur, voir art. 316 ss. CPP BE; art. 189 s. CPP LU; art. 201 ss. CPP UR; art. 198 ss. CPP OW; art. 176 s. CPP NW; art. 195 CPP FR; art. 200 ss. CPP BS; art. 382 ss. CPP SH; art. 195 ss. CPP AR; art. 122 ss. CPP AI; art. 274 ss. CPP SG; art. 190 ss. CPP GR; art. 200 ss. CPP AG; art. 170 CPP TG; art. 482 CPP VD; art. 214 CPP VS; art. 282 CPP NE; art. 376 ss. CPP GE. D'une façon générale, voir Aeschlimann 1997 N 1624 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 45 N 16 ; Maurer 1999 441 s. ; Oberholzer 1994 603 ss. Poncelet 1978 Commentaire des art. 376 ss. ; Schmid 1997 N 581.

²³ Voir « De 29 à l'unité », p. 155.

contravention qui sont compétentes, conformément à l'article 391 AP. Cela vaut par exemple pour la révocation d'un sursis et pour la décision de conversion d'une amende au sens de l'article 49 CP/nouv. art. 106 al. 2 CP. Dans ces cas-là, la décision ultérieure est de nouveau prononcée sous forme d'ordonnance pénale ou d'ordonnance d'amende²⁴. Ces ordonnances de révocation peuvent faire l'objet d'une opposition, à l'instar des ordonnances pénales ou d'amende initiales (art. 415 et 423 AP).

Font également partie des décisions ultérieures, au sens du droit actuel, certaines *radiations d'inscriptions au casier judiciaire*. Dans la mesure où ces suppressions devaient être ordonnées par les tribunaux, elles supposaient un alourdissement non négligeable de la procédure. Selon le nouvel article 372 CP, la radiation des inscriptions au casier judiciaire se fera désormais automatiquement, de sorte qu'il ne sera plus possible pour le juge d'effectuer des radiations prématurées.

264.22 Procédure (section 2, art. 392-393 AP)

Introduction et mise en œuvre (art. 392 AP); décision (art. 393)

L'article 392 AP régit la procédure de façon plus détaillée, reprenant des règles que l'on trouve déjà dans les différentes lois de procédure et dans la jurisprudence. La procédure est généralement engagée d'office par les autorités²⁵ et se déroule en principe par écrit, bien que des débats oraux puissent être ordonnés. Si la décision ultérieure est prononcée en même temps qu'un nouveau jugement au fond, la délibération et la décision se font au cours de la même procédure, c'est-à-dire au cours de débats oraux et publics, et la décision est généralement rendue oralement en même temps que le jugement.

Les possibilités de recours s'inscrivent dans la même logique: une décision ultérieure prononcée séparément sous forme d'ordonnance ou de décision peut faire l'objet d'un recours²⁶. Si la décision ultérieure est rendue en même temps qu'une nouvelle décision au fond, et si cette dernière est attaquée, les ordonnances et décisions prononcées simultanément à la décision au fond sont considérées sans autre précision du recourant, comme attaquées également (art. 467 al. 2 AP)²⁷.

264.3 Procédure par défaut (chapitre 3; art. 394-400 AP)

264.31 Conditions (section 1, art. 394 AP)

Conditions (art. 394 AP)

L'article 394 AP fixe les conditions de la procédure par défaut (également appelée *procédure par contumace*). Cette disposition s'inspire des modèles sur lesquels sont basés les lois de

²⁴ Voir également « De 29 à l'unité », p. 155 et, p.ex., art. 195 al. 4 CPP FR et Piller/Pochon 1998 Art. 195.12 ss.

²⁵ Assez rarement sur requête d'un particulier participant à la procédure, par exemple lorsqu'il s'agit d'utiliser les objets et les valeurs confisqués en faveur du lésé lors d'une procédure d'allocation ultérieure telle qu'elle est prévue à l'art. 60 CP / nouv. art. 73 CP. A ce sujet, voir Schmid in Schmid 1998 Art. 60 N 70 ss. Un autre point de vue : Poncet 1978 Commentaire des art. 376, p. 448 in fine.

²⁶ Recours prévu par plusieurs codes de procédure : art. 402 CPP ZH; art. 190 CPP LU; art. 210 al. 1 ch. 21 CPP UR; art. 134 lit. d CPP OW; art. 329 CPP SH; art. 204 ch.4 CPP AR; art. 483 al. 3 CPP VD.

²⁷ Voir les explications données à propos de l'art. 467 AP et Aeschlimann 1997 N 1747 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 100 N 11 s. ; Oberholzer 1994 530 ; Schmid 1997 N 1022. Voir également art. 324 al. 2 CPP JU.

procédure pénale les plus récentes²⁸. Elle prend toutefois en considération les restrictions exigées par les pénalistes pour ce type de procédure, notamment eu égard à la CEDH²⁹.

Selon l'alinéa 1, une procédure par défaut est engagée tout d'abord lorsque le *prévenu n'a pas pu être suffisamment interrogé dans la procédure préliminaire*, par exemple parce qu'il avait déjà disparu au moment de l'ouverture de la procédure. Dans ces cas-là, la procédure préliminaire *doit être suspendue*, en application de l'article 345 AP, une fois les preuves essentielles sécurisées et après que les mesures de poursuite nécessaires ont été ordonnées (art. 222 AP)³⁰.

Par conséquent, une procédure par défaut *n'entre en ligne de compte que si le prévenu ne se présente pas aux débats après qu'une procédure préliminaire a été close normalement et après que l'administration des preuves a eu lieu*. Si le prévenu comparait seul, sans sa défense, les débats doivent être ajournés de façon que le prévenu ne soit pas désavantagé du point de vue juridique. Vu l'importance de la présence du prévenu aux débats, il convient de ne pas lancer immédiatement une procédure par défaut, mais d'effectuer, comme le prévoient les alinéas 2 et 3, *d'autres tentatives pour faire comparaître ou amener le prévenu*. De l'avis de la CEDH, le tribunal doit entreprendre tous les efforts pouvant être raisonnablement exigés de lui pour obtenir que le prévenu compare en personne³¹. Ce n'est qu'après que ces efforts ont été consentis qu'une procédure par défaut peut être engagée. Mais le tribunal a aussi le loisir de suspendre l'affaire jusqu'à ce que le prévenu soit retrouvé. Il dispose donc d'un certain pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de poursuivre ou non la procédure. Il choisira d'engager une procédure par défaut l'intérêt public exige une liquidation immédiate du cas (risque de prescription; affaire ayant marqué l'opinion publique).

L'alinéa 4 règle le cas particulier dans lequel *le prévenu s'est lui-même mis dans l'incapacité de participer aux débats ou s'il refuse d'être extrait de la prison pour y être conduit*. Dans ce cas, la procédure par défaut peut être engagée immédiatement³². En revanche, si le prévenu s'absente sans permission après l'ouverture des débats, les débats sont clos comme s'il était présent; le juge ne rend pas de jugement par défaut (art. 372 al. 2 lit. d).

Il faut que le prévenu ait eu suffisamment d'*occasions de s'exprimer* au cours de la procédure et que les preuves administrées permettent un jugement; en d'autres termes, il est nécessaire que *le dossier soit en état d'être jugé même en l'absence du prévenu* (al. 5). Si tel n'est pas le cas, la procédure doit être suspendue conformément à l'article 345 AP³³.

²⁸ Voir notamment art. 286 CPP BE; art. 197 CPP UR; art. 131 CPP OW; art. 174 CPP FR; art. 158 s. CPP BS; art. 193 ss. CPP BL; art. 167 CPP TG; voir également, p.ex. art. 277 CPP TI. Plus détaillé sur les anciennes dispositions comme celles des art. 394 ss. CPP VD; à ce sujet, voir le commentaire de Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995, p. 315 ss.

²⁹ Aeschlimann 1997 N 1528 ss.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 176 N 1 ss.; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 1 ss.; Maurer 1999 412 s.; Oberholzer 1994 463 ss.; Padrutt 1996 Art. 123 N 1 ss.; Piquerez 2000 N 3206 ss.; Schmid 1997 N 857 ss.; le même 1996 285 ss.

³⁰ Voir également « De 29 à l'unité », p. 151. Autre solution: art. 103 al. 1 DPA.

³¹ Avec d'autres références ATF 126 I 36; Haefliger/Schürmann 1999 184; Villiger 1999 N 474; Schmid 1996 287;

³² A propos de l'incapacité de participer aux débats provoquée volontairement par le prévenu lui-même: art. 265 al. 1 ch. 3 CPP LU; art. 176 CPP AR; art. 104 al. 2 CPP AI; avec d'autres références: Schmid 1996 292.

³³ Voir « De 29 à l'unité », p. 152.

264.32 Conduite de la procédure par défaut (section 2, art. 395-396 AP)

Généralités (art. 395 AP)

Il est essentiel, abstraction faite de l'absence du prévenu, que les *débats soient effectués conformément aux prescriptions ordinaires* (al. 1). Toute aggravation de la position du prévenu défaillant ne correspondrait plus aux conceptions actuelles³⁴. C'est ainsi que les représentants des parties, et notamment la défense, peuvent remplir leur office (al. 2). Dans les cas de *défense obligatoire* (art. 136 AP), une procédure par défaut implique même que le prévenu soit suffisamment défendu; si une défense suffisante n'est pas assurée, les débats doivent être ajournés³⁵. En fixant ainsi le droit du prévenu d'être présent aux débats et d'être défendu, l'avant-projet se distance – suivant là encore l'évolution récente du droit suisse de la procédure pénale³⁶ - d'une pratique autrefois répandue et de certains textes légaux selon lesquels la défense ne devait pas être admise à plaider.

La procédure par défaut et le jugement par défaut se fondent sur le dossier de la procédure préliminaire et sur les résultats des débats, en particulier les plaidoiries. En règle générale, aucune preuve supplémentaire n'est administrée, mais le tribunal est libre de le faire (al. 3). Les exigences en matière de preuves sont donc moins strictes que lorsque le prévenu est présent (voir art. 374 ss. AP); le défaut de connaît pas, notamment, la procédure probatoire qualifiée au sens des art. 376 ss. dans les affaires qui ne relèvent pas d'un tribunal à juge unique.

Décision (art. 396 AP)

Au terme de la procédure principale, le *tribunal rend un jugement*, comme cela est prévu aux articles 381 ss. AP pour la procédure ordinaire. Le tribunal peut toutefois, encore à ce stade, *suspendre* la procédure conformément à l'article 345 AP, par exemple parce qu'il est apparu au cours de la délibération que le dossier ne se trouvait pas en état d'être jugé (al. 1)³⁷.

Ce jugement peut être considéré comme une décision finale ordinaire *rendue conformément aux règles générales des art. 96 ss. AP* (al. 2). Entrent donc également en ligne de compte les notifications subsidiaires au domicile de notification (art. 98 al. 3 AP) ou une notification publique (art. 101 AP), avec cette conséquence que les jugements par défaut entrent en force une fois écoulés les délais ordinaires et deviennent donc exécutoires.

264.33 Nouveau jugement (section 3, art. 397-400 AP)

Requête du prévenu en relevé du défaut (art. 397 AP)

Si l'on découvre *le lieu de séjour du prévenu ou s'il a pu être localisé de toute autre manière*, le dispositif du jugement par défaut lui est remis. Si le prévenu entend s'opposer au jugement

³⁴ « De 29 à l'unité », p. 152. Voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1532 s. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 177 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 21 ss. ; Oberholzer 1994 464 ss. ; Padrutt 1996 Art. 123 N 5 ; Piquerez 2000 N 3219 ss. ; Schmid 1997 N 864 s. ; le même 1996 294 s.

³⁵ Voir p.ex. l'art. 174 al. 2 CPP FR ; à ce sujet, Piller/Pochon 1998 Art. 174.7. Sur l'admission de la défense obligatoire : ZR 91/92 (1992/93) N° 13 p. 38 ; Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 196 N 5.

³⁶ Aeschlimann 1997 N 1533 ; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 20 ; Maurer 1999 413 ; Oberholzer 1994 468 ; Piquerez 2000 N 3223 ; Schmid 1997 N 864.

³⁷ Voir également « De 29 à l'unité », p. 153.

par défaut, il dispose de différentes possibilités selon la situation : si le délai de recours de dix jours n'est pas encore écoulé (art. 454 al. 1 AP), il a le choix entre l'appel ou la requête en relevé du défaut (en nouveau jugement; *relief, voir également en allemand Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung, Wiederherstellung, Reinigung, Restitution ou Erhebung*)³⁸. Il peut également faire usage de ces deux possibilités cumulativement. S'il choisit uniquement l'appel, il perd le bénéfice d'une voie de droit. S'il choisit uniquement le relevé du défaut (le nouveau jugement), il court le risque que sa requête soit refusée parce que les conditions de l'article 398 AP ne sont pas réalisées; il n'a alors plus aucun moyen de recours à sa disposition (voir al. 1 et 2).

Pour permettre au juge de statuer sur la requête en relevé du défaut (voir art. 398 AP), celle-ci devra être *brièvement motivée* (al. 3), faute de quoi le prévenu se verra accorder un délai supplémentaire pour ce faire.

Recevabilité de la requête et rapports avec l'appel (art. 398 AP)

Les conditions auxquelles le prévenu peut demander le relevé du défaut varient en fonction des codes suisses de procédure pénale. Dans certains cas, ce droit n'est garanti que si le prévenu prouve que des raisons impérieuses l'ont empêché de participer aux premiers débats³⁹. D'autres codes permettent le relevé du défaut sans imposer de condition particulière, et notamment sans exiger que l'absence du prévenu ait été indépendante de sa volonté⁴⁰. Cette deuxième possibilité, qui est celle proposée par les experts⁴¹, ne pose aucun problème eu égard aux exigences de la CEDH et de la jurisprudence des organes de Strasbourg. Toutefois, l'admission de requêtes en relevé du défaut sans conditions mène à des abus ; en effet, par son absence, le prévenu peut provoquer l'ajournement des débats et, selon les circonstances, un retard de la procédure, sans inconvénient majeur pour lui-même⁴².

C'est la raison pour laquelle l'avant-projet n'admet pas le relevé du défaut lorsque le *prévenu a été cité à comparaître en bonne et due forme et qu'il n'a ensuite pas comparu aux débats, manifestement de façon fautive* (al. 1). Il faut notamment citer dans ce contexte les cas dans lesquels le prévenu emprisonné refuse d'être conduit aux débats et ceux dans lesquels ses déclarations montrent clairement qu'il n'a pas l'intention de se soumettre à son obligation de comparaître. Dans ces situations, le fardeau de la preuve revient à l'Etat⁴³. Dès lors, la

³⁸ On a choisi à dessein le terme « *nouveau jugement* » afin de distinguer ce moyen de droit de la restitution des délais de l'article 107 AP et de la reprise en main et révision de l'article 356 AP.

³⁹ Voir notamment art. 148 al. 3 PPF ; art. 185 CPP GL ; art. 85 al. 2 CPP SZ ; art. 167 CPP OW ; art. 161 al. 3 CPP BS ; art. 199 CPP BL ; art. 106 CPP AI ; art. 407 CPP VD ; art. 217 CPP NE ; art. 236 et 331 CPP GE ; art. 358 CPP JU. Voir également Aeschlimann 1997 N 1889 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 407 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 24 s. ; Maurer 1999 413, 518 ss. ; Oberholzer 1994 466 ss. ; Piquerez 2000 N 3225 s. ; Schmid 1997 N 866.

⁴⁰ Voir p.ex. art. 156 CPPM ; art. 103 al. 2 DPA ; art. 362 CPP BE ; art. 266 CPP LU ; art. 185 CPP GL ; art. 198 al. 1 CPP UR ; art. 150 CPP NW ; art. 207 CPP FR ; art. 140 CPP SO ; art. 283 CPP SH ; art. 177 al. 1 CPP AR ; art. 200 CPP SG ; art. 123 CPP GR ; art. 169 CPP TG ; art. 277 ch. 3 et 316 CPP TI ; art. 164 al. 2 CPP VS.

⁴¹ « De 29 à l'unité », p. 152.

⁴² Ce sont des abus de ce genre – et notamment la fameuse affaire de corruption Raphael Huber – qui ont amené le canton de Zurich à supprimer purement et simplement en 1995 l'art. 197 CPP qui permettait la reprise de l'instance sans conditions. A ce sujet, voir Schmid 1996 286.

⁴³ Selon la jurisprudence des instances strasbourgeoises, il est contraire à la CEDH d'imposer au prévenu le fardeau de la preuve de sa non-culpabilité. Voir notamment l'affaire Colozza dans EuGRZ 12 (1985) 631 et également Haefliger/Schürmann 1999 184 ; Schmid 1996 287 ; Villiger 1999 N 474 ss. Ajoutons qu'il ne ressort rien d'autre de la résolution DH (75) 11 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe sur les règles à observer dans la conduite des procédures pénales menées en l'absence du prévenu, du 21 mai 1975 (voir VPB 1984 N° 107 & 108, et Riklin 1993 337).

possibilité de relever le défaut doit être garantie lorsqu'il n'est pas avéré que le prévenu a omis sciemment de se présenter aux débats⁴⁴. Ces restrictions permettent, selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, de refuser au prévenu la répétition de la procédure⁴⁵. Cette réglementation devrait donc correspondre à ce que prévoient déjà les cantons qui accordent généreusement le relevé du défaut sans conditions tout en excluant les abus manifestes.

L'alinéa 2 règle le *rapport qui existe entre la requête en relevé du défaut et l'appel*. La requête en relevé de défaut est traitée en priorité : en cas de cumul de ces moyens de recours, l'appel n'entre en considération que si la requête en relevé du défaut est rejetée. Cette subsidiarité influence également sur les recours des autres parties (art. 399 al. 3 et 400 al. 2 AP)⁴⁶.

Nouveau jugement (art. 399 AP)

L'article 399 AP fixe les détails de la procédure. Pour de raisons d'économie, une procédure plus simple est prévue lorsque la direction de la procédure souhaite donner une suite favorable à la requête. On fixe alors immédiatement de nouveaux débats, sans procédure formelle (al. 1). La nouvelle procédure peut être conduite par le tribunal qui a prononcé le jugement par défaut ; selon l'opinion dominante, le motif d'exclusion tiré de la prévention n'est pas réalisé dans ce cas⁴⁷.

Il est essentiel que le jugement par défaut ne soit pas encore annulé à ce stade ; il ne deviendra caduc que lorsque la procédure en relevé du défaut sera terminée, une fois le nouveau jugement entré en force (art. 400 al. 2 AP)⁴⁸. Cela permet d'éviter que le jugement par défaut ne soit levé sans qu'un autre jugement ait été prononcé pour une raison quelconque (p.ex. parce que le prévenu fait à nouveau défaut, voir art. 400 al. 3 AP).

La direction de la procédure donne les instructions nécessaires en ce qui concerne l'effet suspensif et la détention de sécurité (al. 2). La règle dérogatoire permettant au tribunal de jugement d'ordonner lui-même la détention, par opposition à la règle générale de l'article 243 AP selon laquelle la détention de sécurité doit être ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte, est justifiée parce que cette procédure en relevé du défaut, contrairement au cas normal où le placement en détention de sécurité est ordonné lors de la mise en accusation, a été précédée d'une décision de condamnation.

Si un nouveau jugement est accepté, les éventuelles procédures de recours introduites par les autres parties sont suspendues (al. 3).

Si la requête doit être rejetée, le tribunal rend une décision formelle ou une ordonnance (voir al. 4). Le recours contre cette décision est recevable (art. 462 al. 1 lit. d).

⁴⁴ Solution analogue : art. 207 al. 1 CPP FR, voir à ce sujet Piller/Pochon 1998 Art. 207.1 ss. D'une façon générale Schmid 1996 298.

⁴⁵ A ce sujet, voir l'affaire Colozza mentionnée ci-dessus ; voir également Haefliger/Schürmann 1999 184 ; Schmid 1996 291 ; Villiger 1999 N 475, note 18 avec référence à l'ATF 106 Ib 400 : « *Il n'existe pas de droit à la reprise de l'instance lorsque l'absence est imputable au défaillant lui-même.* » Voir le récent ATF 126 I 36. Autre opinion : Riklin 1993 345, qui considère apparemment qu'une procédure par défaut ne prévoyant pas de possibilité de reprise d'instance est contraire à la CEDH.

⁴⁶ Même rapport p.ex. à BE, voir Maurer 1999 521 s.

⁴⁷ ATF 116 Ia 32 ; « De 29 à l'unité », p. 153 ; Haefliger/Schürmann 1999 176. Critique : Oberholzer 1994 468.

⁴⁸ Voir également art. 198 al. 2 CPP UR et art. 103 al. 2 DPA; voir Hauri 1998 190.

Décision dans la procédure en relevé du défaut (art. 400 AP)

Si, une fois le relevé du défaut accepté, de nouveaux débats ont lieu, un jugement est rendu qui remplace le jugement par défaut prononcé antérieurement si celui-ci est entré en force. Si tel est le cas, deviennent caducs non seulement le jugement par défaut, mais également toutes les décisions sur recours obtenues par les autres parties. Concrètement, cela signifie que les autres parties doivent recourir contre le nouveau jugement si elles ne l'acceptent pas (voir al. 1 et 2).

L'alinéa 3 précise qu'un nouveau jugement ne sera rendu que si le prévenu ne fait pas une nouvelle fois défaut sans excuse⁴⁹ ; il n'y aura pas de second jugement par défaut. Si le prévenu fait à nouveau défaut sans excuse, le juge n'entrera pas en matière, ultérieurement, sur une nouvelle requête en relevé du défaut. Le jugement par défaut reste en force, de même que les éventuelles décisions sur recours obtenues par les parties contre ce jugement. Cette conséquence doit être indiquée dans les mandats de comparution (voir art. 214 lit. e AP)⁵⁰. Les procédures de recours qui avaient été suspendues conformément à l'article 399 al. 3 sont alors reprises.

264.4 Procédures indépendantes en matière de mesures (chapitre 4; art. 401-411 AP)

Les mesures représentant une sanction pénale sont généralement prises dans le cadre de la sentence prononcée contre le prévenu ; elles sont donc connexes à un verdict de culpabilité rendu à raison de certaines infractions. Si des mesures sont prises dans le cadre d'un jugement au fond, les prescriptions générales des sixième, septième et huitième parties de l'avant-projet trouvent application.

Mais on peut aussi imaginer que des mesures soient prises à l'encontre de personnes indépendamment d'une procédure pénale, soit parce que le coupable n'est pas connu, soit parce qu'il est introuvable ou encore parce qu'il a été jugé à l'étranger. Dans ce cas, une *procédure indépendante en matière de mesures* est engagée. Selon le type de mesures, cette procédure présente certaines particularités qui la distinguent d'une procédure pénale ordinaire. Ces règles particulières font l'objet du chapitre quatre.

264.41 Procédure en matière de cautionnement préventif (section 1, art. 401-403 AP)

Le cautionnement préventif au sens de l'article 57 CP n'a joué pratiquement aucun rôle dans le passé, d'autant moins qu'il n'est pas particulièrement efficace⁵¹. Il est cependant prévu de reprendre ce principe à l'article 66 de la nouvelle partie générale du code pénal. Jusqu'à présent, peu de codes de procédure cantonaux contenaient des règles pour le cas où un cautionnement préventif devait être ordonné indépendamment d'une procédure pénale⁵².

Les règles définies par l'avant-projet *attribuent la responsabilité principale de cette procédure au ministère public*, lequel requiert le tribunal des mesures de contrainte

⁴⁹ Semblable : p.ex. art. 408 CPP VD ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 408 N 1 ss.

⁵⁰ Voir également « De 29 à l'unité », p. 153.

⁵¹ Avec d'autres références Trechsel 1997 Art. 57 N 1.

⁵² Voir notamment art. 73 CPP LU; art. 199 ss. CPP UR; art. 201 CPP NW; art. 171 CPP SH; art. 193 s. CPP AR; art. 121 CPP AI.

d'ordonner la détention de sécurité au sens de l'article 57 CP/ nouv. art. 66 al. 2 CP lorsque la personne à l'origine des menaces ne fournit pas de sûretés. Sont compétentes les autorités du lieu où cette personne a proféré la menace ou a manifesté son intention de récidive (art. 401 al. 3)⁵³.

264.42 Procédure à l'égard des prévenus incapables de discernement (section 2, art. 404-407 AP)

Conditions (art. 404 AP)

L'article 404 AP décrit les conditions de la procédure indépendante en matière de mesures lorsqu'elle met en cause des prévenus incapables de discernement qui, n'étant pas fautifs au sens de l'article 10 CP / nouv. art. 17 al. 1 CP, ne sont pas punissables. Cette procédure n'est pas applicable lorsque le prévenu est punissable en vertu de l'article 12 / nouv. art. 17 al. 1 CP (*actio libera in causa*) ou de l'article 263 CP (acte commis en état d'irresponsabilité fautive). Etant donné qu'il s'agit ici d'une procédure indépendante en matière de mesures, les dispositions de cette deuxième section ne sont pas non plus applicables lorsque le ministère public juge que le prévenu est capable de discernement et le met en accusation, alors que le tribunal parvient au contraire à la conclusion qu'il est incapable de discernement : dans ce cas, une procédure ordinaire au sens des sixième, septième et huitième parties est engagée et elle s'achèvera par un acquittement ou par un constat d'absence de faute et une décision quant aux mesures à prendre (voir art. 10 CP / nouv. art. 17 al. 3 CP).

Procédure (art. 405 AP)

Autrefois, dans certains cantons, il était d'usage dans ces cas-là que l'autorité compétente (p.ex. le *ministère public*) *rende une ordonnance de non-lieu et ordonne elle-même les mesures nécessaires*⁵⁴. Cette pratique n'était pas seulement contraire aux articles 43 et 44 CP, qui attribuent aux tribunaux la compétence pour prononcer ce genre de mesures, mais également aux articles 5 ch. 1 lit. a et e, ch. 4 et 6 ch. 1 CEDH, du moins pour ce qui est des mesures privatives de liberté⁵⁵. Les cantons ont donc modifié leurs lois de procédures et adopté l'une ou l'autre des solutions suivantes : soit le ministère public communique le dossier au tribunal avec un rapport et une proposition de mesures pour que celui-ci rende ensuite une décision⁵⁶, soit il rend une ordonnance de non-lieu pour incapacité de discernement et adresse ensuite au tribunal un rapport en lui proposant de prendre lesdites mesures⁵⁷.

Dans un but de simplification, *l'avant-projet renonce à la solution du non-lieu préalable pour incapacité de discernement*. Selon l'alinéa 1, le ministère public soumet directement au tribunal de première instance (mais pas à un juge unique) un rapport et une requête visant à

⁵³ Déjà le cas : Trechsel 1997 Art. 57 N 8.

⁵⁴ P.ex. les autorités de renvoi à Berne, voir Maurer 1999 376.

⁵⁵ Décision de la Cour européenne des droits de l'homme in EuGRZ 12 (1985) 645 ; ATF 116 Ia 63 ; Hauser/Schweri 1999 § 92 N 4.

⁵⁶ Voir art. 250 al. 3 CPP BE; art. 89 al. 1 ch. 1 CPP GL; art. 231 al. 2 CPP SH; art. 99 CPP GR (à ce sujet, voir le point de vue nuancé de Padrutt 1996 Art. 99 N 1 ss.).

⁵⁷ Dans le même sens : art. 285b ss. CPP ZH; voir en outre art. 191 s. CPP LU; art. 157 al. 2 ch. 4 et al. 3 CPP UR; art. 71 CPP SZ; art. 162 CPP FR; art. 153 al. 2 ch. 4 et al. 3 CPP AR; art. 107 s. CPP AI; art. 136 al. 3 CPP AG; art. 137 al. 5 CPP TG. Dans d'autres cantons, la procédure n'est pas claire, comme à Zurich, où l'on ne sait pas très bien s'il faut prononcer le non-lieu (Schmid in Donatsch/Schmid 2000 § 265b N 8) ou un renvoi direct (Rehberg/Hohl 1992 59).

obtenir le prononcé de mesures. On peut arguer que le prévenu, comme le lésé, aurait droit à ce que la question de la capacité de discernement et donc de la responsabilité pénale soit tranchée dans une ordonnance de non-lieu pouvant faire l'objet d'un recours. Toutefois, si l'on considère que le tribunal sera de toute façon appelé à vérifier la question de la capacité de discernement au cours de la procédure qui suivra (art. 406 al.1 et 407 al. 1 AP), admettre à ce stade la possibilité de prononcer le non-lieu dans une décision sujette à recours ferait double emploi.

Les alinéas 2 à 5 règlent sommairement la *procédure judiciaire*, calquée en principe sur les prescriptions du titre 8 (art. 361 ss. AP). Ces dispositions prévoient cependant, aux alinéas 3 et 4, certaines dérogations à l'obligation de présence du prévenu ainsi qu'au principe de publicité des débats⁵⁸, exceptions qui se justifient en raison des particularités de cette procédure.

Prononcé de mesures (art. 406 AP)

Si le tribunal considère comme établies la participation à l'infraction de la personne concernée et son incapacité de discernement, il constate dans sa *décision l'absence de faute du prévenu*⁵⁹ et ordonne les mesures nécessaires (al. 1).

Etant donné qu'il ne s'agit pas dans cette procédure de statuer sur une accusation et que, par conséquent, aucun jugement au fond n'est prononcé – du moins en principe –, la décision doit être rendue *sous la forme d'une ordonnance* (voir l'introduction à l'al. 1)⁶⁰. Si des mesures sont ordonnées, le tribunal rend une décision sur les conclusions civiles déposées par la partie plaignante conformément aux articles 129-132 AP (al. 2); cette décision, en revanche, est rendue sous forme de jugement puisqu'il s'agit de statuer matériellement sur les prétentions civiles de la partie plaignante⁶¹.

Il faut ajouter que les décisions mentionnées ci-dessus (comme celles de l'article 407 al. 1 AP) peuvent être attaquées par un recours adressé à l'instance de recours, conformément à l'article 462 al. 1 lit. c AP. Le jugement sur les conclusions civiles peut faire l'objet d'un appel (art. 476 AP); si un recours est intenté parallèlement, l'instance d'appel statue sur les deux moyens (art. 467 al. 2 AP).

Refus de mesures (art. 407 AP)

Si le tribunal parvient à la conclusion qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une procédure indépendante en matière de mesures, soit parce que le prévenu est capable de discernement (même dans une mesure limitée), soit parce qu'il est punissable en vertu de l'article 12/nouv. art. 17a CP, il rejette la requête sans statuer sur les prétentions civiles (al. 1).

Si le tribunal considère le prévenu comme responsable au sens de l'alinéa 1, la *procédure préliminaire devant le ministère public* doit être reprise (al. 2). Le ministère public ne peut alors que classer cette procédure ou y mettre un terme par une mise en accusation; une

⁵⁸ Pour protéger la vie privée du prévenu ou dans l'intérêt de la justice, cela devrait être compatible avec l'art. 6 ch. 1 CEDH (Cour de cassation zurichoise à propos de la procédure cantonale applicable aux incapables de discernement ; voir RKG 1996 n° 3).

⁵⁹ Il n'existe pas de droit à l'acquiescement, BJM 1992 91 s. A.M. Stratenwerth 1996 267.

⁶⁰ P.ex. art. 187 CPP ZH ; solution analogue : art. 108 al. 3 en relation avec l'art. 20 lit. b CPP AI (décision) ; pour la forme du jugement, voir Hauser/Schweri 1999 § 92 N 6.

⁶¹ ZR 96 (1997) N° 130 p. 309 ; Schmid 1997 N 805 ; le même in Donatsch/Schmid 2000 § 285e N 6.

nouvelle procédure au sens des art. 404-407 AP est exclue. S'il y a mise en accusation, le tribunal n'est toutefois pas lié par les décisions prises antérieurement au cours de la procédure indépendante en matière de mesures; il pourrait par conséquent se distancer de ces décisions, conclure à une incapacité de discernement et ordonner des mesures.

Si le *tribunal considère le prévenu comme incapable de discernement, mais qu'il existe des doutes insurmontables concernant sa participation à l'infraction, la requête doit également être rejetée. En outre, elle doit être rejetée si le tribunal confirme l'incapacité de discernement mais refuse la nécessité d'ordonner des mesures (al. 3).*

264.43 Procédure de confiscation indépendante (section 3, art. 408-411 AP)

Conditions (art. 408 AP)

Si la confiscation d'objets et de valeurs au sens des art. 58-60 CP / nouv. 69-73 CP ne peut pas être traitée accessoirement dans le cadre d'une procédure pénale contre des personnes (procédure de confiscation *in personam*, ou *procédure de confiscation accessoire*⁶², elle doit faire l'objet d'une procédure de confiscation indépendante (*procédure objective*, ou *procédure in rem*). C'est également au cours de cette procédure que doit se décider l'éventuelle allocation aux lésés des objets ou des valeurs confisqués (voir art. 408 AP).

Procédure préliminaire (art. 409 AP)

Cette procédure de confiscation indépendante n'était jusqu'à présent que partiellement réglée dans les codes suisses de procédure pénale⁶³. L'avant-projet suit les règles élaborées à ce sujet dans le droit en vigueur en ce sens qu'il prévoit une *procédure préliminaire, diligentée par le ministère public*, au cours de laquelle les conditions de la confiscation sont examinées, ainsi que, le cas échéant, l'allocation aux lésés (al. 2). Il s'agit en premier lieu de garantir le *droit d'être entendu* des personnes concernées par la confiscation (al. 3).

Si les conditions sont réalisées, le ministère public présente une *demande en confiscation* motivée; dans le cas contraire, il prononce une ordonnance de non-lieu (voir al. 4 et 5).

Afin d'*alléger la procédure*, l'alinéa 6 prévoit, lorsqu'il s'agit d'une confiscation de peu d'importance, que cette mesure peut être ordonnée par le ministère public au moyen d'une *ordonnance de confiscation*. Cela permet de soulager le tribunal (collégial) de première instance appelé à connaître de ces cas. L'ordonnance de confiscation peut être rendue soit lorsque les objets ou valeurs à confisquer ont une valeur inférieure à 50 000 francs, soit lorsqu'il s'agit de confisquer des marchandises ou des objets prohibés et donc sans valeur marchande (drogue, pornographie dure) ou dont la valeur est uniquement affective. L'ordonnance de confiscation est rendue comme une ordonnance pénale (art. 413 ss. AP).

⁶² Un non-lieu n'y change rien ; la décision de confiscation est prise dans l'ordonnance de non-lieu (art. 352 al. 3 AP).

⁶³ Voir notamment art. 73 PPF ; art. 66 DPA ; art. 106a s. CPP ZH; art. 28 al. 2 Loi d'introd. CPP BE; art. 157 al. 3 CPP UR ; art. 122 ss. CPP FR; art. 84 CPP BS; art. 230 al. 1 CPP SH; art. 109 CPP AI; art. 218H ss. CPP GE. D'une façon générale : Hauser/Schweri 1999 § 93 N 1 ss. ; Maurer 1999 239 s. ; Oberholzer 1994 419 ; Schmid 1997 N 758 s. ; voir également le même in Schmid (1998) Art. 58 N 80, Art. 59 N 138 ss.

Procédure devant le tribunal (art. 410 AP; décision (art. 411 AP)

Ensuite s'engage une *procédure écrite* ou, à la demande des personnes concernées ou du ministère public, *orale et publique* (voir art. 410 AP) au cours de laquelle le tribunal statue sur la requête de confiscation et les éventuelles propositions d'allocation aux lésés conformément à l'article 60 CP / nouv. art. 73 CP (voir art. 411 AP). Du fait que les procédures de confiscation indépendantes ont très souvent un lien avec l'étranger, par exemple parce que le délit à l'origine de la confiscation a été commis à l'étranger, il est essentiel que les *tribunaux puissent également fonder leur décision de confiscation sur les preuves administrées au cours des procédures étrangères correspondantes*, c'est-à-dire sur les procès-verbaux des témoignages et sur les constatations effectuées dans le cadre de ces jugements..

264.5 Procédure de l'ordonnance pénale (chapitre 5; art. 412-417 AP)

Dans la procédure de l'ordonnance pénale (ou *mandat de répression*, ou *ordonnance de condamnation*, en italien *Decreto di accusa*⁶⁴), l'affaire n'est généralement pas close par un juge mais par l'autorité d'instruction et d'accusation qui rend une décision que les parties peuvent accepter ou à laquelle ils peuvent s'opposer, auquel cas l'affaire est portée devant le tribunal⁶⁵. Au cours de ces dernières années, les cantons ont fait un usage toujours plus fréquent de cette possibilité de liquider rapidement certaines affaires⁶⁶. Cette procédure a incontestablement sa place dans le code de procédure pénale fédéral, notamment si l'on considère le temps qu'elle permet de gagner dans les affaires relevant de la petite criminalité⁶⁷.

264.51 Généralités (section 1, art. 412 AP)

Conditions pour décerner une ordonnance pénale (art. 412 AP)

L'ordonnance pénale relève de la compétence du ministère public et suppose la réalisation de différentes conditions cumulatives. Tout d'abord, il s'agit de déterminer s'il est nécessaire que le prévenu *ait avoué au cours d'une audition avoir commis les actes qui lui sont reprochés*. Relativement peu de cantons exigent un aveu (incluant le cas échéant une qualification juridique)⁶⁸. Pour la majorité des cantons, il suffit que la culpabilité soit clairement établie dans le dossier soumis à l'autorité compétente en matière d'ordonnance pénale, ce qui n'exclut pas une exploitation parallèle des aveux du prévenu⁶⁹. L'avant-projet suit pour

⁶⁴ Par exemple : art. 207 ss. CPP TI.

⁶⁵ D'une façon générale sur ce type de procédure : Aeschlimann 1997 N 1438 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 178 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 86 N 1 ss. ; Maurer 1999 387 ss. ; Oberholzer 1994 426 ss. ; Padrutt 1996 Art. 173 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3154 ss. ; Schmid 1997 N 909 ss. ;

⁶⁶ Pour le droit cantonal en vigueur, voir art. 317 ss. CPP ZH; art. 262 ss. CPP BE; art. 131 ss. CPP LU; art. 161 ss. CPP UR; art. 200a ss. CPP GL; art. 102 ss. CPP SZ; art. 98 ss. CPP OW; art. 116 ss. CPP NW; art. 14 CPP ZG; art. 187 ss. CPP FR; art. 134 ss. CPP SO; art. 135 ss. CPP BS (sur cette procédure particulière de dénonciation, voir Dubs 2000 48 ss.); art. 131 ss. CPP BL; art. 241 ss. CPP SH; art. 178 ss. CPP AR; art. 110 ss. CPP AI; art. 184 ss. CPP SG; art. 173 ss. CPP GR; art. 194 CPP AG; art. 133 ss. CPP TG; art. 207 ss. CPP TI; art. 264 ss. CPP VD; art. 143 ss. CPP VS; art. 11 ss. CPP NE; art. 218 ss. CPP GE; art. 256 ss. CPP JU. Pour une vue d'ensemble : Donatsch 1994 318 ss.

⁶⁷ « De 29 à l'unité », p. 153

⁶⁸ Exigent des aveux : art. 200a al. 1 CPP GL; art. 102 al. 1 CPP SZ; art. 184a 1^{ère} partie de la phrase CPP SG; art. 143 ch. 1 CPP VS. Ne demande pas au prévenu d'avouer sa culpabilité mais de reconnaître avoir commis l'acte incriminé : art. 317 al. 1 CPP ZH ; à ce sujet, voir Schmid 1997 N 910.

⁶⁹ Idem ou semblable : art. 262 CPP BE; art. 131 CPP LU; art. 161 CPP UR; art. 98 CPP OW; art. 116 CPP NW; art. 14 CPP ZG; art. 187 CPP FR; art. 134 CPP SO; art. 135 CPP BS; art. 241 CPP SH; art. 178 al. 1 CPP AR;

l'essentiel ces derniers modèles : dans le cas le plus courant, le prévenu a avoué l'état de fait devant la police ou le ministère public lors d'une audition consignée dans un procès-verbal, et il ne subsiste aucun doute quant à sa culpabilité. Une ordonnance pénale peut cependant aussi être décernée lorsqu'il résulte clairement du dossier que le prévenu a commis l'infraction en question, même s'il n'a pas avoué. On peut citer par exemple les cas de conduite en état d'ivresse dans lesquels le résultat du test d'alcoolémie n'était pas encore disponible au moment de l'interrogatoire de police, mais que ce résultat *ainsi que le reste du dossier* ne laissent aucun doute sur la culpabilité. Une ordonnance pénale peut alors être décernée sans audition supplémentaire (al. 1).

Il se pose la question de savoir quelle est la peine maximale entrant dans le cadre de l'ordonnance pénale. La tendance récente en cette matière s'oriente vers un rehaussement progressif du plafond de compétence⁷⁰. Alors qu'auparavant seules des peines privative de liberté de très courte durée étaient envisageables, il est aujourd'hui possible dans certains cantons de prononcer une peine de prison allant jusqu'à six mois⁷¹. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit pour les ordonnances pénales une *peine privative de liberté de six mois au plus*, comme le proposaient les experts⁷². Il faut en déduire que des peines d'emprisonnement de cette ampleur peuvent encore être infligées sans heurter la CEDH⁷³. En outre, il est proposé que les nouvelles sanctions prévues par le code pénal, à savoir l'amende pénale (de 180 jours-amendes au maximum) ou le travail d'intérêt général, puissent également être infligées au moyen de l'ordonnance pénale dans la mesure où elles sont comparables à une peine privative de liberté de six mois maximum.

Il n'est pas indispensable de procéder à l'*administration des preuves avant le prononcé d'une ordonnance pénale*. Si le ministère public conserve des doutes quant à la participation ou la culpabilité du prévenu, malgré les aveux de ce dernier, l'ordonnance pénale ne peut être décernée que si ces doutes peuvent être dissipés par une nouvelle administration des preuves. Concrètement, cela signifie par exemple que le prévenu doit être entendu par le ministère public si les aveux faits devant la police paraissent douteux et si aucune autre preuve ne vient confirmer sa culpabilité. Une *audition est obligatoire* dès lors que l'ordonnance pénale inflige au prévenu une sanction restreignant la liberté – peine d'emprisonnement, travail d'utilité publique – ou a pour effet de révoquer un sursis dans les conditions indiquées ci-dessous (al. 2).

Si le *prévenu a déjà été condamné et que les nouvelles infractions ont été commises pendant le délai d'épreuve*, le ministère public doit statuer sur la révocation du sursis (art. 41 ch. 3 CP / nouv. art. 46 CP) ainsi que sur la réintégration dans l'exécution de la peine (nouv. art. 89 CP). Il est important que la loi indique clairement si le maximum évoqué ci-dessus ne concerne que les sanctions nouvellement prononcées ou si la nouvelle sanction et la sanction à révoquer, *additionnées*, ne doivent pas dépasser six mois. L'avant-projet prévoit qu'une ordonnance pénale doit être prononcée si les sanctions additionnées (et converties s'il s'agit de travaux d'utilité publique ou d'amendes pénales, voir nouv. art. 42 al. 4 CP) ne dépassent pas neuf

art. 194 CPP AG; art. 134 CPP TG; art. 11 CPP NE; également art. 184a 2^{ème} partie de la phrase CPP SG; art. 143 ch. 1 CPP VS. Certains cantons ne détaillent même pas ces conditions. voir p.ex. art. 187 CPP FR et art. 264 CPP VD.

⁷⁰ Hauser/Schweri 1999 § 86 N 3.

⁷¹ art. 241 al. 1 en relation avec art. 20 al. 2 lit b CPP SH; art. 143 ch. 1 CPP VS; art. 218 al. 1 lit. b CPP GE.

⁷² « De 29 à l'unité », p. 153.

⁷³ Donatsch 1994 334 ss., 340 s. considère, dans le cadre de ces ordonnances pénales, des peines privatives de liberté allant jusqu'à trois, voire six mois, comme acceptables. Des doutes ont toutefois été exprimés lors des auditions (p. 165 s.)

mois de privation de liberté (al. 3). L'extension de compétence qu'implique le prononcé d'une sanction restrictive de liberté d'une durée maximale de neuf mois y compris la peine résultant de la révocation d'un sursis paraît défendable, d'autant plus que, en cas de révocation de sursis, le ministère public doit obligatoirement interroger le prévenu (al. 2)⁷⁴.

Les *prétentions civiles* ne sont prises en considération dans l'ordonnance pénale que s'il a été fait mention que le prévenu les a reconnues. Si le prévenu conteste les prétentions civiles, celles-ci sont renvoyées au civil (al. 4 et 5; art. 132 al. 3). Cela s'applique également aux prétentions des victimes qui, jusqu'à présent, n'étaient pas non plus nécessairement traitées dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale (art. 9 al. 4 LAVI).

Faut-il décerner une ordonnance pénale si le prévenu a pu être entendu par la police mais a ensuite disparu avant de pouvoir être interrogé par le ministère public conformément à l'alinéa 2 ? La même question se pose lorsque le dossier remis au ministère public, en état d'être jugé, indique que le prévenu est introuvable. On pourrait parfaitement envisager une procédure par défaut ou une publication officielle des ordonnances pénales⁷⁵ ayant pour effet de conférer à ces dernières l'autorité de la chose jugées même sans remise en mains propres. Pour des raisons d'économie de procédure, une telle solution ne semble toutefois pas très judicieuse. *La procédure doit donc être suspendue conformément à l'article 345 AP* (al. 6). Si l'impossibilité d'une remise en mains propres et l'absence du prévenu n'apparaissent qu'après le prononcé de l'ordonnance pénale, il y aura lieu de vérifier si celle-ci est entrée en force par l'effet d'une notification subsidiaire (art. 98 al. 3, 100 al. 2-4 AP). Il n'y aura pas de publication officielle (art. 101 al. 2 AP).

264.52 L'ordonnance pénale (section 2 : art. 413-414 AP)

Contenu de l'ordonnance pénale (art. 413 AP); établissement et notification de l'ordonnance pénale (art. 414 AP)

Le contenu de l'ordonnance pénale correspond pour l'essentiel à celui d'un jugement (art. 92 AP). La différence se situe dans le fait que la *motivation* (art. 413 al. 1 lit. e et al. 1 lit. a AP) se limite aux sanctions infligées et aux éventuelles révocations. Ces motivations peuvent être très succinctes.

Outre la réglementation sommaire de l'article 414 AP, l'établissement et la notification de l'ordonnance pénale se conforment aux règles générales des art. 96-101 AP.

264.53 Procédure d'opposition (section 3, art. 415-416 AP)

Opposition (art. 415 AP)

L'*opposition* (*Einsprache* ou *Anfechtung* en allemand, *opposizione* en italien⁷⁶) est la seule voie de droit contre l'ordonnance pénale; il ne s'agit pas d'un moyen de recours⁷⁷.

L'opposition a pour conséquence que l'ordonnance pénale, qui ne représente en fait qu'une

⁷⁴ Donatsch 1994 334 ss., 340 ss. se déclare en faveur d'une limite supérieure de six mois, mais apparemment seulement dans le cas où la sanction est infligée dans l'ordonnance pénale, et non pas en cas de cumul entre la nouvelle sanction et celle qui résulte de la révocation d'un sursis.

⁷⁵ Voir p.ex. la procédure prévue par l'art. 267a CPP VD.

⁷⁶ Voir art. 210 CPP TI.

⁷⁷ Parmi d'autres : Donatsch 1994 320 ; Padrutt 1996 Art. 174 N 1 ; Piquerez 2000 N 3172 ; Schmid 1997 N 915.

proposition de liquidation extrajudiciaire de l'affaire⁷⁸, entraîne l'ouverture d'une procédure judiciaire au cours de laquelle le juge examinera le bien-fondé des accusations figurant dans l'ordonnance pénale.

Selon l'alinéa 1, le *prévenu et la partie plaignante peuvent* faire opposition; conformément à la règle générale de l'article 115 al. 2 AP, des tiers dont les intérêts sont touchés peuvent également faire opposition. Il s'agit par exemple des personnes chez qui des objets et des valeurs patrimoniales ont été saisis et confisqués à la suite de l'ordonnance pénale (art. 413 al. 2 lit. d AP).

Les cantons peuvent également accorder un droit d'opposition au *procureur général* (al. 2); il s'agit là d'un pouvoir comparable à celui qui résulte des règles correspondantes sur le non-lieu (art. 354). Pour permettre à cette *autorité* d'exercer son droit d'opposition, l'ordonnance pénale doit être notifiée au procureur / parquet général (voir l'art. 414 AP).

L'opposition doit être *notifiées par écrit* (al. 1). Si les autorités, notamment le procureur / parquet général, font opposition, celle-ci doit être motivée (al. 3). En revanche, les particuliers, c'est-à-dire avant tout le prévenu ou la partie plaignante, n'ont pas besoin de motiver leur opposition. Cette règle est proposée afin de ne pas compliquer la tâche des parties qui ne sont pas représentées par un défenseur. En revanche, si l'*opposition ne concerne que des points accessoires* tels que les conséquences en frais et indemnités, etc. au sens de l'article 413 al. 2 AP, elle doit être motivée (voir l'al. 4) car dans ces cas-là, la procédure d'opposition devant le tribunal se déroule par écrit conformément à l'article 417 al. 6 AP. La motivation est donc indispensable pour permettre au tribunal de connaître le point de vue de l'opposant.

L'alinéa 5 est essentiel : l'*ordonnance pénale acquiert les effets d'un jugement entré en force et exécutable* si aucune opposition n'est formée⁷⁹.

Procédure devant le ministère public (art. 416 AP)

En cas d'opposition, l'affaire retourne au ministère public qui doit alors ouvrir une *procédure préliminaire proprement dite* (laquelle n'est normalement pas engagée avant le prononcé de l'ordonnance pénale). Le cas échéant, le ministère public doit procéder à l'administration des preuves (al. 1)⁸⁰. Si cela n'est pas nécessaire, le ministère public procède immédiatement en se conformant aux alinéas 2 et suivants ; en général, l'état des preuves n'ayant pas changé depuis le prononcé de l'ordonnance pénale, la procédure peut être transmise aussitôt au tribunal de première instance.

Lorsque l'instruction est terminée, le dossier se retrouve au *stade de la procédure intermédiaire*. Le ministère public doit alors décider s'il entend s'en tenir à l'ordonnance pénale initiale ou s'il veut liquider la procédure par une mise en accusation, un non-lieu ou

⁷⁸ Voir Donatsch 1994 324 s.

⁷⁹ Ceci est déjà prévu expressément dans certains codes de procédure ; voir p.ex. art. 72 al. 3 DPA ; art. 325 al. 1 CPP ZH; art. 268 al. 1 CPP BE; art. 166 al. 1 CPP UR; art. 200d al. 1 CPP GL; art. 102 al. 8 CPP SZ; art. 14 al. 4 CPP ZG; art. 192 CPP FR; art. 183 CPP AR; art. 186 al. 3 CPP SG; art. 198 al. 1 CPP AG; art. 269 CPP VD; art. 15 CPP NE. Voir également la doctrine dominante et la jurisprudence : Aeschlimann 1997 N 800 ; Hauser/Schweri 1999 § 85 N 1 ; Maurer 1999 397 s. ; Oberholzer 1994 430 ; Piquerez 2000 N 3175 ; Schmid 1997 N 913.

⁸⁰ Une procédure ultérieure de ce genre existe sous différentes formes : art. 322 CPP ZH ou 190 CPP FR (voir Piller/Pochon 1998 Art. 190.1.ss).

une nouvelle ordonnance pénale. Il n'est donc pas lié par l'ordonnance pénale d'origine en ce qui concerne les infractions poursuivies et les sanctions à infliger (voir al. 2)⁸¹.

Si, au terme de la procédure probatoire, le ministère public et l'opposant, maintiennent expressément ou implicitement leur opposition, l'affaire est transmise au tribunal de première instance (généralement un juge unique). L'ordonnance pénale tient alors lieu d'acte d'accusation (al. 3 et 4).

L'alinéa 5 fixe les conditions du *retrait de l'opposition*. Celui-ci est possible jusqu'aux plaidoiries de première instance. En revanche, il n'est plus recevable dès lors que le ministère public a ordonné le non-lieu ou la mise en accusation ou a décerné une nouvelle ordonnance pénale. Cette solution met fin à la controverse suscitée dans certains cantons par ce retrait ultérieur⁸².

264.54 Procédure devant le tribunal de première instance (section 4, art. 417 AP)

Déroulement (art. 417 AP)

Après réception de l'opposition (avec l'ordonnance pénale et le dossier), le tribunal de première instance engage la procédure principale conformément aux règles générales des articles 361 et suivants AP (al. 1). Dans la mesure où la Confédération et les cantons instaurent des tribunaux à juge unique, ceux-ci sont compétents (art. 24 al. 2 lit. b).

Selon l'alinéa 2, le tribunal doit tout d'abord vérifier si l'*ordonnance pénale et l'opposition sont valables*. Si, par exemple, une ordonnance pénale inflige au prévenu des sanctions qui débordent du cadre de l'article 412 al. 1 AP, la base nécessaire à une procédure judiciaire et à un jugement fait défaut. L'affaire est alors renvoyée au ministère public qui doit ouvrir une nouvelle procédure préliminaire au sens des art. 326 ss. (al. 3).

Si l'opposition n'est *pas valable*, par exemple parce qu'elle a été formée tardivement, ou *si les parties privées opposantes*⁸³ *font défaut aux débats sans être excusés*, l'opposition n'est pas prise en considération (al. 4 et 5). Il n'y a donc pas de procédure par défaut et l'on en reste à l'ordonnance pénale. Néanmoins, l'alinéa 4 précise que la partie concernée (y compris le prévenu si la direction de la procédure n'exige pas sa présence) peut se faire représenter.

La *procédure d'opposition se déroule par écrit devant le tribunal de première instance* si l'opposition ne porte que sur des points accessoires tels que les frais, les indemnités, les confiscations etc. Cependant, afin de garantir que la procédure soit conforme à la CEDH, des débats oraux doivent avoir lieu si l'opposant l'exige (al. 6). Dans cette procédure d'opposition limitée – où l'on ne statue pas sur la question de la culpabilité –, la décision est rendue sous la forme d'une décision ou d'une ordonnance. De ce fait, la voie de droit recevable contre cette décision n'est pas l'appel, mais le *recours* (art. 462 lit. c AP).

L'alinéa 7 concerne le cas où, après que l'autorité compétente a rendu une ou plusieurs ordonnances pénales à l'encontre de différentes personnes mais à raison des mêmes faits, seuls certains des prévenus font opposition et obtiennent un jugement plus clément que

⁸¹ Procédure semblable aux art. 69 s. DPA ; à ce sujet, voir Hauri 1998 Commentaire des art. 69 s., p. 149 ss.

⁸² Voir Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 324 N 3.

⁸³ Les autorités qui font opposition n'ont pas besoin de comparaître devant le tribunal ; elles déposent leurs conclusions par écrit.

l'ordonnance pénale. Dans un tel cas, l'article 460 AP doit s'appliquer, c'est-à-dire que le tribunal peut *modifier les ordonnances pénales des autres prévenus à leur avantage bien qu'ils n'aient pas fait opposition.*

264.6 Procédure pénale en matière de contravention (chapitre 6; art. 418-426 AP)

En matière de poursuite des contraventions, l'avant-projet prévoit une procédure correspondant autant que possible aux prescriptions de l'ordonnance pénale⁸⁴. Certaines spécificités sont cependant inévitables compte tenu de la matière. Ces règles sont applicables dans tous les cas, que la Confédération et les cantons attribuent la compétence de la poursuite aux autorités administratives ou au ministère public, conformément à l'article 21 AP. Il faut toutefois tenir compte du fait que, selon l'article 35 al. 3 AP, les contraventions commises en relation avec un crime ou un délit doivent être jugées en procédure ordinaire, c'est-à-dire qu'elles doivent être poursuivies par le ministère public et les tribunaux.

264.61 Généralités (section 1, art. 418 AP)

Règles applicables (art. 418 AP)

L'article 418 AP contient quelques indications générales quant à l'applicabilité de ces normes procédurales, qui ne nécessitent pas vraiment d'explications particulières. Il faut noter que selon l'article 2 al. 2 AP, les prescriptions procédurales d'autres lois fédérales et notamment de la loi fédérale sur les amendes d'ordre⁸⁵, demeurent réservées; cette loi devra être adaptée en temps voulu au code de procédure pénale fédéral.

264.62 Procédure d'investigation et procédure d'amende (section 2, art. 419-422 AP)

Introduction de la procédure (art. 419 AP)

L'alinéa 1 indique que la procédure en matière de contravention est *en général introduite par une dénonciation de la police*. Etant donné que des plaintes peuvent également être déposées par des particuliers ou par les autorités, l'alinéa 1 précise ces plaintes doivent être adressées à la police. Cette disposition s'appuie sur une pratique, habituelle dans plusieurs cantons de la part des autorités pénales compétentes en matière de contravention, et qui consiste à transmettre systématiquement les plaintes à la police afin qu'elle se charge des investigations nécessaires. L'alinéa 1 apporte ainsi une précision à la règle générale de l'article 329 al. 1 AP. Si les plaintes sont malgré tout remises directement à l'autorité pénale compétente en matière de contravention, cette dernière peut les soumettre le cas échéant à la police afin qu'elle se charge des investigations nécessaires (voir l'art. 339 al. 2 AP).

L'alinéa 2 est un bref résumé des articles 333-337 AP. La police a le devoir constater les *éléments constitutifs de la contravention*, d'en identifier les responsables, de rechercher les éventuels témoins, etc., et doit établir un rapport à l'intention de l'autorité compétente.

⁸⁴ A propos de la procédure en matière de contravention selon le droit en vigueur, celle-ci n'étant d'ailleurs pas toujours régie séparément ou alors incluse dans la procédure de l'ordonnance pénale, voir Aeschlimann 1997 N 241 ss., 1286 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Commentaire des art. 178 ss. ; Hauri 1998 Art. 32 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 87 N 1 ss. ; Maurer 1999 390 ; Oberholzer 1994 459 ss., 502 ss. ; Padrutt 1996 Art. 173 N 1 ss. ; Piller/Pochon 1998 Commentaire des art. 193 ss. ; Piquerez 2000 N 3124 ss. ; Schmid 1997 N 920 ss.

⁸⁵ RS 741.03.

Avant qu'une ordonnance d'amende soit rendue, les personnes dénoncées doivent être entendues. L'alinéa 3 laisse aux autorités pénales concernées une grande liberté quant à la manière dont ces personnes doivent pouvoir se déterminer. Le droit d'être entendu peut donc déjà être garanti par l'autorité dénonciatrice (avant même le dépôt de la plainte), bien qu'en général la police doive accorder ce droit aux intéressés dans le cadre de la procédure d'enquête. Si l'autorité pénale compétente en matière de contravention constate que les personnes dénoncées n'ont pas encore eu la possibilité d'exprimer leur point de vue dans la procédure en cours, elle doit y remédier. Les autorités ont également le choix en ce qui concerne la *forme de la prise de position*. Celle-ci peut être présentée lors d'une audition. Cependant, il est également possible de confronter oralement les intéressés aux faits qui leur sont reprochés et de consigner leur prise de position dans une note ou un rapport de police. On peut également envisager, notamment lorsque la plainte pénale a été déposée par écrit, de communiquer celle-ci aux personnes dénoncées en leur laissant un certain délai pour se déterminer.

Les personnes dénoncées sont libres de s'exprimer ou non sur la dénonciation et les griefs qu'elle contient. Le fait que celles-ci ne souhaitent pas faire usage de leur droit d'être entendu n'empêche pas le prononcé d'une ordonnance d'amende (al. 4).

Les mesures de contrainte en matière de contravention en général (art. 420 AP)

Les art. 420 et 421 AP sont à mettre en relation avec l'article 209 al. AP qui n'autorise la police et l'autorité pénale compétente en matière de contravention à ordonner des *mesures de contrainte que dans les cas expressément prévus par la loi*. On songe notamment à cet égard au séquestre au sens des art. 273 ss. AP, notamment le séquestre portant sur des moyens de preuve ou le séquestre opéré sur des objets et des valeurs patrimoniales en couverture de frais ou aux fins de confiscation (al. 1).

Certes, le recours à des mesures de contraintes telles que la rafle au sens de l'article 228 AP, la perquisition au sens des articles 260 et suivants AP ou les fouilles de personnes au sens des articles 262 et suivants AP devrait être exclu de la procédure de contravention, ne serait-ce qu'au nom du principe de proportionnalité et eu égard au nombre considérable de contraventions mineures relevant de la LCR. Ce type de mesures de contrainte peut toutefois s'avérer nécessaire dans les cas de contraventions graves, comme celles qui sont commises en relation avec les maisons de jeu illégales⁸⁶.

Arrestations en matière de contraventions (art. 421 AP)

En vertu du principe de proportionnalité, la privation de liberté ne peut être autorisée que de façon très restreinte dans la procédure de contravention. L'article 421 AP n'envisage que trois situations susceptibles de justifier une arrestation et précise que celle-ci ne doit pas durer plus de vingt-quatre heures. Les règles reprises ici sont déjà en vigueur dans plusieurs cantons où elles permettent à la police d'effectuer des arrestations dans un contexte de contraventions⁸⁷. Pour le surplus, les conditions posées à ces arrestations sont, *mutatis mutandis*, celles des articles 235 ss. et 247-249 AP.

⁸⁶ Voir l'art. 56 de la loi fédérale sur les jeux de hasards et les maisons de jeux (loi sur les maisons de jeux) du 18.12.1998 (RS 935.52).

⁸⁷ Voir p.ex. art. 337 CPP ZH; art. 172 al. 2 CPP BE; art. 54 CPP LU; art. 107 CPP SZ; art. 56 al. 2 CPP NW; art. 41 al. 2 CPP SO; art. 88 al. 2 CPP JU. D'une façon générale Hauser/Schweri 1999 § 87 N 6 in fine ; Maurer

Ordonnance d'amende; classement (art. 422 AP)

Si l'autorité pénale en matière de contravention considère les éléments constitutifs de la contravention comme réalisés, elle rend une ordonnance d'amende. On a choisi ce terme parce que, selon la nouvelle partie générale du CP, les seules sanctions prévues pour les contraventions sont les amendes (nouv. art. 103 CP). Cela n'exclut pas, toutefois, qu'une peine de travail d'intérêt général au sens du nouvel article 107 CP soit infligée comme peine de substitution dans le cadre de l'ordonnance d'amende. En règle générale, l'ordonnance d'amende est rendue sans autre acte d'instruction même si l'autorité pénale en matière de contravention pourrait en accomplir (al. 1).

En ce qui concerne le contenu de l'ordonnance d'amende, l'article 413 AP s'applique par analogie; ces ordonnances n'ont pas besoin d'être motivées, même en ce qui concerne l'amende (al. 2). Si, dans un cas concret, l'autorité estime qu'une motivation est nécessaire, elle peut toutefois l'exiger⁸⁸.

Si les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réalisés, l'autorité pénale en matière de contravention prononce, par analogie avec l'article 350 ss. AP, une ordonnance de non-lieu; celle-ci doit être sommairement motivée; généralement, deux ou trois phrases suffisent (al. 3). Selon l'alinéa 4, la notification de la décision de classement obéit aux mêmes règles que celle de l'ordonnance pénale.

264.63 Procédure d'opposition (section 3, art. 423-424 AP)*Généralités (art. 423 AP)*

A l'instar de l'ordonnance pénale, l'*ordonnance d'amende ne peut être attaquée que par la voie de l'opposition* (al. 1). L'article 423 AP énumère les formalités de l'opposition, qui sont d'ailleurs les mêmes que pour l'ordonnance pénale (art. 415 al. 1 et 3 AP). Ainsi, l'opposition est formée par écrit par application analogique de l'article 415 al. 1 AP, mais elle ne doit être motivée que si elle porte uniquement sur les conséquences financières, car là aussi - comme c'est le cas pour l'ordonnance pénale - la procédure devant le tribunal est écrite.

Contre le classement de la procédure, le *recours* est ouvert de la même manière que lorsque le ministère public a rendu une ordonnance de non-lieu; le recours est adressé à l'autorité de recours (al. 2) par écrit et dûment motivé, conformément à l'article 465 AP.

Nous avons déjà mentionné en relation avec le non-lieu et l'ordonnance pénale que la Confédération et les cantons devraient avoir la possibilité de déléguer à une autorité supérieure la compétence de recourir ou de faire opposition contre les ordonnances de non-lieu et les ordonnances pénales. Ce mécanisme de contrôle est particulièrement souhaitable dans le cadre de la procédure de contravention qui se déroule de façon particulièrement mécanique. L'avant-projet donne donc à la Confédération et aux cantons cette possibilité

1999 268; Piquerez 2000 N 2285 note 6; Schmid 1997 N 925, le même in Donatsch/Schmid 1999 § 337 N 5 ss. avec d'autres références.

⁸⁸ P.ex. art. 265 al. 2 CPP BE pour la *procédure d'ordonnance pénale*; à ce sujet, voir Maurer 1999 394.

d'accorder un droit d'opposition à une autorité désignée à cet effet, par exemple une autorité administrative supérieure, le ministère public ou le procureur général (al. 3)⁸⁹.

Dans certains cantons, il est prévu que les ordonnances de contravention qui ne sont pas attaquées par la voie de l'opposition peuvent être *annulées par les autorités de surveillance dans un certain délai pour violation du droit*⁹⁰. Ce droit d'annulation peut certes être considéré comme contraire à l'indépendance de la justice (art. 21 al. 2 AP), mais comme il vise à lever les ordonnances d'amende manifestement sans objet et que ses conséquences sont pratiquement toujours à l'avantage de la personne mise à l'amende, cet empiétement devrait être juridiquement défendable. Là également, la Confédération et les cantons ont la latitude de prévoir un tel droit d'annulation (voir al. 3).

Procédure devant l'autorité pénale en matière de contravention (art. 424 AP)

Lorsqu'une opposition est formée, l'autorité pénale compétente en matière de contravention doit reprendre l'instruction, comme c'est le cas dans la procédure de l'ordonnance pénale (art. 416 AP). Elle peut donc entendre le prévenu, les témoins, les personnes entendues à des fins de renseignement etc.⁹¹. Comme pour l'ordonnance pénale, l'autorité pénale en matière de contravention peut ensuite classer la procédure ou rendre une nouvelle ordonnance d'amende. L'autorité pénale peut parfaitement, à ce stade de la procédure (comme d'ailleurs au cours de la procédure judiciaire), ordonner, à la place de l'amende, un travail d'intérêt général, sanction prévue par le nouvel article 107 CP. Si les opposants et l'autorité pénale maintiennent leur position, l'affaire est transmise au tribunal de première instance, c'est-à-dire en règle générale à un juge unique (al. 4).

264.64 Procédure devant le tribunal de première instance; annulation d'une ordonnance d'amende (section 4, art. 425-426 AP)

Procédure d'opposition devant le tribunal (art. 425 AP)

La procédure d'opposition devant le tribunal est très semblable à celle de l'opposition contre les ordonnances pénales (art. 417 AP). Il s'ensuit que la procédure judiciaire au sens de l'article 417 al. 6 AP est écrite si l'opposition ne concerne que les conséquences accessoires financières de l'ordonnance d'amende, à moins que les parties ne demandent expressément des débats oraux.

L'alinéa 2 présente une particularité par rapport à la procédure de l'ordonnance pénale et à la procédure judiciaire en général : contrairement à l'ordonnance pénale de l'article 416 al. 4 AP, *l'ordonnance d'amende ne remplit pas la fonction d'acte d'accusation* pour la procédure judiciaire. La maxime d'accusation n'est donc pas applicable dans ce cas. Cette particularité s'impose notamment parce que l'ordonnance d'amende est souvent rédigée très sommairement et ne contient pas la matière d'une accusation au sens de l'article 358 AP. Le tribunal peut en revanche déclarer le prévenu coupable de toutes les contraventions figurant dans le dossier ou évoquées lors des débats devant le tribunal. Mais il faut que le prévenu

⁸⁹ Pour que l'autorité compétente puisse exercer son droit de recours, le droit fédéral ou cantonal devrait introduire une obligation de communiquer qui ne figure pas à l'article 422 al. 4 AP. Autre est la question de savoir s'il est utile que les instances administratives supérieures, le ministère public ou le parquet général contrôlent les innombrables ordonnances d'amendes prononcées (dans certains cantons, il y en a des dizaines de milliers chaque année).

⁹⁰ Voir les art. 350 s. CPP ZH.

⁹¹ A propos de la compétence correspondante des autorités administratives, voir l'art. 418 al. 2 AP

puisse exercer pleinement son droit d'être entendu (al. 3)⁹². Ces règles semblent compatibles avec la cst. et la CEDH, surtout lorsque le prévenu est par ailleurs assuré d'avoir droit à un procès équitable devant un juge indépendant et impartial⁹³.

Annulation d'une ordonnance d'amende entrée en force (art. 426 AP)

L'article 426 AP règle la situation dans laquelle une *ordonnance d'amende a été rendue pour contravention et qu'il est ensuite établi que les faits en cause auraient dû être poursuivis en tant que crime ou que délit*. A la suite d'un accident, par exemple, l'autorité compétente poursuit un usager de la route pour contravention au sens de la LCR; il s'avère ensuite que la lésion corporelle résultant de l'accident aurait dû être poursuivie en application de l'article 125 CP⁹⁴. Même situation lorsqu'une rixe, d'abord qualifiée de voie de fait, doit ultérieurement être traitée comme une lésion corporelle⁹⁵. Ces cas soulèvent notamment la question de savoir si le principe « ne bis in idem » permet la poursuite de l'acte qualifié plus tard seulement de crime ou de délit.

Dans une situation de ce genre, l'article 426 AP permet à l'autorité pénale qui statue ultérieurement sur le crime ou le délit (p.ex. le ministère public lorsqu'il rendra une ordonnance pénale ou le tribunal de première instance au moment du jugement de première instance) d'annuler l'*ordonnance d'amende*. Dans certains cantons, ce principe est déjà consacré par la loi⁹⁶ ou par la pratique⁹⁷. Il semble au demeurant compatible avec le principe « ne bis in idem » et avec la CEDH⁹⁸.

264.7 Droit pénal des mineurs (chapitre 7)

Voir à ce sujet les explications données sous chiffre 124 supra et au début du chiffre 264.

⁹² Tel est déjà le cas p.ex. à l'art. 349 CPP ZH.

⁹³ Sur ces questions, voir Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 349 N 2 ss.

⁹⁴ Tel fut le cas dans l'affaire Oliveira évoquée à la note 98 ci-dessous.

⁹⁵ Tel est le cas dans ZR 51 (1952) N° 44.

⁹⁶ Voir l'art. 269 CPP BE pour le *Strafmandat* en général ; à ce sujet voir Maurer 1999 397 ss.

⁹⁷ Par exemple Zurich, Schmid 1997 N 933 ; le même in Donatsch/Schmid 1999 § 342 N 10 s.

⁹⁸ Voir la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 30.7.1998 dans une cause Oliveira contre Suisse in NZZ N° 175 du 31.7.1998 = VPB 62 (1998) N° 127 (extrait également dans « Plädoyer » 4/98 64 et dans RS 2000 N° 734). Selon cette décision, l'imputation de la sanction prononcée en premier serait également possible. Voir également sur ce sujet ZR 42 (1943) N° 130 ; 51 (1952) N° 44 ; RS 1999 N° 570 et Haefliger/Schürmann 1999 357 ; Villiger 1999 N 696.

27 Les moyens de recours (Titre 10)

Les moyens de recours ouvrent aux parties la possibilité de contrôler les décisions prises par les autorités pénales. Ainsi, moyennant la rectification des erreurs éventuellement commises dans la procédure et le jugement de première instance, la décision juste sera finalement rendue. Depuis quelques dizaines d'années, l'accès aux voies de recours a été progressivement érigé en droit fondamental et désormais garanti par la CEDH, l'article 2 du Protocole n° 7 à la CEDH du 22 novembre 1984¹ et par l'article 14 al. 5 PIDCP. Cependant, les Etats signataires, dont la Suisse, jouissent d'une grande liberté quant à l'aménagement de ces moyens de recours². D'une façon générale, les codes de procédure pénale actuellement en vigueur en Suisse offrent des possibilités de recours fort différentes mais dans l'ensemble suffisantes³. Sans entrer ici dans les détails des différentes variantes, on peut noter que dans plusieurs cantons, les parties peuvent attaquer les jugements par la voie de *l'appel* d'une part, celle du recours en nullité (pourvoi en cassation) d'autre part⁴. Certains cantons n'accordent au justiciable que le recours en nullité⁵, d'autres, relativement nombreux, l'appel uniquement. Par ailleurs, la Confédération et certains cantons connaissent le *recours* qui permet avant tout d'attaquer les *ordonnances et/ou les décisions d'avant dire droit*⁶. Du fait qu'elle est imposée, du moins dans une certaine mesure, par le droit fédéral (art. 397 CP), on constate une certaine homogénéité en ce qui concerne la *révision*. Celle-ci permet de faire revoir un jugement pénal déjà entré en force⁷.

L'avant-projet présente un système de *recours relativement simple*. Suivant en cela les propositions des experts, il ne propose, outre la révision (chapitre 4, art. 479 à 485 AP), que l'appel (chapitre 3, art. 461 à 478 AP) et le recours (chapitre 2, art. 461 à 466), ce dernier regroupant différentes voies (*en allemand* : *Beschwerde, Rekurs*) que certains codes traitent séparément. L'avant-projet renonce donc au pourvoi en nullité. Il faut préciser cependant que l'aménagement de l'appel comporte certaines parentés avec le pourvoi en nullité dans la mesure où la voie de l'appel n'est ouverte contre certains jugements qu'à certaines conditions.

L'avant-projet régleme les moyens de recours auprès des instances cantonales supérieures, le recours adressé à une autorité fédérale pour les cas relevant de la compétence de la Confédération et l'appel au Tribunal fédéral pour le cas où cette voie de recours fédérale devait être créée⁸. N'est en revanche pas retenu ici l'actuel pourvoi en nullité en matière

¹ Ce protocole lie également la Suisse ; voir RS 0.101.07.

² Décision de la Cour européenne des droits de l'homme in JAAC 58 (1994) n° 104 et 59 (1995) n° 125 ; voir également Aeschlimann 1997 N N 1644 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 94 N 12 s. ; Maurer 1999 445 ; Piquerez 2000 N 3239 ss. ; Schmid 1997 N 954 ; Villiger 1999 N 693. Sur l'aménagement des voies de recours en droit comparé, voir Kinzig in Becker/Kinzig 2000 555 ss.

³ Voir à ce sujet Hauser/Schweri 1999 § 94 N 13.

⁴ Sur les rapports entre l'appel et le recours en nullité dans les différents cantons, voir Clerc 1975 N 63 ; Hauser/Schweri 1999 § 101 N 10 ss. ; Piquerez 2000 N 3412 ss.

⁵ Voir p.ex. les art. 410 ss. CPP VD (recours en nullité et recours en réforme) ; sur les différences, voir le commentaire de Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 p. 334 ss.

⁶ Avec d'autres références, Aeschlimann 1997 N 1698 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 204 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 100 N 1 ss. ; Maurer 1999 466 ss., 477 ss. ; Oberholzer 1994 553 ; Padrutt 1996 Art. 147 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3484 ss. ; Schmid 1997 N 1133 ss. ; « De 29 à l'unité », p. 157.

⁷ Voir sur ce sujet en général Aeschlimann 1997 N 1912 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 1 ss. ; Maurer 1999 525 ss. ; Oberholzer 1994 553 ; Padrutt 1996 Art. 147 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3484 ss. ; Schmid 1997 N 1133 ss. ; « De 29 à l'unité », p. 157.

⁸ Nous avons déjà indiqué ci-dessus à propos de l'article 27 AP (voir ch. 221.9) que la question de savoir si une cour d'appel fédérale sera créée reste ouverte.

pénale (art. 268 ss. PPF) ni le recours de droit pénal au sens de la future loi fédérale sur le Tribunal fédéral⁹.

271 Dispositions communes (chapitre 1 ; art. 450-460 AP)

271.1 Généralités (section 1, art. 450-453)

Dispositions applicables (art. 450 AP)

La procédure de recours n'est pas réglée dans les moindres détails. C'est pourquoi, comme dans plusieurs cantons¹⁰, les moyens de recours sont soumis en principe, en vertu de l'alinéa 1 aux règles générales de procédure.

L'alinéa 2 fait référence aux décisions qualifiées de définitives par la présente loi (voir p.ex. l'art. 283 al. 6 AP). Comme l'avant-projet ne prévoit pas le moyen de recours extraordinaire du pourvoi en nullité et qu'*un seul* recours de même nature est admis (voir l'art. 463 al. 1 lit. c AP), ces décisions ne peuvent pas être attaquées par l'une des voies de recours prévues par la présente loi. Dès lors, seul un moyen de recours fédéral – le pourvoi en nullité ou le recours de droit public au Tribunal fédéral – est actuellement ouvert contre une décision définitive ; à l'avenir, seul entrera en considération le recours de droit pénal – déjà mentionné ci-dessus – prévu par la future loi sur le Tribunal fédéral.

Légitimation en général (art. 451 AP)

L'article 451 AP définit la qualité pour recourir ; cette disposition correspond pour l'essentiel aux règles homologues que l'on trouve dans les lois de procédure suisses¹¹. La qualité pour recourir est reconnue aux parties – y compris les autres participants à la procédure au sens de l'article 115 al. 2 AP – touchées par une décision (al. 1). Comme nous l'avons déjà indiqué en relation avec l'article 178 AP, l'avant-projet renonce à reconnaître aux associations les droits des parties et surtout la qualité pour recourir. Pour le surplus, il convient de relever les particularités suivantes :

La *partie plaignante*¹² peut, en vertu de la règle générale de l'alinéa 2, attaquer un jugement sur la question de la culpabilité et sur la question civile. Contrairement à ce que prévoient de nombreux codes

⁹ Voir l'article 73 du projet de loi du 8 novembre 2000. Voir également « De 29 à l'unité », p. 164.

¹⁰ Voir art. 398 al. 1 CPP ZH; art. 240 al. 1 CPP LU; art. 208 CPP UR; art. 152 al. 1 CPP GL; art. 142 et 148 CPP SZ; art. 145 CPP OW; art. 157 CPP NW; art. 75 al. 1 CPP ZG; art. 181 CPP SO; art. 180 al. 2 CPP BS; art. 185 CPP BL; art. 306 CPP SH; art. 202 CPP AR; art. 129 CPP AI; art. 228 CPP SG; art. 212 CPP AG; art. 191 CPP VS; art. 247 CPP GE.

¹¹ Art. 270 PPF (dans la teneur du 23.6.2000, qui est d'ailleurs plus restrictive en ce qui concerne la légitimation de la partie plaignante) ; art. 166, 173 et 186 CPPM ; art. 395 CPP ZH; art. 323, 329, 335 et 369 CPP BE; art. 233 CPP LU; art. 205 CPP UR; art. 148 et 158 CPP GL; art. 135 CPP SZ; art. 135, 140 et 152 CPP OW; art. 154 et 163 CPP NW; art. 71 et 81 CPP ZG; art. 196 ss. CPP FR; art. 174, 192 et 199 CPP SO; art. 168 et 174 CPP BS; art. 177 CPP BL; art. 310 et 328 CPP SH; art. 198 CPP AR; art. 131 CPP AI; art. 222 CPP SG; art. 139 CPP GR; art. 206 CPP AG; art. 195 et 200 CPP TG; art. 287 CPP TI; art. 412 ss. CPP VD; art. 168 et 178 ss. CPP VS; art. 234 et 243 CPP NE; art. 239 et 338 CPP GE; art. 326 CPP JU. D'une façon générale, voir Aeschlimann 1997 N 1683 ss., 1704 ss., 1735 s., 1759 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 198 N 1 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 p. 332 s., 365 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 96 N 4 ss. ; Maurer 1999 453 ss. ; Oberholzer 1994 514 s., 523 ss., 532 s., 548 s. ; Padrutt 1996 Art. 139 N 2 ss. ; Piller/Pochon 1998 Commentaire des art. 196 ss. ; Piquerez 2000 N 3278 ss. ; Schmid 1997 N 965 ss.

¹² Le lésé qui n'a pas encore eu la possibilité de se constituer partie plaignante au sens des art. 125 ss. AP (p.ex. en raison d'une décision de non entrée en matière ou si, en violation de l'art. 127 al. 5 AP il n'a pas été invité à faire la déclaration ad hoc) peut aussi, cela va de soi, faire valoir un moyen de recours.

de procédure, elle n'est pas limitée à la question civile. Cette disposition relativement généreuse fait disparaître la distinction peu satisfaisante entre la légitimation de la partie plaignante « ordinaire » et celle de la victime. On peut se demander en revanche s'il est judicieux de reconnaître d'une façon générale à la partie plaignante la qualité pour recourir sur la *question de l'action pénale*¹³. L'avant-projet renonce à accorder la légitimation pour recourir sur ce point à la partie plaignante (et de ce fait à la victime) car celle-ci ne saurait avoir – au mieux – qu'un intérêt indirect au genre et à la quotité de la peine prononcée. Et surtout, la sanction n'a aucune influence sur le sort des prétentions civiles. Dès lors, seul le ministère public peut être légitimé à recourir sur la peine. Il convient de relever que l'avant-projet prévoit aux articles 467 al. 5 et 480 al. 2 AP certaines restrictions supplémentaires aux moyens de recours dans la mesure où ils portent sur la question civile, restrictions qui ne concernent cependant pas la partie plaignante.

L'alinéa 3 règle la légitimation des proches d'un prévenu ou d'une partie plaignante décédée à recourir ou à poursuivre une procédure de recours. Les proches au sens de l'article 110 ch. 2 CP / nouv. art. 110 al. 1 CP ont, d'une façon générale la qualité pour recourir. Il s'agit là d'un effet du principe général de la succession juridique au sens de l'article 126 al. 1 AP. Cette disposition va toutefois plus loin que nombre de lois de procédure pénale en vigueur et que l'article 270 lit. b PPF¹⁴ qui ne reconnaît qu'aux proches du prévenu la qualité pour intenter un pourvoi en nullité au niveau fédéral. Mais cette solution évite les règles compliquées qu'il faudrait mettre en place pour ouvrir malgré tout une voie de recours aux survivants de victimes ou de parties plaignantes

Légitimation du ministère public (art. 452 AP)

L'article 452 régit aux alinéas 1 et 4 la *qualité pour recourir du ministère public*. La Confédération et les cantons déterminent quel ministère public (p.ex. procureur général ou parquet général) a qualité pour recourir. Ils doivent également déterminer à qui revient cette qualité dans la procédure de contravention, par exemple au ministère public et/ou à une instance administrative supérieure (al. 2)¹⁵.

La *qualité pour recourir du ministère public de la Confédération* évoquée à l'alinéa 3 correspond matériellement au droit en vigueur (voir art. 266, 267 et 270 lit. d¹⁶ ainsi que art. 80 al. 2 DPA¹⁷).

Fourniture de sûretés (art. 453 AP)

En vertu de l'article 451 al. 1 et 2, la *partie plaignante* dispose d'une légitimation pour recourir très large. Mais la contrepartie vient des articles 496, 497 et 502 AP qui, aux conditions qui s'y trouvent définies, mettent à sa charge les frais et indemnités de procédure. Pour garantir les prétentions résultant de ces dispositions lorsqu'une décision finale est entrée en vigueur, l'alinéa 1 prévoit que la direction de la procédure de l'autorité de recours peut astreindre la partie plaignante à fournir des *sûretés* suffisantes. Il incombera aux tribunaux de faire un usage modéré de cette possibilité lorsqu'ils auront affaire à des *victimes*¹⁸.

¹³ A ce sujet et avant tout dans l'optique de la LAVI, voir Maurer 2000 310 s.

¹⁴ Teneur du 23 juin 2000, FF 2000 3326 s..

¹⁵ Semblable sur ce point à l'art. 423 al. 3 AP concernant la qualité pour faire opposition.

¹⁶ Teneur du 23 juin 2000, FF 2000 3326 s..

¹⁷ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1710 ; Haefliger/Schürmann 1999 96 N 5 s. ; Maurer 1999 472 ; Piquerez 2000 N 3281 s. ; Schmid 1997 N 973.

¹⁸ Voir Maurer 2000 313.

Le *prévenu* qui fait usage d'un moyen de recours ne se verra en principe pas demander de sûretés. S'agissant de délits qui ne sont poursuivis que sur plainte, et notamment d'atteintes à l'honneur, dont la poursuite vise à satisfaire avant tout des intérêts privés et non pas un intérêt public, il pourra cependant s'avérer judicieux d'exiger la couverture des frais. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 2 ménage malgré tout la possibilité – qui devra toutefois rester exceptionnelle – d'exiger du prévenu qu'il fournisse des sûretés correspondantes.

Il va de soi que le manque de moyens ne doit pas empêcher l'intéressé de faire recours. Aussi, *lorsque les conditions de l'assistance judiciaire sont remplies*, il n'y aura pas lieu d'exiger des sûretés (voir également l'art. 347 al. 3 AP).

271.2 Dispositions générales sur la procédure de recours (section 2, art. 454-460)

Forme et délai en général (art. 454 AP)

Les conditions de formes et de délais de l'article 454 AP n'appellent pas d'explications particulières. Tout au plus pourrait-on discuter du délai de dix jours qui s'applique à tous les moyens de recours. Les autres délais légaux fixés par l'avant-projet sont pareillement de dix jours (voir p.ex. les art. 415 al. 1 et 423 al. 1 AP). Ce même délai de dix jours se retrouve également dans certains codes de procédure pénale¹⁹, tandis que d'autres l'ont porté par exemple à vingt jours²⁰. D'une façon générale, l'intérêt des parties à disposer de délais plus longs s'oppose à un autre intérêt, plus général, qui est de fixer le plus rapidement possible la situation de droit et d'obtenir une entrée en force des jugements dans les meilleurs délais. L'essentiel de cette disposition réside en ceci que le délai pour faire appel d'un jugement au fond – ce qui représente le cas le plus important – commence à courir à la remise ou à la notification du dispositif écrit du jugement (al. 2 lit. a ; voir également art. 96 al. 2 AP). Lorsqu'on a affaire à une décision qui ne constitue pas un jugement au fond et qui ne donne donc pas lieu à la remise d'un dispositif (tel sera le cas des ordonnances, p. ex. une décision de prolongation de la détention au sens de l'art. 240 AP qui peut être attaquée par la voie du recours prévu à l'art. 241 AP), le délai commence à courir à compter de la notification écrite de la décision (al. 2 lit. b). En ce qui concerne les autres actes de procédure qui ne font pas l'objet d'une communication écrite au sens de l'alinéa 2, lit. a ou b, le délai court dès que l'intéressé a connaissance dudit acte (al. 2 lit. c).

L'alinéa 3 se réfère à la possibilité offerte à la Confédération et aux cantons de donner la *qualité pour recourir à un procureur général* (voir art. 452 al. 1 AP). Comme le jugement, même dans ce cas, est transmis tout d'abord au ministère public qui doit ensuite le communiquer au procureur général, le délai de dix jours est généralement trop court. C'est pourquoi la Confédération et les cantons peuvent, en vertu de l'alinéa 3, prévoir des délais différents et, par exemple, ne faire partir le délai qu'au moment de sa réception par le procureur général.

¹⁹ Voir p.ex. art. 431 CPP ZH pour le pourvoi en nullité; en règle générale également à BE (voir Maurer 1999 463) ; et puis art. 234bis, 248 et 253 CPP LU; art. 213 et 221 CPP UR; art. 146 et 159 CPP GL; art. 146 et 154 CPP SZ; art. 82 CPP ZG; art. 203 CPP FR; art. 176, 184, 200 et 206 CPP SO; art. 169 et 177 CPP BS; art. 178 CPP BL; art. 311 et 330 CPP SH; art. 138 et 146 CPP AI; art. 197 CPP TG; art. 169 CPP VS; art. 236 CPP NE.

²⁰ P.ex. art. 404 al. 1 et 412 al. 1 CPP ZH pour le recours et l'appel ; art. 136 et 153 CPP OW; art. 155 et 164 CPP NW; art. 142 et 139 CPP GR; art. 214 et 218 CPP AG; art. 244 CPP NE. Autres délais, voir p.ex. : art. 71 CPP ZG ; art. 289 CPP TI (cinq jours) ; art. 206 et 214 CPP AR ; art. 241 CPP GE (quatorze jours) ; art. 186 CPP VS (trente jours).

Renonciation et retrait (art. 455 AP)

L'article 455 al. 1 AP reprend une disposition largement répandue dans le droit suisse de la procédure pénale et selon laquelle quiconque a qualité pour recourir peut, après la communication de la décision attaquant – et non avant – *renoncer à exercer son droit de recours*²¹. La renonciation engage également celui en fait la déclaration après la communication orale du jugement mais avant la notification écrite des considérants.

Selon l'alinéa 2, le retrait du recours est possible – exprimé sommairement – *jusqu'à ce que l'autorité de recours entre en délibération*. Cette règle correspond dans une large mesure aux dispositions que l'on trouve sur ce point dans les codes de procédure cantonaux²².

L'alinéa 3 aborde la question controversée et très largement négligée par les lois de procédure de savoir si la *renonciation ou le retrait peut être révoqué ultérieurement, par exemple en raison d'un vice de consentement*. Conforté par certaines jurisprudences²³ et des avis d'auteurs²⁴, l'avant-projet tranche en ce sens que la renonciation à recourir et le retrait d'un moyen de recours sont définitifs, à moins que la partie concernée n'ait été induite dans sa déclaration par une tromperie, une infraction (p.ex. la contrainte) ou une information inexacte des autorités.

Effet suspensif et mesures provisoires (art. 456 AP)

Selon l'alinéa 1, *les moyens de recours n'ont en principe pas d'effet suspensif*. Les jugements sont donc immédiatement exécutoires nonobstant recours²⁵. Faisant exception, l'appel est pourvu de l'effet suspensif (voir l'art. 470 al. 3 et 4 AP), ce qui correspond à la situation législative prévalant en Suisse.

Les *mesures incidentes* prévues aux alinéas 2 et 3 n'appellent pas d'explications particulières.

Compléments de preuves (art. 457 AP)

L'article 457 AP est le corollaire de l'immédiateté renforcée instituée par l'avant-projet, notamment dans les procédures qui ne relèvent pas du juge unique. L'alinéa 2 revêt une grande importance dans ce contexte. *Le droit à l'immédiateté de la preuve n'est accordé qu'une fois* : lorsque les preuves ont été administrées par le tribunal de première instance dans le cadre d'une procédure probatoire qualifiée (art. 376-378 AP), par exemple, l'administration de ces preuves n'est en principe pas répétée par l'autorité de recours²⁶. Une nouvelle administration

²¹ Voir notamment art. 231 al. 1 ch. 2 CPP LU; art. 171 al. 2 lit. b CPP SO; art. 178 CPP BS; art. 181 et 182 al. 4 CPP BL. Voir également Aeschlimann 1997 N 1665 ; Hauser/Schweri 1999 § 94 N 16 ; Maurer 1999 466 ; Oberholzer 1994 516 ; Piquerez 2000 N 3309 s. ; Schmid 1997 N 974 et 983. Sur la question de la renonciation par le défenseur, le représentant, etc., voir l'art. 134 al. 3 AP.

²² Règles semblables: art. 175 al. 1 CPPM ; art. 342 CPP BE; art. 326 CPP SH; art. 226 CPP SG; art. 437 CPP VD; Piquerez 2000 N 3309. Dans certains cas, le retrait est jugé possible jusqu'au prononcé de la décision sur recours.

²³ P.ex. ZR 57 (1958) N° 131 ; 60 (1961) N° 46 ; 76 (1977) N° 111.

²⁴ Voir à ce sujet, représentant des approches différentes : Aeschlimann 1997 N 1665 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 43 N 19 s. ; Oberholzer 1994 516 ; Piquerez 2000 N 3309 ; Schmid 1997 N 546.

²⁵ Sur les moyens de recours suspensifs et non suspensifs et les problèmes de force exécutoire qui y sont liés, voir Aeschlimann 1997 N 1672 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 6 ss. ; Maurer 1999 451s. ; Oberholzer 1994 513 s. ; Piquerez 2000 N 3321 ss. ; Schmid 1997 N 955 ss.

²⁶ Même chose pour l'appel : voir « De 29 à l'unité », p. 160. Sur le plan international également, la tendance est à renoncer à une nouvelle administration des preuves au cours de la procédure de recours, notamment en appel ; voir Kinzig in Becker/Kinzig 2000 609 ss.

des preuves n'a lieu qu'à titre exceptionnel lorsque les preuves recueillies en première instance paraissent peu fiables pour l'une des raisons énumérées à l'alinéa 2, lit. a à c.

Règles particulières pour la procédure écrite (art. 458 AP)

L'avant-projet prévoit une procédure partiellement ou intégralement écrite on seulement pour le recours (art. 466 al. 1 AP), mais également pour l'appel (art. 472-473 AP) et pour la révision (art. 482 al. 1 AP). L'article 458 AP contient quelques règles générales applicables à cette procédure écrite.

Seul l'alinéa 6 mérite qu'on s'y attarde, dans la mesure où il *donne à l'autorité de recours la possibilité d'ordonner des débats oraux en dépit du fait que la procédure prescrite est écrite*. Cette latitude tient compte des points de vue, à la fois peu clairs et changeants, qui s'expriment à propos du droit à un procès oral et public déduit de la CEDH. Cette disposition permet par exemple, dans une procédure d'appel en matière de contravention qui, en soi, devrait se dérouler par écrit (art. 472 al. 1 lit c AP), d'ordonner la tenue de débats oraux et publics si le prévenu le demande et si les circonstances justifient de toute évidence cette solution.

Autorité de recours liée par les conclusions des parties (art. 459 AP)

La procédure pénale est dominée par le principe de la vérité matérielle et par celui de la légalité (voir les art. 6 et 7 AP), ce qui revient à dire que le droit pénal doit s'imposer d'office, indépendamment des conclusions des parties et en se fondant sur la vérité matérielle. Ces règles s'appliquent également aux procédures de recours. L'autorité de recours saisie doit rendre sa décision en appliquant uniquement le droit et sans être liée par les conclusions et les motivations des parties (al. 1).

Il est vrai, cependant, que cette règle fondamentale connaît quelques exceptions. Outre la possibilité de l'appel limité (art. 468 AP), son application est également restreinte par l'interdiction d'infliger une peine plus sévère au prévenu (*reformatio in peius*). Actuellement déjà, la plupart des codes de procédure pénale suisses interdisent à l'autorité de recours de rendre une décision au préjudice du prévenu si celui-ci est seul à recourir²⁷. L'alinéa 2 précise l'application de ce principe qui joue en faveur du prévenu comme de la partie plaignante. L'avant-projet suit en cela ceux des cantons qui n'interdisent que l'aggravation de la sanction mais non pas le prononcé d'un verdict de culpabilité à raison d'une infraction grave²⁸.

L'alinéa 3 apporte un tempérament à l'interdiction de la reformatio in peius, réglant du même coup une interaction entre cette maxime et une situation proche de la révision : il serait choquant que des faits, des documents ou des preuves dont on n'a eu connaissance qu'après le

²⁷ Voir les différentes dispositions qui diffèrent sur des détails : art. 227 al. 2 PPF ; art. 182 al. 2 CPPM ; art. 399 CPP ZH ; art. 337 et 358 al. 2 CPP BE ; art. 236 al. 2 CPP LU ; art. 229 al. 3 CPP UR ; art. 154 al. 3 CPP GL ; art. 136 CPP SZ ; art. 150 al. 2 CPP OW ; art. 152 al. 1 CPP NW ; art. 221 CPP FR ; art. 165 CPP SO ; art. 164 al. 2 CPP BS ; art. 192 al. 2 CPP BL ; art. 323 al. 2 CPP SH ; art. 199 al. 1 CPP AR ; art. 145 al. 2 CPP AI ; art. 246 al. 3 CPP SG ; art. 146 al. 1 CPP GR ; art. 210 CPP AG ; art. 209 al. 1 CPP TG ; art. 251 CPP NE ; art. 246, 356 et 366 CPP GE ; art. 193 CPP VS ; art. 338 et 354 CPP JU. L'art. 75 al. 2 CPP ZG autorise la *reformatio in peius*. Sur ce principe en général, voir Aeschlimann 1997 N 1849 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 99 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 98 N 1 ss. ; Kolly 1995 294 ss. ; Maurer 1999 458 ss. ; Oberholzer 1994 540 ; Padrutt 1996 Art. 146 N 3 ; Piller/Pochon 1998 Art. 221.1 ss. ; Piquerez 2000 N 3341 ss. ; Poncet 1978 Commentaire de l'art. 246, p. 325 s. ; Schmid 1997 N 984 ss.

²⁸ Pour une récapitulation des différentes solutions cantonales, voir Hauser/Schweri 1999 § 98 N 5 ss.

jugement du tribunal de première instance ne puissent pas être utilisés, y compris au détriment du prévenu. Imagions qu'un prévenu étranger soit condamné en première instance par un tribunal qui le croit sans antécédents et qu'on apprenne après coup que l'intéressé est en réalité un criminel professionnel multirécidiviste : il serait très difficile de justifier que ces faits nouveaux ne puissent être pris en considération, même au préjudice du recourant²⁹.

Extension de décisions de l'autorité de recours admettant le recours (art. 460 AP)

Cette disposition qui, dans l'intérêt d'un jugement équitable et afin de prévenir les demandes de révision ultérieures, prévoit l'extension des effets d'un jugement admettant le bien-fondé du recours en faveur des autres parties qui n'ont pas recouru, est déjà connue dans de nombreuses lois de procédure pénale³⁰. Mais cette règle ne vaut que si l'autorité de recours apprécie différemment l'état de fait. Elle ne s'applique donc pas si l'autorité de recours n'apprécie pas la culpabilité des prévenus de la même manière que le tribunal de première instance et que cette divergence entraîne une réduction de la peine privative de liberté.

272 Le recours (chapitre 2 ; art. 461-466 AP)

272.1 Généralités (section 1, art. 461-464 AP)

Objet (art. 461 AP)

L'article 461 AP fixe le champ d'application du recours et la cognition, c'est-à-dire les motifs invoqués à l'appui du recours.

L'alinéa opère tout d'abord la distinction entre recours et appel : le recours est un *moyen subsidiaire*³¹ qui n'est ouvert que si l'appel n'est pas recevable contre la décision contestée. L'appel de son côté permet d'attaquer une décision au fond rendue en première instance (voir art. 467 AP). Il en résulte que le recours est généralement ouvert *contre les ordonnances et les décisions d'avant dire droit*.

Selon les alinéas 1 et 2, le recours est un *moyen de droit ordinaire à effet dévolutif complet* qui permet en principe d'invoquer *tous les vices entachant la décision attaquée*³². Le recourant peut donc s'en prendre aux erreurs commises dans l'appréciation des faits et dans l'application du droit et faire valoir un mauvais usage du pouvoir d'appréciation. Il peut également invoquer le déni de justice formel et matériel. Le recours constitue donc, à côté de l'appel, un moyen de droit complet qui inclut des recours spécifiques que l'on trouve dans différents codes de procédure

²⁹ Telle quelle ou avec quelques nuances, cette solution est déjà prévue par certains codes cantonaux : art. 154 al. 3 CPP GL; art. 149 CPP OW; art. 152 al. 2 CPP NW; art. 23 al. 3 CPP SH; art. 199 al. 2 et 3 CPP AR; art. 246 al. 3 et 247 CPP SG; art. 209 al. 1 CPP TG. Sur cette question, voir Hauser/Schweri 1999 § 98 N 12 s.

³⁰ Voir notamment art. 400 CPP ZH; art. 238 CPP LU; art. 206 CPP UR; art. 137 CPP SZ; art. 150 al. 3 CPP OW; art. 153 CPP NW; art. 164 al. 3 CPP BS; art. 308 CPP SH; art. 200 CPP AR; art. 134 CPP AI; art. 227 CPP SG; art. 146 al. 3 CPP GR; art. 211 CPP AG; art. 209 al. 3 CPP TG; art. 297 CPP TI. Sur ce principe, voir Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 200 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 98 N 16 ss. ; Padrutt 1996 Art. 146 N 5 ; Schmid 1997 N 989 s. ; le même in Donatsch/Schmid 1996 Art. 400 N 1 ss. Dans certains cas, le principe ne s'applique qu'à certaines preuves, et selon l'art. 370 al. 3 CPP BE par exemple, à la révision ; à ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1933 ss. ; Maurer 1999 530.

³¹ Pour ce caractère subsidiaire : « De 29 à l'unité », p. 158. D'une façon générale sur les catégories de moyens de recours, voir Hauser/Schweri 1999 § 95 N 13 ; Maurer 1999 450 ; Oberholzer 1994 514 ; Schmid 1997 N 957.

³² Sur ces distinctions, voir Aeschlimann 1997 N 1672 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 1 ss. ; Maurer 1999 450 ss. ; Oberholzer 1994 513 s. ; Piquerez 2000 N 3258 ss. ; Schmid 1997 N 955 ss. Sur le caractère « complet » du recours, voir « De 29 à l'unité », p. 160.

cantonaux et qui permettant d'attaquer quelques comportements particuliers (recours hiérarchique³³, pour déni de justice³⁴, hiérarchique judiciaire³⁵, recours disciplinaire³⁶).

L'alinéa 2 souligne encore l'effet dévolutif complet du recours : le recourant a la possibilité de produire de *nouvelles allégations et de nouvelles preuves*. Toutefois, dans un but d'économie, il ne pourra pas faire valoir des allégations et des preuves qu'il aurait pu invoquer au cours de l'instance précédente.

Actes de procédure attaquables (art. 462 AP)

L'article 462 énumère les mesures et les décisions contre lesquelles le recours est recevable³⁷ :

- Lit. a : *mesures de contrainte de la police dans la procédure d'investigation indépendante* (art.333-337 AP³⁸). Cette disposition ouvre la voie du recours à la personne touchée par une mesure de cette nature – arrestation provisoire, perquisition, etc. –, possibilité rarement offerte jusqu'à présent, du moins en matière pénale. Comme les mesures de contrainte passent immédiatement sous la responsabilité du ministère public, il faut partir du principe que ces recours seront rétroactifs et guère fréquents.
- Lit b : décisions et déroulement de la procédure du ministère public et des autorités pénales en matière de contraventions. Sont concernées au premier chef les *ordonnances* prescrivant une mesure de contrainte telle que le séquestre, etc. Mais tout acte de procédure peut en principe être attaqué, comme d'ailleurs toute abstention ou omission ; dans ce dernier cas, le grief invoqué devrait être le déni de justice. Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut³⁹, ce droit de recours, très généreusement aménagé, fait office de contrepoids à la concentration de pouvoirs dont le ministère public bénéficie au cours de la procédure préliminaire et de la procédure intermédiaire. Sont donc également attaquables les ordonnances telles que l'*ordonnance de suspension ou de non-lieu* prises par le ministère public et les autorités pénales en matière de contraventions⁴⁰.
- Lit c : *décisions et ordonnances* ainsi que le déroulement de la procédure *des tribunaux de première instance* : les ordonnances et les décisions qui ne constituent pas un jugement doivent donc être attaquées par la voie du recours et non celle de l'appel. Il s'agira par exemple des décisions finales rendues dans une procédure indépendante en matière de mesures prises sous forme de décisions d'avant dire droit (voir art. 406 al. 1 et 411 al. 1 AP).

³³ Voir art. 108 ss. LOJ ZH ; art. 239 CPP et art. 58 LOJ UR ; art. 233 ss. CPP AR. Appelé « *Beschwerde* » : art. 327 ss. CPP BE ; art. 261 ss. CPP LU.

³⁴ Voir p.ex. art. 254 ss. CPP SG.

³⁵ Voir art. 34 LOJ GR et, à ce sujet, Padrutt 1996 Art. 140 N 1 ss.

³⁶ Voir art. 73, 80 et 84 LOJ AG.

³⁷ Les possibilités mentionnées correspondent dans l'ensemble aux propositions des experts (voir « De 29 à l'unité », p. 157 s. A propos des actes de procédure attaquables par la voie du recours ou de l'appel selon les lois de procédure en vigueur, voir, avec d'autres références : Hauser/Schweri 1999 § 100 N 9 ss. ; Piquerez 2000 N 3371 ss.

³⁸ Le experts ont approuvé le recours contre ces mesures (voir « De 29 à l'unité », p. 160).

³⁹ Voir ch. 133.1 supra.

⁴⁰ En ce qui concerne la situation actuelle du droit dans les cantons, voir, avec des références aux différents recours ouverts contre les décisions préliminaires et intermédiaires mettant fin à l'instance, Aeschlimann 1997 N 1700 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 204 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 100 N 10 ; Maurer 1999 467 ss. ; Oberholzer 1994 523 ; Padrutt 1996 Art. 138 N 2 ; Piquerez 2000 N 3373 ; Schmid 1997 N 998.

- Lit d : *décisions du tribunal des mesures de contrainte dans les cas prévus par la loi* : selon les dispositions qui définissent le rôle de cette instance dans les différentes mesures de contrainte, les décisions prises dans la procédure de mise en détention ne peuvent être attaquées que dans les limites des articles 238 al. 6 et 241 AP

Il résulte de cette énumération que le recours n'est admis, d'une façon générale, que contre les actes de procédure des autorités pénales inférieures. *Un recours contre les décisions des autorités de recours et d'appel est dès lors exclu*. Demeurent réservés, bien évidemment, les moyens de recours prévus par l'OJ, la PPF et, le moment venu, par la LF sur le Tribunal fédéral.

Exclusion du recours (art. 463 AP)

Dans un but d'accélération et d'économie de la procédure, l'alinéa 1 prévoit certaines restrictions au droit de recours. En premier lieu, il ne serait pas judicieux d'admettre une procédure de recours contre les *décisions de rejet de propositions de preuves par le ministère public ou l'autorité pénale en matière de contraventions* (lit. a)⁴¹. Ces propositions peuvent en effet être renouvelées devant le tribunal de jugement (voir art. 364 al. 4 AP).

Lorsque des requêtes formulées au cours des débats font l'objet d'ordonnances ou de décisions distinctes, la question se pose de savoir si le recours de l'article 462 lit c AP, recevable en soi, serait utile. Si cette voie de recours devait être ouverte, elle supposerait une interruption des débats et, de ce fait, retarderait la procédure. Suivant en cela plusieurs codes de procédure actuellement en vigueur⁴², l'avant-projet exclut le recours immédiat dans ces cas-là. En conséquence, les éventuelles erreurs contenues dans ces décisions intermédiaires devront être attaquées avec la décision finale dans la mesure où elles ont influencé celle-ci.

L'alinéa 1 lit c précise que le recours n'est pas recevable une seconde fois contre les décisions sur recours ; *en d'autres termes, les décisions sur recours sont définitives*.

L'alinéa 2 réserve d'autres restrictions légales du droit de recours figurant d'autres parties de l'avant-projet. A cet égard, on se référera par exemple aux restrictions des articles 328 et 360 al. 3 AP concernant la procédure préliminaire et la procédure intermédiaire.

Autorités de recours (art. 464 AP)

L'avant-projet prévoit *deux autorités de recours* :

Les recours interjetés contre des mesures de contrainte de la police, des ordonnances ou le déroulement de la procédure du ministère public et des autorités pénales en matière de contraventions, sont adressés au *tribunal des mesures de contrainte* (al. 1). Ce dernier est donc appelé à connaître des recours contre les dénis de justice formels. Du fait de l'attribution de ces différentes compétences, le tribunal des mesures de contrainte acquiert, comme nous l'avons déjà signalé⁴³, une fonction de tribunal des mesures de contrainte et d'instruction⁴⁴.

⁴¹ Ce type de restriction est déjà connu dans le droit suisse de procédure pénale ; voir p.ex. art. 403 al. 1 CPP ZH; art. 141 al. 1 CPP SZ; art. 202 al. 2 lit. a CPP FR.

⁴² Voir notamment art. 403 al. 2 CPP ZH; art. 141 al. 2 CPP SZ; art. 163 al. 3 CPP NW; art. 202 al. 2 lit. b CPP FR; art. 213 al. 2 CPP AG; art. 211 al. 2 CPP TG.

⁴³ Ch. 221.5 supra.

⁴⁴ Comme indiqué, il s'agit d'une institution proche du tribunal d'instruction et de la détention tessinois (*giudice dell'istruzione e d'ell'arresto*), voir art. 97 ss. et 279 ss. CPP TI ; art. 60 à 60b LOJ TI.

L'alinéa 2 charge l'*autorité de recours* (Art. 26 AP) de statuer sur tous les autres recours. La lettre *a.* qui mentionne les « décisions du ministère public et des autorités pénales en matière de contraventions dans les cas prévus par la loi » vise avant tout les ordonnances de non-lieu (voir les art. 355 et 423 al. 2 AP). Comme l'ordonnance de non-lieu est une décision finale apparentée à un jugement sur le fond, l'avant-projet a prévu une instance à un niveau hiérarchique supérieur.

L'alinéa 3 est destiné à simplifier la procédure. Dans une *affaire de peu d'importance*, le recours ne sera pas examiné par le plénum, mais par la direction de la procédure de l'autorité compétente (tribunal des mesures de contrainte ou autorité de recours). Cette mesure vise essentiellement les contraventions. Par ailleurs, la direction de la procédure statue en qualité de juge unique lorsque le recours porte exclusivement sur les conséquences économiques d'une décision, telles que frais, indemnités, confiscations, etc. et que la valeur litigieuse des différentes demandes en concours n'excède pas 5'000 francs.

272.2 Procédure et décision (section 2, art. 465-466 AP)

Délai et forme (art. 465 AP)

L'article 465 précise que la procédure de recours est en principe écrite (voir également l'art. 466 al. 1 AP). C'est la raison pour laquelle il incombe au recourant de déposer dans le délai de dix jours de l'article 454 al. 1 un mémoire indiquant les motifs du recours (al. 1).

L'alinéa 2 se réfère à la fonction du recours comme voie de droit contre le déni de justice matériel ou formel ; dans ce cas, le recours n'est soumis à aucun délai.

Procédure et décision (Art. 466 AP)

L'article 466 AP contient les principes essentiels de la procédure de recours (écrite), laquelle est, pour le surplus, régie par l'article 458 AP. L'alinéa 2 donne à l'autorité de recours la possibilité de rendre une nouvelle décision (*recours en réforme*⁴⁵) qui vient remplacer la décision prise en première instance, ou alors d'annuler la décision attaquée (*recours en cassation*) et de renvoyer l'affaire à l'instance précédente pour nouvelle décision.

L'alinéa 3 traite du cas particulier dans lequel l'autorité de recours *admet un recours contre une ordonnance de non-lieu* au sens de l'article 350 ou 423 al. 3 AP. Cette décision sera souvent fondée sur le fait que l'autorité de recours estime que, compte tenu de l'état du dossier, une mise en accusation s'impose ou, au contraire, qu'il y a lieu de recueillir des preuves supplémentaires. La séparation des pouvoirs et l'indépendance des autorités pénales (art. 4 AP) interdisent en principe que l'autorité de recours donne au ministère public ou à l'autorité pénale en matière de contraventions des instructions pour la suite de la procédure⁴⁶. Il est toutefois utile dans l'intérêt de l'avancement de la procédure que l'autorité de recours, lorsqu'elle a levé d'une ordonnance de non-lieu, dispose de ce pouvoir d'instruction.

Pour des raisons semblables, l'autorité de recours compétente est habilitée, lorsqu'elle constate un déni de justice matériel ou formel, à donner à l'autorité mise en tort des instructions (p.ex.

⁴⁵ A propos de ces notions, voir Aeschlimann 1997 N 1676 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 11 s. ; Maurer 1999 451 ; Oberholzer 1994 514 ; Piquerez 2000 N 3339 s. ; Schmid 1997 N 961 s.

⁴⁶ A ce sujet, voir Schmid 1997 N 1016 ; le même in Donatsch/Schmid 1998 § 38 N 46.

recueillir certaines preuves ou clore la procédure préliminaire) et à lui fixer des délais pour s'exécuter.

273 L'appel (chapitre 3, art. 467-468 AP)

273.1. Généralités (section 1, art. 467-470 AP)

Objet et recevabilité (art. 467 AP)

L'appel constitue le principal moyen de recours contre les jugements des tribunaux de première instance⁴⁷. L'appel étant *un moyen de recours ordinaire à effet dévolutif complet*⁴⁸, tous les vices du jugement de première instance peuvent être invoqués (al. 1 – 3)⁴⁹. L'appel est avant tout destiné à remettre en cause les jugements cantonaux de première instance ; comme nous l'avons déjà noté⁵⁰, les projets de révision totale de l'organisation judiciaire ne prévoient pas que les jugements du futur Tribunal fédéral de première instance pourront être portés devant une cour d'appel fédérale.

*Sont attaquables toutes les décisions finales ou préjudicielles*⁵¹ tranchant de façon définitive en première instance des questions de droit matériel⁵². L'élément caractéristique de l'appel est donc qu'il permet d'invoquer de nouvelles allégations et de nouvelles preuves⁵³.

L'appel n'est cependant un recours ordinaire avec effet dévolutif complet que dans la mesure où *l'objet de la procédure de première instance était un crime ou un délit* (voir la. 2). Si, en revanche, le *tribunal de première instance, n'a eu à connaître que d'une contravention*⁵⁴, le pouvoir d'examen de la cour d'appel est limité par l'alinéa 4. Dans ces cas-là, l'appel se rapproche du pourvoi en nullité que connaissent le droit fédéral et certains cantons⁵⁵, c'est-à-dire, pour commencer, que seule peut être invoquée une violation du droit fédéral (lit. a). Ensuite, l'appelant peut aussi faire valoir que le jugement se fonde sur un état de fait incomplet

⁴⁷ Sur l'appel en général, voir Aeschlimann 1997 N 1745 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 1 ss. ; Maurer 1999 489 ss. ; Oberholzer 1994 529 ss. ; Padrutt 1996 Art. 141 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3379 ss. ; Schmid 1997 N 1020 ss.

⁴⁸ A propos de ces catégories en général, voir Aeschlimann 1997 N 1672 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 1 ; Maurer 1999 450 ss. ; Oberholzer 1994 513 s. ; Piquerez 2000 N 3258 ss. ; Schmid 1997 N 955 ss.

⁴⁹ Déjà prévu expressément : art. 419 al. 1 CPP ZH ; art. 334 al. 2 CPP BE ; art. 220 CPP UR ; art. 145 CPP SZ ; art. 212 al. 1 CPP FR ; art. 70 al. 3 CPP ZG ; art. 173 al. 2 CPP SO ; art. 323 al. 1 CPP SH ; art. 213 al. 1 CPP AR ; art. 143 CPP AI ; art. 238 al. 1 CPP SG ; art. 217 al. 1 CPP AG ; art. 177 CPP VS ; art. 323 al. 2 CPP JU. Sur ce sujet en général, voir Aeschlimann 1997 N 1753 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 2 ; Maurer 1999 489 ; Oberholzer 1994 529 ; Piquerez 2000 N 3380 ; Schmid 1997 N 1034.

⁵⁰ Voir ch. 221.9 ad ch. 27 AP supra.

⁵¹ P.ex. les décisions préjudicielles déclarant recevables en principe des prétentions civiles.

⁵² En premier lieu la question de savoir si les griefs de l'accusation – et donc l'état de faits – sont réalisés. Voir Schmid in Donatsch/Schmid 1996 § 410 N 2.

⁵³ Cela ressort expressément, déjà à l'heure actuelle, de plusieurs codes de procédure pénale. Voir notamment art. 158 CPP NW ; art. 149 al. 2 CPP SZ ; art. 213 CPP FR ; art. 213 al. 2 CPP AR ; art. 143 CPP AI ; art. 238 al. 2 CPP SG ; art. 220 al. 1 CPP AG ; art. 208 CPP TG ; également art. 190 CPP VS. A ce sujet, voir Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 213 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 2 ; Maurer 1999 489.

⁵⁴ Sur l'opposition contre une ordonnance d'amende, voir les art. 423 ss. AP.

⁵⁵ A propos de la tendance, observée dans certains cantons, à exclure l'appel au profit du pourvoi en nullité en ce qui concerne les infractions mineures, voir avec d'autres références Hauser/Schweri 1999 § 99 N 6 ss. ; Piquerez 2000 N 3382 et 3385 s. Pour le canton de FR (art. 212 al. 2 CPP : Pas d'appel pour les amendes d'un montant inférieur à 3000 francs ni pour les peines privatives de liberté d'une durée inférieure à dix jours, ni d'ailleurs pour les jugements du tribunal pénal économique), voir Riklin 1999 43 ; Piller/Pochon 1998 Art. 212.3 ss.

ou sur une appréciation du dossier et des preuves manifestement erronée (lit. b)⁵⁶. En d'autres termes, l'appelant ne peut se plaindre que d'une appréciation du dossier et des preuves manifestement erronée et, par là, constitutive d'arbitraire. Il faut ajouter qu'en matière de contraventions, l'élément déterminant n'est pas l'objet du jugement mais celui des débats : si l'accusation du ministère public avait retenu un délit alors que le tribunal n'a reconnu le prévenu coupable que d'une contravention, la restriction de l'alinéa 4 n'est pas applicable.

En vertu de l'alinéa 5, l'appel est également limité lorsqu'il ne porte que sur les *conclusions civiles*.

Afin de ne pas avantager en matière de recours – par rapport au procès civil – les prétentions civiles formulées par adhésion dans la procédure pénale, l'appel n'est recevable que si le droit de procédure civile applicable au for l'autoriserait également. En outre, l'appel suppose que le tribunal de première instance ait rendu une décision au fond sur les prétentions civiles. Si celles-ci ont été renvoyées au civil, l'appel ne sera pas recevable. Ces restrictions ne sont pas applicables lorsque le jugement a aussi été attaqué sur la question de la culpabilité ou sur celle de l'action pénale.

Annonce de l'appel et déclaration d'appel (art. 468 AP)

L'avant-projet prévoit une *procédure d'appel en deux temps*, qui comporte l'annonce de l'appel d'une part, la déclaration d'appel d'autre part⁵⁷. Tout d'abord, la partie qui veut faire appel doit faire une *déclaration d'appel* dans un délai de dix jours (art. 454 al. 1 AP) ; la déclaration peut se faire par écrit, c'est-à-dire par le dépôt d'un acte ad hoc, ou (en dérogation à la règle générale de l'art. 454 al. 1 AP) verbalement par déclaration consignée au procès-verbal. Cette deuxième variante est prévue pour le cas, assez fréquent en pratique, où une partie souhaite interjeter appel immédiatement lorsque le jugement a été communiqué oralement (art. 96 à 101 et 384 AP) (al. 1).

Le dispositif du jugement est généralement communiqué oralement. La rédaction intégrale du jugement prend généralement un certain temps. Une fois *rédigé le jugement motivé, le tribunal de première instance le transmet aux parties et, avec le dossier et l'annonce d'appel, à la cour d'appel* (voir al. 2).

La partie qui a annoncé un appel dispose dès lors d'un second délai de dix jours pour adresser à la cour d'appel une *déclaration d'appel écrite* au sens des alinéas 4 et 5. Cette étape, qui peut paraître à première vue compliquée mais qui s'avère en réalité très utile en termes d'efficacité de la procédure d'appel, permet de définir à l'avance la portée exacte de l'appel. L'appelant doit en effet indiquer avec précision quelles sont les parties du jugement qu'il attaque et quels moyens de preuve supplémentaires il se propose de présenter. Cette solution donne naissance à la *contestation partielle des jugements* qui présente des avantages pour l'économie de la procédure et que certains codes suisse de procédure pénale ont d'ores et déjà adoptée⁵⁸.

⁵⁶ Cette restriction applicable aux contraventions se retrouve à l'art. 334 al. 3 CPP BE (voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1757 ; Maurer 1999 500 ss.), semblable, comme nous l'avons mentionné, à l'art. 212 al. 2 CPP FR. Elle a également été postulée sous cette forme par les experts (voir « De 29 à l'unité », p. 160).

⁵⁷ Cette séparation en deux temps existe déjà dans certains codes ; voir par exemple art. 71 al. 2 CPP ZG ; art. 214 CPP AR ; voir à ce sujet Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 214 N 1 ; art. 146 CPP AI.

⁵⁸ Voir p.ex. art. 338 CPP BE et Maurer 1999 495 ss. ; art. 157 CPP GL ; art. 211 al. 2 CPP FR et Riklin 1999 43 ; art. 173 al. 3 1^{ère} partie de la phrase CPP SO ; solution semblable : art. 214 al. 3 CPP AR et Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 214 N 5. D'une façon générale, voir Hauser/Schweri 1999 § 99 N 19 ; Piquerez 2000 N 3395 s.

Comme le précise l'alinéa 5, la déclaration d'appel *fixe définitivement l'objet de l'appel*. Ultérieurement, moyennant un retrait partiel, la portée de l'appel pourra être restreinte mais pas élargie. Pour éviter que les parties ne soient incitées par cette règle à attaquer systématiquement le jugement dans son intégralité, les articles 498 et 505 modulent les conséquences en matière de frais et d'indemnités en fonction du succès ou de l'échec de l'appel. Concrètement, cela signifie par exemple que le prévenu qui attaque un jugement dans son ensemble alors que la seule question qui l'intéresse est celle de l'octroi du sursis pourra, même s'il obtient gain de cause, être condamné à supporter ne serait-ce qu'une partie des frais et indemnités.

Examen préliminaire et appel joint (art. 469 AP)

La cour d'appel saisie d'une déclaration d'appel vérifie si celle-ci *remplit les conditions de l'article 468 al. 4 et 5*. Si tel n'est pas le cas, l'appelant se voit octroyer un délai supplémentaire pour préciser sa déclaration (al. 1). S'il est évident que l'intéressé n'est pas en mesure de déposer elle-même une déclaration en bonne et due forme, la cour d'appel est tenue de vérifier s'il n'y a pas lieu de lui désigner un défenseur commis d'office et, le cas échéant, de le mettre au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite (voir art. 136, 138 et 143 AP).

Lorsque la cour d'appel est en possession d'une déclaration d'appel en bonne et due forme, celle-ci est communiquée aux autres parties (al. 2). Celles-ci disposent alors d'un délai de dix jours pour faire une proposition motivée de non entrée en matière (en invoquant par exemple le non respect des délais ou l'absence de légitimation) ou pour interjeter un *appel joint* (voir al. 3). L'appel joint est régi par l'article 468 al. 4 et 5 AP, c'est-à-dire qu'il doit également indiquer quelles parties du jugement est contestée, quels moyens de preuve sont invoqués, etc. La légitimation, quant à elle, est définie à l'article 451 AP ; dès lors, la partie plaignante peut également attaquer la décision par un appel joint, celui-ci devant se limiter à la question civile et à celle de la culpabilité (art. 451 al. 2 AP)⁵⁹.

L'alinéa 5 règle une question controversée en procédure pénale suisse : sur quels éléments du jugement l'appel joint peut-il porter ? Dans certains cas, il peut être interjeté *indépendamment des points contestés dans l'appel principal*⁶⁰. Dans d'autres cantons, l'appel joint doit se référer aux points attaqués dans l'appel principal, ce qui peut poser des problèmes d'interprétation⁶¹. L'avant-projet admet *l'appel joint indépendant des griefs soulevés dans l'appel principal*. Il propose une exception à propos des conclusions civiles : si le prévenu ou la partie plaignante n'attaque que l'aspect civil du jugement de première instance, l'appel joint sera limité à ce point.

L'alinéa 6 souligne *le caractère accessoire de l'appel joint* : comme c'est déjà le cas dans une grande partie des codes de procédure pénale en vigueur⁶², l'appel joint tombe lorsque l'appel

⁵⁹ Voir à ce sujet Maurer 2000 311 s.

⁶⁰ Tel est par exemple le cas dans les cantons suivants : art. 340 al. 2 CPP BE; art. 312 al. 2 CPP SH; art. 217 CPP AR, voir Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 217 N 1 ss. ; art. 143 al. 3 CPP GR, voir Padrutt 1996 Art. 143 N 3 ; art. 328 CPP JU ; à ce sujet et à propos de la suite, voir Hauser/Schweri 1999 § 99 N 14 ss. ; Maurer 1999 498 ss. ; Piquerez 2000 N 3397 ss.

⁶¹ Voir art. 425 CPP ZH et à ce sujet Schmid 1997 N 1042 ss. ; le même in Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 425 N 1 ss.

⁶² Voir p.ex. art. 426 CPP ZH; art. 340 al. 4 CPP BE; art. 235 al. 3 CPP LU; art. 223 al.4 CPP UR; art. 149 al. 4 CPP GL; art. 147 al. 3 CPP SZ; art. 142 2^{ème} phrase CPP OW; art. 72 al. 2 2^{ème} phrase CPP ZG; art. 175 al. 3 CPP SO; art. 178 al. 2 2^{ème} phrase CPP BS; art. 183 al. 2 CPP BL; art. 312 al. 2 2^{ème} partie de la phrase CPP SH; art. 217 al. 4 CPP AR; art. 147 al. 2 2^{ème} phrase CPP AI; art. 240 al. 3 CPP SG; art. 145 al. 1 2^{ème} phrase CPP GR; art. 219 al. 2 2^{ème} phrase CPP AG; art. 204 al. 2 CPP TG; art. 187 ch. 5 CPP VS; art. 328 al. 4 CPP JU.

principal est retiré ou lorsqu'il est frappé de nullité. Cela vaut également si l'appel principal n'est retiré que pendant les débats oraux.

Etendue et effet de la procédure d'appel (art. 470)

Comme nous l'avons déjà souligné ci-dessus à propos de l'article 468 al. 5, l'avant-projet permet de n'attaquer que certains points d'un jugement. Dans le cas de l'appel partiel, la cour d'appel n'examine que les points contestés du jugement de première instance (al. 1)⁶³.

La règle stricte de l'alinéa 468 al. 5 selon lequel une limitation de l'appel est obligatoire et définitive, ce qui revient à dire que l'appel ne peut plus être étendu lors des phases ultérieures de la procédure d'appel, est assouplie à l'alinéa 2 : la cour d'appel a la possibilité de *corriger en faveur du prévenu des erreurs manifestes commises par le tribunal de première instance lors de la constatation de l'état de faits ou dans l'application du droit*. De cette manière, le respect du principe de la vérité matérielle et du principe *iura novit curia* (le tribunal applique le droit d'office) est suffisamment garanti. On constate que dans la majorité des cantons dans lesquels les conclusions d'appel n'ont pas pour effet de lier l'instance, la cour d'appel examine *de facto* à titre principal les griefs soulevés dans l'appel et n'aborde les autres points qu'en cas d'erreur manifeste⁶⁴.

Les alinéas 4 et 5 règlent la *force de chose jugée partielle* : au terme du délai d'appel, les points du jugement de première instance qui n'ont pas été soulevés dans la déclaration d'appel au sens de l'article 468 AP acquièrent l'autorité de la chose jugée et deviennent exécutoires. Si le prévenu ne s'en prend qu'à la durée de la peine privative de liberté qui lui a été infligée, il sera possible, une fois passé le délai d'appel, de procéder à la confiscation des valeurs patrimoniales prévue par le jugement. Afin que les prétentions civiles jugées recevables puissent être satisfaites, l'alinéa 4 permet à la direction de la procédure de la cour d'appel de constater l'entrée en force du jugement civil dans une décision séparée.

273.2 Préparation de la procédure d'appel (section 2, art. 471 AP)

Introduction (art. 471 AP)

L'article 471 règle – de façon largement analogique à l'article 362 applicable à la procédure de première instance – les vérifications auxquelles la cour d'appel doit procéder à réception de l'acte d'appel et dont dépendra l'entrée en matière sur l'appel.

- Tout d'abord, il s'agit de vérifier si l'appel a bien été annoncé dans les délais et s'il est dûment motivé. Si le délai n'a pas été observé ou si la partie qui a fait une déclaration d'appel n'a pas précisé sa déclaration malgré le délai supplémentaire qui lui a été accordé en vertu de l'article 469 al. 1, la cour d'appel n'entrera pas en matière. Cela vaut *a fortiori* si, après avoir annoncé un appel, l'intéressé ne dépose pas une déclaration d'appel au sens de l'article 468 al. 3 à 5 AP (al. 1 lit a).

Voir également Aeschlimann 1997 N 1790 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 217 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 14 ; Oberholzer 1994 535 ; Padrutt 1996 Art. 143 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3399 ; Schmid 1997 N 1046.

⁶³ Dans le droit de procédure actuellement en vigueur, les cantons dans lesquels l'appel n'a pas pour effet de lier l'instance sont toutefois nettement majoritaires ; voir la récapitulation de Hauser/Schweri 1999 § 99 N 19 ss.

⁶⁴ Hauser/Schweri 1999 § N 22.

- On procédera également par analogie avec l'article 362 AP lorsque l'intéressé fait valoir *la prescription des faits incriminés* (al. 1 lit. b). Si cette objection se vérifie, la cour d'appel n'entrera pas en matière sur l'accusation ou prononcera le non-lieu. Il en ira de même si l'absence de conditions à l'action ou l'existence d'empêchements à procéder n'est constatée qu'après l'introduction d'une procédure d'appel (par analogie avec l'article 362 al. 6 AP en relation avec l'article 450 al. 1 AP).

Si l'entrée en matière est contestée, la cour d'appel tranche en *procédure écrite*, étant entendu qu'elle doit, ce faisant, garantir aux parties le droit d'être entendues. Si la cour d'appel décide de ne pas entrer en matière, elle communique aux parties une décision de non entrée en matière écrite et motivée (al. 2).

Si aucune question ne se pose à propos de l'entrée en matière ou si la cour d'appel, en dépit de conclusions contraires, entend se saisir de l'appel, l'entrée en matière n'est pas communiquée aux parties de manière séparée ; aucune décision formelle d'entrée en matière n'est donc prévue. Cette solution s'impose dans un but de simplification de la procédure, d'autant plus que, contrairement à la non entrée en matière, aucun moyen de recours immédiat n'est ouvert contre l'entrée en matière. La direction de la procédure de la cour d'appel qui entre en matière prépare donc sans délai les prochaines étapes et prend immédiatement les décisions nécessaires à la mise en œuvre de la procédure d'appel, écrite ou orale. Les mesures prises indiquent aux parties quel type de procédure est prévu pour la suite des opérations. Pour le surplus, les articles 361 et suivants AP s'appliquent par analogie à ces étapes préparatoires .

273.3 Procédure d'appel écrite (section 3, art. 472-473 AP)

Cas de la procédure écrite (art. 472 AP)

L'avant-projet prévoit *dans certains cas une procédure uniquement écrite*. Cette possibilité, qui n'existe actuellement que dans quelques codes de procédure pénale en Suisse⁶⁵, devrait être davantage utilisée pour décharger les instances judiciaires. Il faut admettre toutefois que, compte tenu de l'exigence d'une procédure orale et publique posée par l'article 6 al. 1 CEDH et l'article 14 al. 1 PIDCP, la mise en place d'une procédure d'appel écrite est soumise à certaines restrictions. Selon la jurisprudence des instances strasbourgeoises qu'il est malaisé de ramener à un dénominateur commun⁶⁶, la question de savoir si l'on peut renoncer à une procédure publique en instance de recours dépend des circonstances de l'espèce. Tel sera le cas, par exemple, si l'instance supérieur n'exerce qu'un contrôle de droit qui peut tout aussi bien avoir lieu dans le cadre d'une procédure écrite. De même, l'instance de recours pourra également statuer sans débats publics lorsque les questions de fait encore litigieuses à ce stade peuvent être tranchées de façon appropriée sur la base du dossier, que l'infraction est d'importance mineure et que la sanction prononcée par l'instance précédente ne peut être aggravée par suite du recours.

L'article 472 al. 1 tient compte de ces limites et prévoit une procédure écrite dans les cas suivants :

⁶⁵ Voir p.ex. art. 352 CPP BE et Maurer 1999 507 ss.; art. 225 al. 2 CPP UR; art. 145a al. 2 CPP OW; art. 217 CPP FR, Riklin 1999 43 et Piller/Pochon 1998 Art. 217.1 ss.; art. 315 al. 2 CPP SH; art. 205 al. 2 CPP TG; voir également art. 220 al. 4 CPP AR; art. 149 CPP AI; art. 243 al. 2 CPP SG.

⁶⁶ Voir Haefliger/Schürmann 1999 191 ss., avec d'autres références, les décisions déterminantes à cet égard EuGRZ 18 (1991) 419 et ATF 119 Ia 316.

- Lorsque seuls des *points de droit* doivent être tranchés, comme par exemple la question de savoir si les actes incriminés sont prescrits, ou s'il y a lieu de retenir l'infraction d'abus de confiance de l'article 138 ch. 1 CP ou plutôt l'abus de confiance qualifié du chiffre 2 (al. 1 lit. a).
- Lorsqu'une partie n'attaque le jugement que sur la *question civile* (un cas d'ailleurs plutôt rare en pratique).
- Dans les cas de *contraventions* ; à cet égard, il convient surtout de relever que dans un tel cas, compte tenu d'un ATF 119 Ia 316 plutôt restrictif, l'appel se limite à un contrôle en droit et que les juges ne réexaminent plus les faits (art. 467 al. 4 AP).
- Lorsque l'appel ne porte que sur des effets accessoires du jugement⁶⁷. Ainsi, la procédure est écrite lorsque l'appel ne porte *que sur les frais et indemnités* engendrés par le jugement et par les décisions judiciaires ultérieures. De même, elle sera écrite lorsque des *mesures au sens des nouveaux articles 66 à 73 CP*, c'est-à-dire essentiellement la confiscation d'objets et de valeurs patrimoniales, sont contestées. Il s'agit là de cas pour lesquels un très grand nombre de codes de procédure ne prévoient de toutes façons pas l'appel mais le recours ou le pourvoi en nullité, c'est-à-dire des moyens de droit qui font normalement intervenir une procédure écrite. Pour des raisons de simplification, l'avant-projet soumet ces effets accessoires à l'appel tout en imposant une procédure écrite afin de réaliser la meilleure cohérence possible avec le droit procédural en vigueur lorsque celui-ci n'admet que les autres moyens de recours mentionnés.

En vertu de l'article 458 al. 6 AP, les parties ont cependant malgré tout le loisir *d'exiger des débats oraux*. Une certaine souplesse est ainsi garantie, qui tient compte de l'exigence de la CEDH.

L'alinéa 2 prévoit *la procédure écrite dans deux autres situations*, mais uniquement avec l'accord des parties.

- Il est possible de renoncer à des débats oraux lorsque la présence du prévenu n'est pas indispensable, et notamment lorsqu'il ne doit pas être interrogé personnellement. Il s'agit alors, en effet, de ces débats d'appel bien connus dans la vie quotidienne des tribunaux, au cours desquels le prévenu ne joue qu'un rôle marginal, et qui se concentrent plus ou moins sur les plaidoiries des représentants des parties, lesquelles pourraient tout aussi bien être remplacées par un échange de mémoires.
- Les débats oraux pourront également faire place à une procédure écrite lorsque la décision attaquée émane d'un juge unique (art. 24 AP). Il s'agit fréquemment d'affaires mineures qui font apparaître comme justifiée la renonciation à des débats oraux.

Echange d'écritures (art. 473 AP)

Lorsque la procédure d'appel se déroule par écrit, la partie qui a déclaré l'appel doit déposer un mémoire d'appel motivé conformément à l'article 468 AP. La procédure qui suit se déroule conformément à l'article 458. Si un appel joint a été interjeté, celui-ci doit être motivé dans la réponse à l'appel principal.

⁶⁷ Plusieurs codes de procédure excluent l'appel sur les effets accessoires d'un jugement : art. 154 al. 3 CPP NW; art. 173 al. 3 CPP SO; art. 199 al. 2 CPP TG.

273.4 Procédure orale d'appel (section 4, art. 474-475 AP)

Déroulement des débats oraux d'appel (art. 474 AP)

Les débats oraux d'appel se déroulent en principe selon les dispositions applicables aux débats de première instance (art. 361 ss. AP). L'article 474 renferme toutefois quelques particularités. L'appel pouvant être limité à certains points, les débats oraux d'appel se limitent également à ces points là (al. 2).

Les alinéas 3 à 6 régissent la *présence de parties* aux débats d'appel. Les obligations à cet égard sont limitées. L'alinéa 4 mentionne la présence obligatoire du ministère public par analogie avec celle-ci lors des débats de première instance (art. 369 AP). Le ministère public doit donc en principe prendre part aux débats d'appel lorsque le tribunal de première instance a prononcé une peine privative de plus de trois ans ou une mesure privative de liberté, ou que lui-même a requis ou entend requérir de telles sanctions.

Lorsqu'une autre partie a déclaré l'appel, le ministère public n'est pas tenu de comparaître aux débats d'appel si – ce qui sera très souvent le cas – il conclut à la confirmation du jugement de première instance (al. 5 lit. a). La direction de la procédure de la cour d'appel peut toutefois demander expressément sa participation dans tous les cas où l'intérêt de la procédure le commande (al. 5 lit. b). La présence du ministère public pourra sembler nécessaire lorsque, exceptionnellement, des preuves supplémentaires seront administrées devant la cour d'appel.

Défaut des parties (art. 475 AP)

Les prescriptions de l'article 475 AP diffèrent quelque peu des conséquences générales du défaut exposées aux articles 106 et 394 à 400 AP. Ce qui est essentiel ici, c'est que *l'appel est considéré comme retiré* si le prévenu ou la partie plaignante qui a fait la déclaration d'appel fait défaut. Il est toutefois suffisant que l'intéressé se fasse représenter régulièrement. L'alinéa 1 lit b assimile le défaut de l'alinéa 1 lit. a au cas dans lequel une partie, dispensée en vertu de l'article 474 al. 3 AP de participer aux débats d'appel, omet de déposer les conclusions écrites supposées suppléer à sa comparution personnelle. Selon l'alinéa 1 lit. c, est également défaillante la partie qui n'a pas pu être citée à comparaître parce qu'elle a omis, en violation de l'article 98 al. 2 et 3 AP, d'indiquer un domicile de notification.

La situation est réglée différemment lorsque *l'appel porte sur la question de la culpabilité ou sur celle de l'action pénale et que le prévenu fait défaut* ; une procédure par défaut a lieu en application par analogie des articles 394-400 (al. 2). Dans un tel cas, si la défense fait seule défaut, mais non pas le prévenu, les débats doivent être ajournés. Il en ira d'ailleurs de même si le ministère public fait défaut alors que sa présence était nécessaire.

Si la partie plaignante a limité son appel aux prétentions civiles et que le prévenu fait défaut sans être excusé aux débats d'appel, il n'y aura pas de procédure par défaut. La cour d'appel statue sur la base du dossier (al. 3).

273.5 Jugement d'appel (section 5, art. 476-478 AP)

Nouveau jugement (art. 476 AP)

L'article 476 souligne le caractère *fondamentalement réformateur de l'appel* ; si la cour d'appel entre en matière sur l'appel, elle rend un nouveau jugement, qui remplace le jugement de première instance⁶⁸. Comme l'appel peut être limité à certains points du jugement de première instance et que les éléments non contestés de ce dernier entrent en force nonobstant appel, l'effet réformateur du nouveau jugement ne porte évidemment que sur les éléments attaqués et évoqués au cours de la procédure d'appel.

Annulation et renvoi (art. 477 AP)

Exceptionnellement, *l'appel peut avoir une fonction cassatoire*, c'est-à-dire que la cour d'appel ne rend pas un nouveau jugement mais annule la décision entreprise et renvoie la cause au tribunal de première instance en vue d'un nouveau jugement. Comme dans certains codes de procédure en vigueur⁶⁹, l'annulation du jugement intervient lorsque la procédure de première instance présente des défauts tels que les parties n'ont pas pu bénéficier d'un procès équitable et qu'une entrée en matière de la cour d'appel aboutirait *de facto* à priver l'appelant d'un moyen de recours. Il s'agit surtout de situations dans lesquelles le droit d'être entendu des parties n'a pas été respecté, voire de certains cas extrêmes dans lesquels une partie n'a même pas été convoquée aux débats de première instance⁷⁰. L'affaire est également renvoyée à l'instance précédente lorsque celle-ci n'a pas examiné comme elle l'aurait dû tous les éléments de l'acte d'accusation ou les conclusions civiles.

Lorsque la cour d'appel annule le jugement de première instance dans les conditions indiquées ci-dessus, elle *donne au tribunal de première instance des instructions* sur les actes de procédure à répéter ou à réparer. Le tribunal de première instance est lié par les opinions juridiques soutenues par la cour d'appel dans sa décision de renvoi (al. 2 et 3).

Communication (art. 478 AP)

L'article 478 AP renvoie aux articles 91 et suivants AP pour tout ce qui concerne la forme, le contenu, la motivation et la communication des décisions sur appel.

⁶⁸ Aeschlimann 1997 N 1863 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 222 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 27 ; Maurer 1999 514 ; Oberholzer 1994 539 ; Padrutt 1996 Art. 146 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3403 ; Schmid 1997 N 1039.

⁶⁹ Voir p.ex. art. 427 CPP ZH; art. 360 CPP BE (cassation d'office); art. 243 CPP LU; art. 229 al. 2 CPP UR; art. 151 CPP SZ; art. 220 al. 3 CPP FR; art. 183 al. 2 CPP BS; art. 324 CPP SH; art. 222 CPP AR; art. 150 CPP AI; art. 223 2^{ème} phrase CPP AG; art. 210 al. 3 CPP TG; art. 193 ch. 3 CPP VS; art. 342 CPP JU. Voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1869 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 222 N 5 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 26 ; Maurer 1999 515 ss. ; Padrutt 1996 Art. 146 N 4 ss. ; Piquerez 2000 N 3403 ; Schmid 1997 N 1040 ; Schmid in Donatsch/Schmid 1996 § 427 N 1 ss. – Même en droit comparé, on constate une tendance à renvoyer l'affaire à l'instance inférieure lorsque de graves erreurs de procédure ont été commises ; voir Kinzig in Becker/Kinzig 2000 618 s.

⁷⁰ Voir le cas ZR 69 (1970) N§ 74.

274 La révision (chapitre 4, art. 479-485 AP)

274.1 Généralités (section 1, art. 479-480 AP)

Objet et recevabilité (art. 479 AP)

L'article 479 délimite le champ d'application de la révision. Il s'agit d'un moyen de recours subsidiaire⁷¹ et extraordinaire ouvert exclusivement contre un jugement déjà entré en force. La révision était jusqu'à présent le seul moyen de recours imposé aux cantons, du moins dans certains cas, par le droit fédéral (voir art. 397 CP). De ce fait, les dispositions y relatives se retrouvent, pratiquement identiques, dans tous les codes de procédure cantonaux⁷².

La révision *permet d'attaquer les jugements entrés en force*, mais également les ordonnances pénales au sens des articles 412 et suivants AP, les ordonnances d'amende (art. 418 ss. AP), les décisions indépendantes ultérieures (art. 390 ss. AP) et les décisions prises dans le cadre des procédures indépendantes en matière de mesures (art. 401 ss. AP). Sont en revanche exclues de la révision les ordonnances et les décisions d'avant dire droit (p.ex. ordonnances de non-lieu, etc.).

Sont légitimées à demander la révision d'un jugement les parties lésées et, le cas échéant, toute autre personne intéressée (voir art. 451 AP). Une demande de révision peut également émaner du ministère public. La révision peut s'exercer en principe non seulement au profit mais également, dans les mêmes conditions, au détriment du prévenu. La limitation aux cas de révision en faveur du prévenu, que l'on trouve dans quelques codes de procédure⁷³ et la distinction entre révision en faveur et révision au détriment du prévenu⁷⁴, prévue par certains autres textes, n'ont donc plus de raison d'être.

Il convient de souligner l'importance des *motifs de révision* exposés à l'alinéa 1, lit. a à c ; ils correspondent aux motifs d'annulation d'un jugement que l'on trouve dans de très nombreux codes de procédure pénale⁷⁵ et qui ont également été proposés par les experts⁷⁶.

On accordera une attention toute particulière à la lettre c : une révision doit intervenir – et cela ne devrait pas susciter de grandes discussions – lorsqu'il existe des faits ou moyens de preuve

⁷¹ C'est-à-dire qu'il ne peut être utilisé qu'en l'absence de toute autre voie de droit ; voir « De 29 à l'unité », p. 160.

⁷² Voir art. 439 ss. CPP ZH; art. 368 ss. CPP BE; art. 255 ss. CPP LU; art. 230 ss. CPP UR; art. 157 ss. CPP SZ; art. 159 ss. CPP OW; art. 167 ss. CPP NW; art. 164 ss. CPP GL; art. 76 ss. CPP ZG; art. 223 ss. CPP FR; art. 208 ss. CPP SO; art. 189 ss. CPP BS; art. 202 ss. CPP BL; art. 333 s. CPP SH; art. 223 ss. CPP AR; art. 151 CPP AI; art. 248 ss. CPP SG; art. 147 ss. CPP GR; art. 230 ss. CPP AG; art. 217 ss. CPP TG; art. 299 ss. CPP TI; art. 455 ss. CPP VD; art. 195 ss. CPP VS; art. 262 ss. CPP NE; art. 357 ss. CPP GE; art. 366 ss. CPP JU. Voir sur ce moyen de recours en général Aeschlimann 1997 N 1912 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 1 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Commentaire des art. 455 ss., p. 415 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 1 ss. ; Maurer 1999 525 ss. ; Oberholzer 1994 553 ss. ; Piller/Pochon 1998 Commentaire des art. 223 ss., p. 342 ss. ; Padrutt 1996 Art. 147 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3484 ss. ; Poncet 1978 1978 Commentaire des art. 357 ss. ; Schmid 1997 N 1133 ss.

⁷³ Voir art. 314 al. 2 et 357 CPP GE ; à ce sujet (et également sur la question générale de la révision en faveur du prévenu), voir Hauser/Schweri 1999 § 102 N 51 ss. ; Poncet 1978 1978 Commentaire de l'art. 357.

⁷⁴ Voir p.ex. art. 84 al. 2 et 3 DPA ; art. 443 ss. et 449 ss. CPP ZH.

⁷⁵ Voir pour une récapitulation Aeschlimann 1997 N 1937 ss. ; Hauri 1998 169 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 16 ss. ; Maurer 1999 530 ss. ; Oberholzer 1994 555 s. ; Padrutt 1996 Art. 147 N 4 ss. ; Piquerez 2000 N 3509 ss. ; Schmid 1997 N 1149 ss.

⁷⁶ « De 29 à l'unité », p. 160 s.

nouveaux et importants au sens de l'article 397 CP⁷⁷ qui sont de nature à conduire à l'acquittement ou à une condamnation sensiblement moins sévère de la personne condamnée. Sont inclus dans ces éléments nouveaux les aveux ultérieurs du prévenu, que certains codes de procédure érigent en motif de révision autonome⁷⁸.

Cependant, *ces faits ou moyens de preuve nouveaux peuvent aussi provoquer la révision en défaveur d'une personne acquittée ou condamnée*. Si, en première instance, le prévenu a été reconnu coupable et s'est vu infliger des sanctions, la révision n'interviendra que si les faits ou moyens de preuve nouveaux laissent prévoir une peine sensiblement aggravée. Il va de soi que le motif (absolu⁷⁹) de révision de l'alinéa 1 lit. a (p.ex. faux témoignage) peut aussi aboutir à une révision en cas d'acquittement ou lorsque la peine prononcée était trop indulgente, étant entendu que dans ce dernier cas, la condition selon laquelle la peine attendue en révision doit être sensiblement aggravée n'a pas besoin d'être satisfaite. Il faut ajouter que le motif de révision (en soi absolu également) des jugements contradictoires au sens de l'alinéa 1 lit. b ne devrait avoir d'importance pratique qu'en cas de révision en faveur d'une personne condamnée.

Le motif de révision exposé à l'alinéa 2 a fait son entrée dans les codes de procédure récents ou récemment revus⁸⁰. Un jugement doit être revu lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ou toute autre instance judiciaire supranationale future aura jugé recevable un recours individuel intenté contre la Suisse à raison d'une violation de la CEDH ou d'un autre traité international. Dans un tel cas, cependant, la révision n'interviendra que si elle est nécessaire pour la mise en œuvre concrète de la décision supranationale. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque la Suisse a liquidé le cas en allouant un dédommagement au lésé⁸¹.

Recevabilité de la révision dans des cas particuliers (art. 480 AP)

L'élément central de la révision en faveur du prévenu réside dans le rôle qu'elle joue comme instrument de réhabilitation. Il est donc indispensable que cette forme de révision (contrairement à la révision au détriment du prévenu) soit recevable *même si l'infraction considérée est prescrite* (al. 1). Une demande de révision en faveur d'un condamné est d'ailleurs recevable même si ce dernier *est décédé* (voir art. 451 al. 3 AP)⁸².

L'alinéa 2 reprend la règle, déjà exprimée à l'article 467 al. 5 AP, selon laquelle la recevabilité d'un appel qui se limite aux conclusions civiles est examinée à la lumière des principes du droit de procédure civile. La question de savoir si la révision d'un jugement pénal

⁷⁷ Cette disposition pourra être supprimée lorsque le code de procédure pénale unifiée sera entré en vigueur (voir ch. 293 infra).

⁷⁸ Voir p.ex. art. 200 al. 1 lit. d CPPM ; art. 443 ch. 2 CPP ZH ; art. 208 lit. d CPP SO ; art. 189 al. 1 lit. e CPP BS ; art. 202 al. 1 lit. d CPP BL ; art. 230 ch. 4 CPP AG ; art. 366 ch. 4 CPP JU.

⁷⁹ A propos des motifs de révision absolus et relatifs, voir parmi d'autres Hauser/Schweri 1999 § 102 N 15.

⁸⁰ Art. 139a OJ ; art. 229 ch. 4 PPF ; art. 200 al. 1 CPPM ; art. 368 al. 1 ch. 4 CPP BE ; art. 230 al. 1 ch. 3 CPP UR ; art. 255 ch. 5 CPP LU ; art. 157 lit. d CPP SZ ; art. 167 ch. 3 CPP NW ; art. 223 al. 1 lit. d CPP FR ; art. 208 lit. e CPP SO ; art. 189 al. 1 lit. c CPP BS ; art. 202 al. 1 lit. e CPP BL ; art. 333 al. 1 lit. c CPP SH ; art. 223 al. 1 ch. 4 CPP AR ; art. 151 lit. d CPP AI ; art. 248 al. 1 lit. c CPP SG ; art. 217 ch. 3 CPP TG ; art. 299 lit. d CPP TI ; art. 366 ch. 5 CPP JU. A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 1953 s. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 8 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 30 ss. ; Maurer 1999 534 ; Padrutt 1996 Art. 147 N 8 ; Piquerez 2000 N 3542 ss. ; Schmid 1997 N 1157 ; Trechsel 1997 Art. 397 N 17.

⁸¹ Voir « De 29 à l'unité », p. 161 ; voir en outre Aeschlimann 1997 N 1953 in fine ; Haefliger/Schürmann 1999 429 ss. ; Piquerez 2000 N 3543 in fine ; Trechsel 1997 397 N 17 in fine ; Villiger 1999 N 252 ss. Solution différente p.ex. à AR ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 8 (dans un cas concret, révision suivie d'un arrangement à l'amiable) ; voir également à ce sujet Hauser/Schweri 1999 § 102 N 32 in fine.

⁸² A ce sujet, voir notamment Hauser/Schweri 1999 § 102 N 4 ; Schmid 1997 N 1147.

sur la seule question civile est recevable doit être examinée en fonction du droit de procédure civile applicable au for de l'instance qui a rendu la décision dont la révision est demandée.

274.2 Procédure d'examen préliminaire (section 2, art. 481-482 AP)

Forme et délai (art. 481 AP)

L'article 481 al. 1 institue *la cour d'appel comme instance de révision*. Ainsi, la compétence de revoir un jugement n'est plus attribuée à l'autorité qui avait rendu celui-ci ; ce régime de compétence que l'on trouve dans un grand nombre de cantons n'est en effet pas satisfaisant⁸³. Pour les cas où il s'agit de revoir une décision rendue par la cour d'appel, la Confédération⁸⁴ et les cantons devront prendre des mesures appropriées pour éviter que cette tâche ne soit confiée aux mêmes juges (voir art. 27 al. 2 AP). Il conviendra donc, par exemple, d'instituer une chambre de révision indépendante de la chambre pénale.

L'article 481 AP précise par ailleurs que la révision est un *moyen de recours extraordinaire* qui ne permet de réexaminer un jugement qu'à certaines conditions restrictives, tant matérielles que formelles. Dès lors, la procédure de l'examen préliminaire au cours de laquelle l'instance de révision vérifie que les conditions nécessaires sont réunies, *est engagée par une demande écrite*. La demande de révision doit être motivée ; les motifs invoqués doivent être exposés avec précision et, dans la mesure du possible, documentés (al. 1 et 2). Il s'agira donc, par exemple, de désigner les témoins susceptibles, par leurs déclarations, de justifier un nouvel examen de la cause, ou de joindre à la demande le jugement qui devrait entraîner l'annulation du jugement antérieur.

Les alinéas 3 et 4 traitent de la question des délais en matière de révision. Les demandes de révision ne sont en principe soumises à aucun délai. La prescription ou le décès du condamné (voir l'art. 480 al. 1 AP) ne font pas obstacle à une demande de révision. En d'autres termes, le temps écoulé entre l'événement ouvrant la voie de la révision et la demande de révision ne joue aucun rôle. On peut toutefois se demander si cette dernière ne doit pas être déposée dans un certain délai après que l'intéressé a eu connaissance du motif de révision. L'alinéa 4 prévoit donc un délai pour *les cas de révision selon l'article 479, 1^{er} alinéa, lit. b, et 2^e alinéa qui sont fondés sur une décision judiciaire*. Cette disposition aligne ainsi le délai de révision sur les dispositions générales régissant les délais applicables aux moyens de recours (art. 454 al. 1 et 2 AP).

Procédure au stade de l'examen préliminaire (art. 482 AP)

La procédure de l'examen préliminaire prévue à l'article 482 AP et la décision de révision au sens de l'article 483 AP servent avant tout à constater si les motifs invoqués à l'appui de la demande de révision sont vraisemblables (cette démarche est également appelée *procédure probatoire*)⁸⁵.

⁸³ Voir parmi d'autres Hauser/Schweri 1999 § 102 N 11.

⁸⁴ La question de savoir quelle instance il faudra instituer pour connaître des demandes de révision dirigées contre les jugements des futurs tribunaux pénaux fédéraux de première et, le cas échéant, de deuxième instance, reste encore ouverte à l'heure actuelle.

⁸⁵ A propos du degré de vraisemblance requis, voir Aeschlimann 1997 N 1966 ; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 39 ss. ; Maurer 1999 531 ; Oberholzer 1994 557 ; Padrutt 1996 Art. 150 N 1 ; Piquerez 2000 N 3561 s. ; Schmid 1997 N 1162 ; Trechsel 1997 Art. 397 N 9 ss.

La procédure prévue par l'article 482 n'appelle pas de commentaires particuliers. Ce qu'il faut en retenir, c'est que la cour d'appel est tenue en vertu de l'alinéa 2 de procéder à un examen provisoire de la demande de révision (examen de recevabilité). Si la procédure de révision a été engagée correctement, la demande est adressée au ministère public et aux autres parties concernées, lesquels sont invités à y prendre position (al. 4). La *procédure de révision, qui est écrite*, est régie par l'article 458 AP. Contrairement à ce qui a cours dans plusieurs cantons⁸⁶, l'avant-projet ne prévoit aucun débat oral en matière de révision. La cour d'appel a toutefois le loisir d'ordonner des débats oraux en vertu de l'article 458 al. 6 AP.

En application de l'article 456 al. 2 AP, la direction de la procédure de la cour d'appel prend les *mesures provisoires* nécessaires et urgentes telles que ordonnances de mise en détention, séquestre de moyens de preuve ou de valeurs patrimoniales, etc. En revanche, aux termes de l'alinéa 5, les mesures non urgentes et les éventuels compléments de preuve sont ordonnés par la cour.

274.3 Décision de révision et procédure subséquente (section 3, art. 483-485 AP)

Décision de révision (art. 483 AP)

Au terme de la procédure d'examen préliminaire, la cour d'appel doit décider s'il existe des motifs de révision et si celle-ci doit être approuvée, c'est-à-dire s'il y a lieu de reprendre l'affaire à zéro. Selon la décision rendue par l'instance de révision, deux variantes sont envisageables :

Si la cour d'appel ne constate pas l'existence d'un motif de révision suffisant, elle rend une *décision de rejet de la demande*. Le jugement entrepris reste valable. Les éventuelles mesures provisoires ordonnées par la cour d'appel en application de l'article 482 al. 5 AP (mise en détention de sécurité, séquestre, etc.) doivent être levées (voir l'al. 1). Il faut ajouter que cette décision (comme d'ailleurs la décision d'approbation) ne peut pas être attaquée en vertu de la présente loi. Seul reste ouvert le recours au Tribunal fédéral en application de la législation ad hoc.

Les alinéas 2 à 6 règlent différentes questions qui se posent *lorsque la demande de révision a été admise*. En principe, le jugement entrepris fait l'objet d'une décision d'annulation⁸⁷ ; la révision, lorsqu'elle est acceptée, a donc un effet cassatoire (al. 2).

Il peut arriver que l'état du dossier permette à la cour d'appel de rendre *immédiatement une nouvelle décision*. Dans l'intérêt de la célérité de la procédure, c'est ce qu'elle devrait faire chaque fois que c'est possible⁸⁸. Cela concerne avant tout les cas de révision en faveur du prévenu dans lesquels aucune condamnation ne sera prononcée en raison de la prescription ou du décès de l'intéressé et qui ne peuvent aboutir qu'à un acquittement. Il convient également de penser aux situations dans lesquelles seul un acquittement entre en ligne de compte parce

⁸⁶ P.ex. art. 163 CPP OW; art. 170 CPP NW; art. 213 CPP SO; art. 192 s. CPP BS; art. 205 CPP BL; art. 203 CPP VS.

⁸⁷ L'avant-projet suit ainsi le modèle français qui annule le jugement attaqué, par opposition au système allemand ou italien dans lequel la cour d'appel statue sur l'annulation ou la modification du jugement antérieur dans le cadre de la procédure qu'elle a préalablement rouverte. Voir Hauser/Schweri 1999 § 102 N 43.

⁸⁸ A propos de ces cas, voir art. 454 al. 2 CPP ZH; art. 378 al. 4 CPP BE; art. 260bis CPP LU; art. 157g CPP SZ; art. 167 al. 2 CPP GL; art. 227 al. 2 CPP FR; art. 213 al. 3 CPP SO; art. 373 al. 5 CPP JU. Voir également Aeschlimann 1997 N 1969 ; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 47 ; Maurer 1999 536 ; Oberholzer 1994 558 ; Piquerez 2000 N 3570 ; Schmid 1997 N 1165.

que la situation a changé au niveau des preuves (p.ex. le seul témoin à charge revient ultérieurement sur ce qui s'avère avoir été un faux témoignage). Dans ce cas, il y a également lieu de statuer sur les frais de la première procédure (art. 498 AP).

Si la demande de révision est fondée mais que l'état du dossier ne permet pas à la cour d'appel de rendre immédiatement une nouvelle décision, celle-ci devra procéder en application des alinéas 4 et 5. La cour d'appel jouit d'une marge de manœuvre relativement importante pour déterminer quels points du jugement entrepris sont concernés par la révision. Elle doit également décider quelle autorité pénale doit reprendre l'affaire et à quel stade de la procédure. Si la procédure de révision exige des compléments de preuve d'une certaine ampleur qui ne resteront pas sans effets sur l'accusation, la cour d'appel renverra le dossier au ministère public. Si la modification de l'état des preuves n'affecte pas – ou peu – l'accusation (p.ex. en cas d'aveu ultérieur d'une personne acquittée), le dossier peut être renvoyé au tribunal de première instance. Si – pour illustrer un autre cas d'application – la procédure antérieure a été influencée par un faux témoignage en appel, on renverra de préférence la cause à la cour d'appel.

Selon l'alinéa 6, la cour d'appel décide *d'ordonner ou de maintenir la détention de sécurité*. La détention ordonnée par la cour d'appel est maintenue jusqu'à ce que le ministère public (p.ex. en cas de renvoi au stade de l'instruction préparatoire) ait examiné l'opportunité d'une nouvelle détention préventive sur la base des articles 235 ss. AP et, le cas échéant, adressé au tribunal des mesures de contrainte une requête dans ce sens.

Procédure après révision accordée (art. 484 AP)

Les règles de l'article 484 AP concernant la procédure à suivre par l'autorité à laquelle la cause est renvoyée découlent de l'article 483 AP et de la possibilité qu'a la cour d'appel de déterminer le cadre de cette procédure. Dans le cas où la révision a été demandée par le prévenu, celui-ci ne devra pas être condamné plus sévèrement que lors du jugement précédent (art. 459 al. 2 AP). Cette restriction ne s'applique évidemment pas lorsque le ministère public ou la partie plaignante a obtenu gain de cause en demandant la révision au détriment du prévenu⁸⁹. La nouvelle procédure devra également statuer sur les frais de la première (Art. 484 AP).

Il convient de remarquer l'alinéa 5 qui règle la question des *indemnités lorsque la procédure de révision débouche sur une condamnation moins sévère du prévenu*. Dans ce cas, on appliquera par le biais de l'article 505 AP la disposition de l'article 501 AP qui ménage la possibilité⁹⁰ – trop souvent négligée – d'imputer une période de détention déjà purgée mais devenue sans objet sur d'autres sanctions privatives de liberté prononcées à l'encontre du même détenu.

Conséquences d'un acquittement (art. 485 AP)

Il va de soi qu'en cas d'acquittement, *les amendes et les peines pécuniaires payées doivent être remboursées au prévenu avec les intérêts* (al. 1)⁹¹. Ce remboursement incombe à l'autorité

⁸⁹ Voir Schmid 1997 N 1164.

⁹⁰ Voir à ce sujet Schmid 1997 N 1167 ; Schuhbarth 1998 112. Voilà battu en brèche le principe de l'identité de l'acte / de la procédure dans l'imputation de la détention préventive qui était de règle jusqu'à présent en relation avec l'article 69CP (voir Trechsel 1997 Art. 69 N 15).

⁹¹ A ce sujet et à propos de ce qui suit, voir « De 29 à l'unité », p.166.

d'exécution des peines qui avait perçu les prestations en cause. La nouvelle décision n'a pas à traiter de cet objet.

En revanche, la nouvelle décision doit statuer, conformément aux articles 499 et suivants et surtout à l'article 505, sur les autres *prétentions du prévenu en indemnités et tort moral*⁹².

L'article 501 al. 1 AP est lui aussi applicable en vertu du renvoi de l'article 505 : les sanctions privatives de liberté déjà purgées y compris la détention préventive et la détention de sécurité doivent être imputées chaque fois que c'est possible sur la privation de liberté qui reste à purger. Une indemnité ne sera versée que lorsque cette imputation n'est pas possible.

Selon de nombreux codes de procédure en vigueur, le prévenu acquitté ou, après sa mort, ses proches, peuvent exiger la *publication du jugement de réhabilitation*⁹³. En vertu de l'alinéa 3, ce droit n'est cependant accordé que si le prévenu a d'abord été condamné avant d'être acquitté au terme de la procédure de révision. Si un acquittement a été annulé à la suite d'une révision et que le prévenu est à nouveau acquitté dans une nouvelle procédure, ce droit n'existe pas. De plus, il n'est accordé que si cela est nécessaire pour rétablir la bonne réputation du prévenu, ce qui ne sera généralement admis que si la procédure antérieure a eu un certain retentissement.

⁹² Sur les conséquences financières de l'acquittement ou d'un jugement moins sévère, voir Aeschlimann 1997 N 1978 ss. ; Maurer 1999 538 ; Piquerez 2000 N 3577 ss. ; Schmid 1997 N 1165.

⁹³ Voir p.ex. art. 455 dernière phrase CPP ZH; art. 383 al. 3 CPP BE; art. 237 al. 2 CPP UR; art. 166 al. 1 CPP OW; art. 173 al. 1 CPP NW; art. 216 al. 1 CPP SO; art. 231 al. 3 CPP AR; art. 153 al. 1 CPP GR; art. 235 al. 1 CPP AG; art. 305 CPP TI; art. 474 CPP VD; art. 205 ch. 2 CPP VS; art. 269 CPP NE; art. 368 CPP GE ; à ce sujet, voir Poncet 1978 1978 Commentaire de l'art. 368 ; art. 376 al. 1 CPP JU ; voir également à ce sujet Aeschlimann 1997 N 1981 ; Maurer 1999 538 ; Padrutt 1996 Art. 153 N 1 ss.

28 Frais de procédure et indemnités (Titre 11)

On entend par conséquences financières de la procédure pénale les frais que celle-ci occasionne à l'Etat d'une part, aux parties d'autre part. Le droit procédural doit déterminer qui sera appelé à supporter ces frais, et notamment les frais de procédure proprement dits qui seront définis ci-dessous¹. La première question qui se pose à cet égard est de savoir dans quelle mesure ces frais peuvent être imposés aux parties en tant que particuliers. Ensuite, il faut savoir si, et dans quelle mesure, les parties ont droit au remboursement de leurs frais de procédure. Il s'agit de l'indemnisation par l'Etat ou la partie adverse de la perte patrimoniale subie par la partie qui a obtenu gain de cause et qui a, p'article exemple été acquittée. Les codes de procédure pénale en vigueur en Suisse renferment tous des dispositions régissant la question des prétentions et des obligations respectives en matière de frais de procédure et d'indemnités. Mais ces dispositions sont souvent lacunaires, notamment dans les textes anciens, ce qui a provoqué récemment quelques difficultés dans certains cantons ; en effet, selon les conceptions actuelles, faire supporter les frais de procédure par une partie requiert une base légale². Des questions concernant les obligations des parties en matière de frais de procédure et d'indemnité dans les procédures de recours ou en cas de détention « excédentaire »³ sont souvent insuffisamment réglées.

Le futur code procédure pénale fédéral entend régler de façon relativement détaillée les conséquences financières des procédures pénales. Le premier chapitre (art. 486 à 492 AP) énumère tout d'abord les règles générales et les principes applicables à la prise en charge des frais de procédure et à l'allocation d'indemnités. Le deuxième chapitre (art. 493 à 498 AP) fixe les frais de procédure et les émoluments. Le troisième chapitre, enfin, contient les dispositions relatives aux indemnités (art. 499 à 505 AP).

281 Généralités (chapitre 1, art. 486-492 AP)

Application des dispositions de ce titre (art. 486 AP)

Les dispositions de ce titre 11 sont applicables à toutes les procédures régies par la présente loi, ce qui inclut les procédures spéciales du titre 9 (art. 486 al. 1 et 2 AP).

Pour ce qui est des voies de recours au Tribunal fédéral prévues dans d'autres lois fédérales (actuellement OJ et PPF, à terme LFTF), il y a lieu de se référer aux dispositions particulières de ces textes. En ce qui concerne les frais de procédure et indemnités relatifs à ces procédures, le code de procédure pénale fédéral n'est applicable que dans la mesure où le Tribunal fédéral est appelé à statuer sur des recours au sens de la présente loi (voir al. 3).

Principes de la mise à charge des frais et indemnités (art. 487 AP)

L'article 487 al. 1 AP pose tout d'abord *le principe que les frais de la justice pénale en général⁴ et des procédures pénales en particulier sont supportés par la collectivité (Confédération ou canton) qui a conduit la procédure* (al. 1). Les parties privées, en

¹ Voir les explications données en relation avec l'article 493 AP.

² Voir p.ex. à propos de la question non réglée (jusqu'à la modification législative du 6.12.1999) de savoir si l'on pouvait imposer des frais aux recourants privés : ZR 96 (1997) N° 23.

³ C'est-à-dire lorsque le prévenu a été condamné mais que la détention préventive ou la détention de sécurité a été plus longue que la peine prononcée.

⁴ Il s'agit des frais généraux de la justice pénale, c'est-à-dire les coûts salariaux, les locaux, etc. ; sur ce point, voir parmi d'autres Hauser/Schweri 1999 § 108 N 1 ; Schmid 1997 N 1198.

particulier, ne peuvent se voir imposer des obligations en matière de frais de procédure et d'indemnités qu'aux conditions prévues par la loi⁵.

L'alinéa 2 traite des frais et indemnités relatifs aux procédures dans lesquelles *le ministère public de la Confédération soutient l'accusation devant un tribunal cantonal* (art. 31 al. 2 ou 32 al. 1 AP)⁶. La Confédération assume tout d'abord en vertu de l'alinéa 1 les frais qui, selon la décision, sont mis à la charge de l'Etat et les indemnités à verser au prévenu, par exemple en application de l'article 499 AP. Mais elle ne prend en charge que les montants en espèces au sens de l'article 493 AP ; il n'y a pas lieu de prononcer des émoluments de justice (al. 2, 1^{ère} partie de la phrase). Si le jugement a mis les frais de procédure à la charge du prévenu ou si, en application de l'article 491 al. 3 AP, un tiers est tenu des frais et des indemnités parce que la Confédération ou le canton a exercé un recours contre lui et que ce tiers ne satisfait pas à ses obligations, les cantons peuvent demander réparation à la Confédération (al. 2, 2^{ème} partie de la phrase). Ces règles correspondent, à quelques nuances près, à la situation actuelle du droit (art. 265^{quater} al. 2 et 3 PPF⁷).

L'alinéa se réfère au cas où *la Confédération a délégué à un canton une procédure relevant de sa compétence* (art. 31 al. 1 et 32 al. 2 AP). Le droit actuel permet déjà au canton de demander le remboursement des frais extraordinaires causés par cette procédure (art. 257 PPF). Cette disposition est reprise telle quelle dans l'avant-projet.

L'alinéa 4 contient l'important principe de l'exclusivité des dispositions de la présente loi en matière de frais et indemnités⁸. Ce principe signifie que la mise à charge des frais et les prétentions en dédommagement dans le cadre d'une procédure pénale sont régies de façon exhaustive par cette loi. Cela évite par exemple que le prévenu qui a fait l'objet de mesures de contrainte fasse une demande de dommages & intérêts ou de réparation du tort moral à l'Etat ou à des particuliers ayant participé à la procédure en se fondant sur d'autres lois fédérales ou cantonales (code des obligations, lois sur la responsabilité de l'Etat, des fonctionnaires ou des autorités, etc.). Cette exclusivité ne s'applique qu'aux conséquences immédiates des actes de procédure accomplis par les autorités pénales. Si, par exemple, un passant non impliqué est tué lors d'une rafle (art. 228 AP) par un policier manipulant son arme avec négligence, on n'a pas affaire à un acte de procédure accompli par une autorité pénale.

L'alinéa 5 donne aux autorités pénales la possibilité de s'écarter des dispositions régissant les frais et les indemnités dans certains cas :

- suivant en cela certains codes de procédure pénale récents⁹, lorsque *l'application stricte de ces règles aboutirait à un résultat inéquitable* (lettre a) ;
- lorsque les *personnes astreintes aux frais sont dépourvues de moyens financiers* (lettre b). Il s'agit avant tout d'éviter que la resocialisation du prévenu vivant dans une situation financière précaire ne soit compromise par l'obligation qui lui est faite de rembourser des

⁵ Voir art. 395 CPP BE.

⁶ Cette disposition devra être biffée au moment de la création d'un tribunal pénal fédéral de première instance, car le ministère public de la Confédération soutiendra l'accusation devant ce tribunal et non plus devant les tribunaux cantonaux ; voir les remarques faites au début du chiffre 222.2 supra.

⁷ Teneur du 22 décembre 1999, FF 2000 73.

⁸ A propos de ce principe et de ses limites, voir Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 42 N 4 ss.

⁹ Possibilité de s'écarter des dispositions sur les frais et les indemnités : art. 95 al. 1 DPA ; art. 386 al. 2 CPP BE ; art. 275 al. 2 ch. 3 CPP LU ; art. 50 al. 2 CPP SZ ; art. 229 al. 1 CPP FR ; art. 33 CPP SO ; art. 35 al. 1 CPP BS ; art. 31 al. 3 CPP BL ; art. 97 al. 3 CPP GE ; voir également pour une solution analogue : art. 345 al. 2 CPP SH.

frais. Cette possibilité est déjà consacrée par plusieurs codes de procédure, étant précisé que dans certains cas, elle ne concerne que le condamné¹⁰.

L'alinéa 6 exprime une règle évidente selon laquelle les frais et indemnités qui résultent par exemple de l'absence d'une personne convoquée, circonstance ayant rendu nécessaire le report d'une audience, doivent être supportés par la personne (partie, témoin, etc.) qui les a causés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de se baser sur l'issue de la procédure pour l'intéressé. La même règle s'applique à d'autres frais dus à la violation d'une prescription légale, comme par exemple la production tardive de preuves (voir art. 364 al. 4 AP).

Frais de procédure à la charge de la Confédération ou de cantons (art. 488 AP)

Il est d'ores et déjà acquis dans une majorité de cantons, tant au niveau législatif¹¹ que jurisprudentiel qu'*en cas d'acquiescement, par exemple, les frais de la procédure ne sont pas mis à la charge du ministère public*. Le tribunal les prélève sur la caisse de l'Etat et en tient la comptabilité. Il ne perçoit pas davantage d'émoluments de justice. La procédure est la même par exemple lorsqu'une commune a déposé une plainte pénale ou a porté plainte au sens de l'article 217 CP, que la procédure se solde par un non-lieu ou un acquiescement et qu'un plaignant privé serait astreint aux frais en application de l'article 496 AP. La commune en cause ne sera pas tenue de supporter les frais de la procédure. L'article 488 al. 1 AP reprend cette règle¹².

Si c'est, au contraire, l'Etat, représenté par le ministère public, qui l'emporte, ni l'un ni l'autre n'a droit à des indemnités (al. 2)¹³. Dans le cas, mentionné ci-dessus, de la commune qui a déposé plainte, celle-ci ne pourra donc exiger une indemnité même si elle obtient gain de cause.

Participation de plusieurs personnes et responsabilité de tiers (art. 489 AP)

Lorsque plusieurs personnes participent à une procédure, par exemple en qualité de prévenu, les frais de procédure doivent être *supportés en premier lieu par les personnes qui en sont à l'origine*. Ainsi va-t-il de soi, par exemple, que les frais liés à la défense d'office doivent être pris en charge par le prévenu pour lequel un défenseur d'office a été commis (al. 1).

Les frais qui n'ont pas été causés par une seule, mais par toutes les personnes participant à la procédure doivent être répartis en fonction de la gravité de l'infraction imputée à chacune d'elles (al. 2). Si un témoin doit être entendu ou une expertise réalisée dans le cadre d'une infraction commise par trois auteurs, chacun de ceux-ci supportera un tiers des frais occasionnés. Cette répartition des frais doit constituer la règle.

¹⁰ Voir notamment art. 151 al. 1 CPPM ; art. 42 al. 2, 190a, 388 al. 1 CPP ZH ; art. 275 al. 2 ch. 3 CPP LU ; art. 270 al. 2 lit a CPP SG ; art. 164 al. 1 CPP AG ; art. 189 CPP TG ; solution proche : art. 383 ch. 1 al. 2 CPP JU. A ce sujet, voir également Hauser/Schweri 1999 § 109 N 33 ; Oberholzer 1994 586 ; Piquerez 2000 N 3118 ; Schmid 1997 N 1214 ; le même in Donatsch/Schmid 1999 § 190a N 1 s. Egalement postulé par les experts (« De 29 à l'unité », p. 164).

¹¹ Art. 203 LOJ ZH ; art. 245 al. 2 CPP AR pour la procédure de recours ; voir également art. 156 al. 2 OJ ; art. 276 CPP LU ; art. 139 al. 2 CPP AG ; analogue : art. 49 CPP NW ; art. 450 al. 2 CPP VD ; art. 114 ch. 4 CPP VS ; art. 40 al. 3 CPP NE.

¹² Reste ouverte la question de savoir dans quelle mesure il y a lieu de s'écarter de cette disposition et de la suivante lorsque la collectivité en cause est lésée au sens du droit privé (p.ex. par un vol, une escroquerie, etc.).

¹³ C'est aussi ce que prévoit désormais l'art. 278 al. 3 PPF dans sa teneur du 23 juin 2000.

L'alinéa 3 laisse à l'autorité pénale compétente le soin d'ordonner une *responsabilité solidaire* des personnes assujetties aux frais – en règle générale, il s'agira des prévenus – pour les frais de procédure et les indemnités qu'elles ont provoqués ensemble¹⁴. Cela concerne essentiellement les cas de complicité ou de participation dans lesquels des motifs d'équité commandent que les intéressés soient tenus solidairement responsable, solution cohérente avec l'article 60 CO. Si l'on prend l'exemple d'un instigateur fortuné qui a poussé une personne démunie à commettre une infraction, le premier doit pouvoir être tenu, en vertu de la responsabilité solidaire, de la part des frais imputée à la seconde.

Lorsque des *prévenus ont commis les infractions pour l'avantage ou sur instruction d'un tiers (lui-même non impliqué dans la procédure pénale)*, éventuellement une personne morale, il peut s'avérer approprié de condamner ce tiers à supporter solidairement les frais en application par analogie des articles 55 ou 333 CC, ou encore 55 ou 60 CO. Cette possibilité est d'ores et déjà prévue dans un certain nombre de codes de procédure¹⁵.

Frais et indemnités à la charge des héritiers et de personnes incapables de discernement (art. 490 AP)

Plusieurs codes de procédure prévoient qu'au décès de la personne tenue de rembourser des frais de procédure et de verser des indemnités, ces obligations passent à ses héritiers¹⁶. Les héritiers ne sont évidemment obligés de s'exécuter que si le défunt lui-même pouvait être tenu de ces frais et indemnités. Cette *responsabilité des héritiers* reprise à l'article 490 al. 1 AP est une conséquence de la succession universelle de l'article 560 CC¹⁷. Il convient d'ajouter que l'on peut faire abstraction de cette disposition, conformément à l'article 487 al. 5 AP lorsque des raisons d'équité le commandent.

Par analogie avec l'article 54 al. 1 CO, les incapables de discernement peuvent être tenus de supporter les frais de procédure et les indemnités, là encore lorsque *l'équité* l'exige (al. 2). Une telle disposition existe également dans certains codes de procédure cantonaux¹⁸. L'obligation faite aux

¹⁴ Tel est déjà le cas dans le droit actuellement en vigueur : art. 188 al. 2 CPP ZH; art. 386 al. 3, 390 al. 3 CPP BE; art. 275 al. 4 CPP LU; art. 61 CPP UR; art. 50 al. 3 CPP SZ; art. 177 al. 3 CPP OW; art. 52a CPP NW; art. 139 al. 4 CPP GL; art. 56 al. 3 CPP ZG; art. 232 CPP FR; art. 34 CPP SO; art. 35 al. 2 CPP BS; art. 348 al. 2 CPP SH; art. 239 al. 1 CPP AR; art. 86 al. 3, 101 al. 4 CPP AI; art. 262 al. 2 CPP SG; art. 158 al. 1 CPP GR; art. 139 al. 3, 164 al. 2 CPP AG; art. 61 al. 1 CPP TG; art. 9 al. 2 CPP TI; art. 160 al. 2 CPP VD; art. 207 ch. 4 CPP VS; art. 89 al. 3 CPP NE; art. 99 al. 2 CPP GE; art. 299 al. 5 CPP JU. D'une façon générale sur le régime des frais de procédure, voir Aeschlimann 1997 N 2024 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 239 N 1 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 160 N 1 ; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 4 ss. ; Maurer 1999 553 ; Oberholzer 1994 580 ss. ; Padrutt 1996 Art. 158 N 3 ; Piller/Pochon 1998 Art. 232.1 ss. ; Piquerez 2000 N 3099 ss. ; Schmid 1997 N 1200 ss.

¹⁵ Voir art. 387 CPP BE; art. 177 al. 1 CPP OW; art. 50 al. 3 CPP NW; art. 333 CPP FR; art. 349 CPP SH; art. 239 al. 2 CPP AR; art. 262 al. 1 CPP SG; art. 159 al. 2 CPP GR; art. 62 al. 2 CPP TG. Voir également Aeschlimann 1997 N 2027 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 239 N 4 s. ; Maurer 1999 553 ; Oberholzer 1994 586 ; Piller/Pochon 1998 Art. 233.1 ss.

¹⁶ Voir art. 283 CPP LU; art. 62 CPP UR; art. 55 CPP SZ; art. 177 al. 2 CPP OW; art. 49 ch. 3, 52 al. 2 CPP NW; art. 143 CPP GL; art. 230 CPP FR; art. 32 al. 2 CPP BL; art. 353 CPP SH; art. 264 CPP SG; art. 159 CPP GR.

¹⁷ A ce sujet, voir Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 240 N 2 ; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 30 ; Padrutt 1996 Art. 189 N 2.1. ; Schmid 1997 N 1210.

¹⁸ Voir notamment art. 189 al. 3 CPP ZH; art. 390 al. 4 CPP BE; art. 277 al. 2 CPP LU; art. 62 CPP UR; art. 51 al. 3 CPP SZ; art. 139 al. 2 CPP GL; art. 56bis al. 3 CPP ZG; art. 229 al. 3 CPP FR; art. 32 al. 1 CPP SO; art. 347 al. 2 CPP SH; art. 240 CPP AR; art. 261 CPP SG; art. 58 al. 3 CPP TG. Voir à ce sujet Aeschlimann 1997 N

incapables de discernement de rembourser les frais de procédure et de verser des indemnités suppose une pesée des intérêts en présence et n'intervient que si la situation financière de l'intéressé est favorable¹⁹.

Demandes d'indemnité et recours (art. 491 AP)

Les alinéas 1 et 2 précisent la notion, mentionnée ci-dessus en rapport avec l'article 487 al. 4 AP, d'exclusivité des indemnités et réparations du tort moral dues par l'Etat. Le prévenu ne saurait actionner personnellement les fonctionnaires agissant au nom et pour le compte d'une autorité étatique. Il ne peut faire valoir ses prétentions en remboursement et en réparation *qu'à l'encontre de la Confédération ou du canton qui a conduit la procédure*²⁰. Demeure réservé le droit de recours de la collectivité concernée, procédure qui ne relève toutefois pas du présent code de procédure pénale unifiée mais du droit administratif et du droit des fonctionnaires cantonaux et fédéraux. Le prévenu ne peut pas non plus actionner lui-même un témoin qui se serait rendu coupable d'un faux témoignage ; s'il a subi un dommage du fait d'un vice de comportement d'un tiers au cours de la procédure, c'est l'Etat qui devra l'indemniser. Ce dernier dispose, le cas échéant, du droit de recours que lui reconnaît l'alinéa 3.

L'alinéa 3 donne à la Confédération et aux cantons la possibilité d'exercer un recours contre les *autres personnes participant à la procédure en qualité de dénonciateur, de témoin, de personne entendue aux fins de renseignement ou d'expert* et qui, intentionnellement ou par le fait d'une grave négligence, ont donné naissance à l'obligation d'indemniser de l'Etat. Cette disposition a une portée relativement générale :

- Selon la lettre a, l'Etat peut recourir contre la personne qui, par une dénonciation dénuée de tout fondement, a influencé l'introduction de la procédure pénale. L'astreinte de cette personne aux frais est déjà consacrée dans plusieurs codes de procédure en vigueur²¹.
- Selon la lettre b, le recours de l'Etat peut *s'exercer par exemple contre le témoin, la personne entendue aux fins de renseignement, voire l'expert* qui, par un faux témoignage ou une expertise falsifiée ont rendu notablement plus difficile la procédure pénale et sont ainsi à l'origine de frais et d'indemnités. Selon plusieurs codes de procédure, le recours dans ces cas-là n'était pas possible faute d'une base légale²².
- Règle analogue à la lettre c : si un jugement a été influencé par exemple par un faux témoignage ou une fausse déclaration d'une personne entendue aux fins de renseignement et que ce jugement est ensuite annulé à la suite d'une procédure de révision, la Confédération ou le canton peut se retourner contre le faux témoin et l'actionner en

2044 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 240 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 29 ; Maurer 1999 554 ; Oberholzer 1994 583 s. ; Piller/Pochon 1998 Art. 229.7 s. ; Schmid 1997 N 1210.

¹⁹ Voir à ce sujet les ATF 113 Ia 76 ; 115 Ia 111 ; 112 Ia 371 ; voir également « De 29 à l'unité », p. 164.

²⁰ Voir p.ex. art. 89 al. 3 DPA.

²¹ Voir art. 122 al. 2 PPF ; art. 102 al. 1 DPA ; art. 42 al. 1, 189 al. 2 CPP ZH ; art. 390 al. 1 ch. 1, 407 al. 2 CPP BE ; art. 279 CPP LU ; art. 65, 73 CPP UR ; art. 53 CPP SZ ; art. 173a, 181 CPP OW ; art. 49 ch. 2, 53 al. 1 CPP NW ; art. 140 al. 1, 142 CPP GL ; art. 56bis al. 4, 57 al. 3 CPP ZG ; art. 231 CPP FR (voir d'une façon très générale Piller/Pochon 1998 Art. 231.1.ss.) ; art. 32 al. CPP SO ; art. 36 al. 1 CPP BS ; art. 31 al. 4 CPP BL ; art. 350, 360 al. 2 CPP SH ; art. 243 al. 1, 247 CPP AR ; art. 268 CPP SG ; art. 161 al. 3 CPP GR ; art. 139 al. 4, 140 al. 2 CPP AG ; art. 59 CPP TG ; art. 158 CPP VD ; art. 9 al. 5, 322 CPP TI ; art. 299 al. 2, 235 al. 2, 237 al. 3 CPP JU. Voir également Aeschlimann 1997 N 2033 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 158 N 2.2 ; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 31 ; Maurer 1999 558 s. et 578 ; Oberholzer 1994 584 ss. ; Schmid 1997 N 1212.

²² C'était le cas antérieurement à ZH ; voir Schmid 1997 N 1213, nouv. art. 189 CPP ZH, modification du 6 décembre 1999.

remboursement des indemnités versées et des sommes allouées à titre de réparation du tort moral.

Décision sur les frais de la procédure et les indemnités (art. 492 AP)

L'alinéa 1 fait obligation aux autorités pénales de statuer *d'office et sans requête particulière des parties*, dans la décision finale, sur les frais, les indemnités et la réparation du tort moral. C'est la raison pour laquelle l'autorité pénale doit, avant de rendre cette décision, réunir les pièces nécessaires et surtout inviter les parties qui pourraient avoir droit à des indemnités à faire valoir leurs prétentions. Les alinéas 3 et 4 énumèrent les droits et les obligations des parties à cet égard.

En revanche, il paraît souvent peu utile de statuer sur les frais de procédure et les indemnités dans *les décisions intermédiaires et les décisions sur recours*. Comme le suggèrent divers codes de procédure²³ et la jurisprudence de certains tribunaux cantonaux²⁴, la fixation des frais et indemnités relatifs aux décisions intermédiaires peut parfaitement être repoussée jusqu'à la décision finale, c'est-à-dire que les frais sont provisoirement répercutés sur la procédure principale. Logiquement, cette règle s'appliquera également aux décisions rendues sur les recours interjetés contre ces décisions intermédiaires, par exemple en cas de recours contre le rejet d'une requête de mise en liberté (art. 241 AP) ou contre une ordonnance de non-lieu (art. 355 AP) (al. 2).

Certes, en application de l'alinéa 1, les autorités pénales doivent statuer d'office sur les frais, indemnités et réparations du tort moral, notamment dans les décisions finales. Il serait toutefois erroné de confier aux seules autorités pénales la responsabilité de réunir les éléments nécessaires pour fonder leur décision sur la question des frais et indemnités, ce qui reviendrait à déclarer généralement applicable à ce domaine la maxime d'instruction ou le principe inquisitorial²⁵. Au contraire, on peut exiger de la *partie* concernée non seulement qu'elle chiffre précisément ses prétentions mais également qu'elle produise les documents justificatifs dont les autorités pénales ont besoin pour statuer (al. 3)²⁶. Si l'intéressé ne donne pas suite à cette invitation, l'autorité n'entre pas en matière sur sa requête (al. 4). En raison de la péremption prévue à l'alinéa 5, l'autorité pénale compétente doit cependant veiller à ce que la partie peu familière de la chose juridique et non représentée par un avocat soit en mesure de faire valoir ses droits. Cela signifiera par exemple que l'autorité accordera un délai supplémentaire lorsque l'intéressé n'a pas fourni tous les documents demandés dans le délai imparti.

L'alinéa 5 reprend un principe déjà évoqué en relation avec l'article 487 al. 4 AP : celui de l'exclusivité des dispositions de la présente loi en matière de frais de procédure et d'indemnités, énoncé ici de façon plutôt formelle. Le requérant doit formuler et justifier ses prétentions en paiement d'indemnités et de réparation du tort moral avant la fin de la procédure, faute de quoi il perdra ses droits. La péremption n'intervient cependant que si l'intéressé a eu la possibilité de faire valoir ses prétentions au cours de la procédure. Cette règle de la péremption s'applique évidemment aussi à la Confédération ou au canton qui

²³ Voir p.ex. art. 385 al. 3 CPP BE; art. 274 al. 2 CPP LU; art. 60 al. 2 CPP UR; art. 237 al. 1 CPP FR; art. 354 al. 3 CPP SH; art. 238 al. 2 CPP AR;

²⁴ P.ex. à ZH ; voir Schmid 1997 N 1204.

²⁵ Voir à ce sujet l'art. 6 AP et le ch. 212 supra.

²⁶ A propos de l'obligation – comparable – de coopération et de documentation des prétentions en dommages & intérêts et en réparation du tort moral dirigées contre un canton en application de la LAVI, voir ATF 126 II 97.

conduit la procédure. La collectivité concernée est déchue de ses prétentions si elle ne les fait pas valoir dans la décision finale en les réclamant à la personne tenue au remboursement des frais.

L'alinéa 6 règle la question de la *prescription*. Les prétentions en dédommagement et en réparation du tort moral des particuliers et celles de l'Etat relatives à la mise à charge des frais qui n'ont pu être formulées dans la procédure pénale se prescrivent par dix ans conformément à l'article 60 du code des obligations²⁷.

La question des *intérêts produits par les créances en remboursement des frais de procédure, en versement d'indemnités et en réparation du tort moral* n'était généralement pas évoquée dans les lois de procédure, ou alors insuffisamment réglée²⁸. L'alinéa 7 consacre le principe que ces créances sont productives d'intérêt. Mais pour des raisons pratiques, l'intérêt ne commence à courir qu'à partir du moment où la décision dans laquelle ces prétentions ont été jugées est entrée en force.

282 Frais de la procédure (chapitre 2, art. 493-498 AP)

282.1 Frais de la procédure et émoluments (section 1, art. 493 AP)

Définition et calcul (art. 493 AP)

L'alinéa 1 fait référence à la distinction, usuelle en Suisse, entre les frais généraux de la justice et les frais exposés dans une affaire pénale déterminée. Comme nous l'avons déjà indiqué à propos de l'article 487 al. 1 AP, l'Etat prend en principe à sa charge les frais généraux de la justice. Il perçoit cependant des émoluments dus par le justiciable au titre du recours à la justice, émoluments qui, en vertu du principe de couverture des frais et d'équivalence, ne doivent jamais être supérieurs au montant des frais exposés par l'Etat pour fournir la prestation correspondante. Les émoluments perçus doivent donc être compatibles avec la valeur objective de ladite prestation et rester compris dans un cadre raisonnable²⁹. Outre les émoluments mentionnés à l'alinéa 1 lit. a, l'Etat peut mettre à la charge des participants à la procédure les *frais effectifs exposés* dans une affaire déterminée, également appelés *montants payés en espèces* (al. 1 lit b). Les émoluments et les montants payés en espèces constituent ensemble les frais de procédure.

L'alinéa 2 énumère à titre exemplaire un *certain nombre de paiements en espèce* qui n'appellent pas d'explications particulières³⁰. La lettre d permet par exemple de répercuter sur les frais de l'instruction le coût des enquêtes effectuées par certaines institutions étatiques telles que les services de police scientifiques, les instituts de médecine légale, etc. et les frais occasionnés par les enquêtes de police.

Comme il ne serait guère utile de définir dans une loi fédérale les détails des frais de procédure et surtout le montant des émoluments à percevoir, l'alinéa 3 prévoit que le *Conseil*

²⁷ Cette disposition se retrouve par exemples dans les textes cantonaux suivants : art. 205 LOJ ZH ; art. 430 CPP BE ; art. 147 LOJ SZ ; art. 250 al. 3 CPP FR ; art. 378 al. 3 CPP SH ; art. 241 CPP AR ; art. 170 al. 2 CPP AI ; art. 265 CPP SG ; art. 392 CPP JU. Parfois, ces lois prévoient un délai de prescription ou de péremption plus court, p.ex. une année : art. 100 DPA ou art. 320 al. 2 et 3 CPP TI ; cinq ans : art. 311 CPP LU.

²⁸ Pour des dispositions relatives aux intérêts, voir art. 250 al. 3 CPP FR ; art. 378 al. 3 CPP SH ou art. 205 LOJ ZH ; art. 241 CPP AR qui stipulent expressément que ces créances ne portent pas intérêt.

²⁹ A ce sujet, voir notamment Hauser/Schweri 1999 § 108 N 2.

³⁰ Voir « De 29 à l'unité », p. 162.

fédéral fixera les émoluments dans une *ordonnance*³¹. Il conviendra également d'arrêter dans cette ordonnance les *émoluments forfaitaires* perçus dans les affaires simples, comme les ordonnances pénale ou les ordonnances d'amende, et qui couvrent les dépenses usuelles telles que frais de téléphone, frais de dossier, port, etc. (al. 4)³².

Selon l'alinéa 5, l'autorité pénale appelée à statuer sur les frais peut *fixer les émoluments en appréciant librement, dans les limites de la (future) ordonnance du Conseil fédéral, les frais encourus par l'Etat*. Ce faisant, elle devra cependant tenir compte de la situation financière de la personne assujettie aux frais. Reste à ajouter que les montants payés en espèces sont fixes et qu'ils sont mis à charge du redevable sans être soumis à cette libre appréciation. L'autorité peut cependant s'écarter de cette disposition en application de l'article 487 al. 6 AP. Si le montant des frais est prélevé sur la caisse de l'Etat, l'autorité ne prononcera pas d'émolument de justice en parallèle avec l'article 497, al. 1 AP.

Comme certains droits cantonaux³³, l'alinéa 6 prévoit que le calcul des frais et indemnités peut être attaqué auprès de l'autorité de recours, si ces griefs ne peuvent pas être examinés dans le cadre d'un autre moyen de recours comme l'appel ou l'opposition à une ordonnance pénale ou une ordonnance d'amende. Ce recours permet également de contester le montant des honoraires du défenseur d'office.

282.2 Etablissement des frais de la procédure en général (section 2, art. 494-496 AP)

Frais de la procédure en cas de condamnation (art. 494 AP)

L'alinéa 1 reprend une règle connue de tous les codes de procédure pénale suisses et selon laquelle *le prévenu qui a été condamné supporte les frais de la procédure*³⁴ et l'étend aux *autres personnes contre lesquelles est dirigée une procédure en application de la présente loi même si elles ne sont pas prévenues au sens des articles 121 ss. AP*. Il s'agira par exemple de personnes qui font l'objet d'une procédure indépendante en matière de mesures, par exemple une procédure de confiscation indépendante au sens des articles 408 à 411 AP ; ces personnes sont tenues de supporter les frais de la procédure si elles succombent. Sont par ailleurs considérées comme succombant les personnes qui font ultérieurement l'objet d'un injonction judiciaire³⁵.

La règle de l'alinéa 2 selon laquelle *les frais de traduction ne peuvent être mis à la charge du prévenu* résulte de l'article 6 al. 3 ch. 3 CEDH et a été reprise dans plusieurs codes de procédure cantonaux³⁶. Il est vrai qu'il subsiste toujours la déclaration interprétative que le Conseil fédéral avait faite à l'occasion de la ratification de la CEDH en 1974 et aux termes de laquelle la gratuité de l'interprète ne dispensait pas pour toujours le bénéficiaire du remboursement des frais y relatifs, mais on peut se demander si cette réserve est valable. La

³¹ Voir l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative du 24 novembre 1976 (RS 313.32).

³² Voir art. 384 CPP BE qui va plus loin car plus général.

³³ Voir art. 206 LOJ ZH ; art. 148 LOJ SZ ; art. 238 al. 2 CPP FR.

³⁴ Voir Aeschlimann 1997 N 2024 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 242 N 1 ss. ;

Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art 157 N 1 s. ; Hauri 1998 178 ; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 4 ss. ; Maurer 1999 552 s. ; Oberholzer 1994 580 ss. ; Padrutt 1996 Art. 158 N 1 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 229.1 ss. ; Piquerez 2000 N 3100 s. ; Schmid 1997 N 1200 ss. ; « De 29 à l'unité », p. 163.

³⁵ Voir p.ex. art. 202 CPP SO ; art. 244 al. 3 CPP AR ; voir à ce sujet Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 244 N 3 s. ; art. 126 al. 1 CPP AI (*a contrario*) ; art. 280 CPP SG ; art. 204 CPP AG.

³⁶ Art. 64 al. 3 CPP UR ; art. 172 al. 3 CPP OW ; art. 33 al. 2 CPP BS ; art. 30 al. 1 CPP BL ; art. 242 al.3 CPP AR ;

nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral tend à exiger la gratuité de l'interprète³⁷. Il faut cependant relever que la CEDH n'exige cette gratuité que pour le prévenu. Si d'autres personnes participant à la procédure sont assujetties aux frais, il n'y a aucune raison de ne pas leur imposer ces frais-là. C'est la raison pour laquelle l'exonération prévue à l'alinéa 2 ne concerne que le prévenu.

Selon l'alinéa 3, les frais de détention préventive et de détention de sécurité, ainsi que ceux de la défense d'office et du conseil gratuit de la partie plaignante ne sont mis à la charge du prévenu, si celui-ci est condamné, que s'il se trouve dans une situation financière favorable. La prise en charge des frais de détention préventive et de détention de sécurité est régie de façon variable dans lorsque différents codes de procédure pénale suisses. Dans certains cas, ils sont ajoutés aux frais de l'instruction (lesquels seront, le cas échéant, mis à la charge du prévenu)³⁸; dans d'autres, ils sont supportés par l'Etat³⁹. Mettre ses frais à la charge du révenu n'est contraire ni à la CEDH ni à la Constitution fédérale⁴⁰. Cependant, selon le nouvel article 383 al. 1 CP dans la teneur proposée à l'Assemblée fédérale par le Conseil fédéral, les frais liés à l'exécution des peines et des mesures doivent être pris en charge par la Confédération et les cantons. Selon l'alinéa 2 de cette même disposition, le détenu doit participer aux frais d'exécution lorsque, au bénéfice d'un régime de semi-liberté ou de travail en externat, il exerce une activité lucrative à l'extérieur de la prison. L'avant-projet, en revanche, propose que le prévenu soit astreint à supporter les frais de sa détention s'il se trouve dans une situation financière favorable. Il faudra donc déterminer s'il est possible d'admettre que ce prévenu, au moment du jugement, ou éventuellement plus tard s'il est au bénéfice d'expectatives, disposera encore de moyens suffisants, une fois déduits ses frais d'entretien, le paiement des autres frais de procédure, le remboursement de ses dettes, qu'elles soient issues de l'infraction ou d'une autre origine, pour prendre en charge les frais de sa détention. Le projet définitif de code de procédure pénale fédéral devra éliminer les éventuelles contradictions qui subsisteront encore à cet égard entre ses dispositions et les dispositions correspondantes du code pénal.

Les règles cantonales et les jurisprudences y relatives varient également en ce qui concerne les frais de *la défense d'office et du conseil gratuit*. Dans un grand nombre de cantons, ils sont mis à la charge du prévenu condamné avec les autres frais de procédure⁴¹; dans d'autres cantons, le prévenu devra les supporter s'il a de quoi les payer ou s'il se trouve dans une situation financière favorable⁴². La CEDH (contrairement à la teneur de l'article 6 ch. 3

³⁷ Haefliger/Schürmann 1999 234 ss.; Schmid 1997 N 1201, note 15 avec référence à un arrêt non publié; Villiger 1999 N 528 ss.

³⁸ Voir art. 270 al.2 ch. 3 CPP LU; art. 46 al. 2 ch. 4 CPP NW; art. 56 al. 2 CPP ZG; art. 228 al. 1 CPP FR; art. 33 al. 1 CPP BS; art. 30 al. 1 CPP BL; art. 237 al. 1 ch. 3 CPP AR; art. 101 CPP AI; art. 207 ch. 1 CPP VS.

³⁹ Voir par exemple la loi zurichoise sur le droit pénal cantonal et l'exécution des peines du 30 juin 1974, § 37; art. 59 al. 2 CPP UR en relation avec l'art 256; art. 56 al. 2 CPP TG. Selon les art. 33 al. 2 CPP BS, art. 30 al. 2 CPP BL et art. 158 al. 3 CPP GR, les frais de la détention préventive sont supportés par l'Etat si celle-ci est imputée sur la peine privative de liberté.

⁴⁰ Voir l'ATF 124 I 170.

⁴¹ Voir notamment art. 270 al. 2 ch. 4 CPP LU combiné à l'art. 275; art. 13 al. 2, 171 al. 1 CPP OW combiné à l'art.172 al. 1; art. 46 al. 2 ch. 3 CPP NW combiné à l'art. 50 al. 1; art. 138 CPP GL combiné à l'art. 139 al. 1; art. 344 al. 1 CPP SH combiné à l'art. 346 al. 1; art. 101 al. 1 CPP AI combiné à l'art. 168; art. 259 CPP SG combiné à l'art. 266; art. 61 al. 3 CPP AG; art. 52 al. 2 CPP TG; art. 207 ch. 1 CPP VS. Dans certains cas, cependant, le juge peut s'écarter des règles en matière de frais; voir à ce sujet les explications fournies à propos de l'art. 487 AP et les remarques figurant à la note 8.

⁴² Voir art. 52 al. 2 CPP BE; art. 64 al. 3 CPP UR combiné à l'art. 58; art. 31 CPP SO combiné aux art.33 et 35 al. 1; art. 21 al. 2 CPP BL; art. 64 al. 3 CPP AR (à ce sujet, voir Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 64 N 4; art. 111 CPP VD; art. 46 al. 2 CPP JU. Voir également art. 156 al. 3 CPP GR. La question est parfois gérée par la pratique des tribunaux, comme à ZH, voir Schmid 1997 N 1214.

lit. d et 3), le PIDCP et la Constitution fédérale n'interdisent pas de mettre rétroactivement à la charge du prévenu les frais de la défense et d'en opérer le recouvrement, pour autant que sa situation financière le lui permette⁴³. En fin de compte, l'avant-projet reprend la solution adoptée par ceux des cantons qui, eu égard au surendettement notoire des criminels, mettent généralement les frais de la défense à la charge de la caisse de l'Etat et ne les font supporter au prévenu que si sa situation financière est favorable.

L'alinéa 4 mentionne quatre situations dans lesquelles les frais de procédure ne peuvent être mis à la charge de celui qui y serait normalement astreint mais à celle de la Confédération ou du canton concerné. Selon l'alinéa 4 lit. a, les parties n'ont pas à supporter les frais lorsque les actes de procédure de l'autorité à l'origine de ces frais étaient *inutiles ou erronés*. Si, par exemple, lorsqu'il s'agit d'élucider une infraction et que les déclarations de deux témoins oculaires concordent avec celles du prévenu, il semble inutile de faire venir un troisième témoin à grands frais de l'étranger, notamment si aucune des parties n'a demandé le témoignage de cette troisième personne. Il serait inéquitable de mettre à la charge de la partie astreinte aux frais le coût d'une comparution apparemment inutile. Autre exemple : Si un témoin n'a pas été dûment rendu attentif à ses devoirs comme l'exige l'article 184 al. 1 AP et s'il résulte de cette négligence qu'une deuxième audition doit avoir lieu, les frais de la première audition ne sauraient être mis à la charge de la partie qui supportera finalement les frais de procédure. Selon l'alinéa 4 lit. b, l'Etat supporte les frais de la procédure lorsque ceux-ci sont démesurément élevés. En effet, il peut être choquant de faire supporter à un prévenu auteur d'une infraction mineure (p.ex. dans le domaine de la circulation routière) les frais considérables d'une expertise.

Frais supportés en cas de non-lieu et d'acquittement en général (art. 495 AP)

L'article 495 AP règle la prise en charge des frais en cas de non-lieu et d'acquittement en général et s'appuie pour ce faire sur le principe énoncé à l'article 487 al. 1 AP aux termes duquel les frais de procédure sont supportés, sauf disposition contraire, par la Confédération ou le canton qui a conduit la procédure. Selon la jurisprudence des organes de la CEDH et du Tribunal fédéral d'une part, de nouvelles règles introduites dans certains codes suisses de procédure pénale⁴⁴ et de la littérature spécialisée⁴⁵ d'autre part, les frais de procédure en cas de non-lieu ou d'acquittement ne peuvent être mis à la charge du prévenu que s'il a, *d'une manière contraire au droit et fautivement, provoqué l'introduction de la procédure pénale ou rendu plus difficile la conduite de la procédure*. Cette règle est reprise sous cette forme dans le code de procédure pénale unifiée⁴⁶.

⁴³ Voir la déclaration interprétative de la Suisse in AS 1974 2148 dont le caractère obligatoire est cependant discutable ; voir également EuGRZ 10 (1983) 150, 19 (1992) 542 ; Haefliger/Schürmann 1999 233 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 14 ; Padrutt 1996 Art. 155 N 2 ; Schmid 1997 N 1201.

⁴⁴ P.ex. art. 390 al. 1 ch. 2 CPP BE ; art. 277 al. 1 CPP LU ; art. 172 al. 2 CPP OW ; art. 229 al. 2 CPP FR ; art. 35 al. 3 CPP BS ; art. 58 CPP TG.

⁴⁵ Voir avec d'autres références Aeschlimann 1997 N 2036 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 242 N 3 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 158 N 1.1. ss. ; Haefliger/Schürmann 1999 213 ss. ; Hauri 1998 178 s. ; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 16 ss. ; Maurer 1999 555 ss. ; Oberholzer 1994 581 ss. ; Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ss. ; Piller/Pochon 1998 229.5 s. ; Piquerez 2000 N 3110 ss. ; Schmid 1997 N 1205 ss. ; Villiger 1999 N 496 ss.

⁴⁶ Dans la même direction, voir « De 29 à l'unité », p. 163 s. ; lors des auditions, à côté de certains avis positifs (voir Auditions p. 57, 148), de voix se sont élevées pour récuser cette obligation de supporter les frais de procédure (voir Auditions p. 166). Certains intervenants ont suggéré que les cantons aient la possibilité d'exclure cette obligation (voir Auditions p. 78, 89) ; il faut toutefois renoncer à une telle solution, une fois de plus dans l'intérêt d'une unification optimale du droit de procédure.

Obligation de supporter les frais de la partie plaignante et du plaignant (art. 496 AP)

On retrouve à l'article 496 AP une tendance, déjà observée dans d'autres endroits de l'avant-projet, qui consiste à donner à la partie plaignante des droits plus étendus dans la procédure mais également à lui faire supporter davantage les frais y relatifs. En premier lieu, il s'agit de se demander si la *partie plaignante doit être tenue, en cas de non-lieu, d'acquiescement ou de rejet de ses conclusions civiles, de supporter tous les frais liés à ses conclusions*. Cette solution serait parfaitement discutable. Mais il faut relever que la recevabilité et la traduction procédurale des conclusions de la partie plaignante transforme celles-ci en actes de procédure des autorités. Or, c'est en principe l'Etat qui est responsable de tels actes ; c'est donc lui qui, en cas de non-lieu, etc., supportera les frais de procédure, indépendamment de la question de savoir d'où est venue l'impulsion qui a généré les actes de procédure en cause. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet renonce dans ce cas à une obligation générale de supporter les frais de la partie plaignante⁴⁷. Il limite cette obligation aux frais de procédure causés par le conseil gratuit⁴⁸ et par ses propositions sur l'aspect civil (voir al. 1 lit. a et b). Si, par exemple, la partie plaignante a demandé une expertise destinée à évaluer le montant du dommage (élément qui n'est pas relevant du point de vue pénal), elle pourra se voir imposer les frais de cette expertise. Cette règle a un caractère dispositif. Le juge pourra donc s'en écarter lorsque la situation le justifie ; une réserve toute particulière sera de mise à l'égard des victimes.

L'alinéa 2 va encore plus loin en ce qui concerne les *infractions poursuivies sur plainte*. Les frais de la procédure peuvent être mis à la charge de la partie plaignante, sauf si le prévenu est assujéti aux frais conformément à l'article 495. Sous réserve des alinéas 3 à 5, cette règle s'applique également en cas de retrait de la plainte. De fait, cette règle ne déploie ses effets que dans les cas où seuls des infractions poursuivies sur plainte font l'objet de la procédure ; si, dans une affaire de vol avec effraction, la partie plaignante retire la plainte déposée pour dommage à la propriété et violation de domicile, ces deux dernières infractions n'auront pas occasionnés, dans la plupart des cas du moins, des frais de procédure particuliers. L'alinéa 2 est d'ailleurs sciemment conçu comme une règle d'application facultative pour que les frais d'instruction puissent, le cas échéant, être pris en charge par la caisse de l'Etat⁴⁹. Il convient à cet égard de songer aux cas dans lesquels une instruction se solde par un non-lieu en vertu de l'article 351 lit. e AP pour des raisons d'opportunité (art. 8 AP) ou, par exemple, en application de l'article 66^{bis} CP / nouv. art. 53 à 55 CP. Dans de tels cas, il serait régulièrement erroné de faire supporter les frais à la partie plaignante.

L'alinéa 3 règle le cas, fréquent en matière d'infractions poursuivies sur plainte, dans lequel un retrait de plainte intervient dans le cadre d'un *accord amiable entre parties*. Cet accord inclut généralement le règlement des frais de procédure et des indemnités liés au non-lieu. Il arrive fréquemment, aux termes de ces accords, que le prévenu prenne à sa charge les frais de procédure qui, en cas de retrait de la plainte, devraient en principe être supportés par la partie plaignante conformément à l'alinéa 2. Afin que les parties ne puissent pas recourir à de tels accords pour faire supporter les frais de la procédure à une autre partie qui n'a pas les moyens d'y faire face et de priver ainsi l'Etat du remboursement des frais auquel il a droit,

⁴⁷ C'est le cas dans de nombreux cantons ; voir p.ex. art. 159 CPP VD (...*si l'équité l'exige...*), voir Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 159 N 1 ss.

⁴⁸ Il conviendra d'imposer cette obligation avec réserve ; par analogie avec l'art. 494 al. 3 AP, elle ne devrait intervenir que si l'intéressé se trouve dans une situation financière favorable.

⁴⁹ Voir art. 149 al. 2 CPP VD en combinaison avec l'art. 90 al. 2.

l'avant-projet propose une réserve soumettant ces accords à l'approbation de l'autorité qui a ordonné le non-lieu⁵⁰.

Les alinéas 4 et 5 se réfèrent à une obligation des autorités pénales sur laquelle l'avant-projet insiste particulièrement : en présence d'infractions poursuivies sur plainte ou d'infractions susceptibles de ne pas être poursuivies suite à une réparation, les autorités pénales s'efforceront, chaque fois que ce sera possible, d'obtenir un *accord amiable* des parties (voir les art. 346, 347a et 365 al. 2 AP). Afin d'encourager les parties à la conciliation, l'alinéa 4 prévoit que si un tel accord intervient, l'Etat supportera, en règle générale, les frais de la procédure. La juge pourra cependant s'écarter de cette disposition si des frais extraordinaires ont été exposés, dont la prise en charge par la collectivité serait choquante. Si l'Etat prend les frais à sa charge, *les autres prétentions réciproques en indemnisation* devraient également être abandonnées, comme c'est déjà souvent le cas, d'ailleurs, dans les conciliations. Mais les parties ont le loisir de conclure des arrangements différents et, par exemple, de convenir que l'une des parties indemniserait l'autre.

282.3 Charge des frais en procédure de recours (section 3, art. 497-498 AP)

Généralités (art. 497 AP)

Selon l'alinéa 1, *les parties supportent les frais de la procédure de recours proportionnellement à leur gain ou à leur perte*, une règle qui s'est imposée avant tout dans les codes de procédure les plus récents⁵¹. Concrètement, cela signifie qu'en cas de gain du recourant privé, les frais de la procédure seront pris en charge par la caisse de l'Etat ; en cas de perte, ils seront supportés par le recourant qui a succombé. Si le ministère public gagne son recours, les frais seront mis à la charge de l'intimé ; dans le cas contraire, ils seront payés par la caisse de l'Etat. Il découle de l'article 488 al. 3 AP que le retrait d'un recours ou le refus d'entrée en matière sur un recours est assimilable à une perte, respectivement à un gain.

Les lois de procédure actuellement en vigueur⁵² ou la jurisprudence⁵³ prévoient déjà la possibilité de s'écarter de cette règle générale dans certaines circonstances. L'alinéa 2 reprend ces exceptions, du moins en partie. Cette disposition est d'application facultative pour permettre au juge de statuer en équité, le cas échéant, sur l'attribution des frais. Ce dernier peut s'en écarter lorsque

- *le gain résulte de circonstances ou à de preuves qui n'ont été présentées que pendant la procédure de recours* (lit. a). Si le prévenu a par exemple conservé une preuve pour ne la faire valoir qu'en appel, ou s'il n'a créé les conditions de l'exemption de peine prévue au nouvel article 53 CP (réparation) que juste avant les débats d'appel, il serait choquant de mettre les frais à la charge de l'Etat.
- *le recourant n'a obtenu gain de cause que sur un point accessoire* (lit. b), par exemple sur la durée de la sanction privative de liberté ou du délai de mise à l'épreuve, sur l'étendue de la confiscation de valeurs patrimoniales, sur le montant des frais de procédure fixés par

⁵⁰ Tel est déjà le cas p.ex. à SH (art. 335 CPP), voir également art. 303 CPP JU.

⁵¹ Voir notamment art. 396a CPP ZH; art. 282 CPP LU; art. 68 CPP UR; art. 176 CPP OW; art. 51 CPP NW; art. 56 ter CPP ZG; art. 231 al. 2 CPP FR; art. 351 CPP SH; art. 245 CPP AR; art. 135 CPP AI; art. 269 CPP SG; art. 160 CPP GR; art. 60 CPP TG; art. 240 CPP NE; art. 92, 102 s. CPP GE; art. 344, 356 CPP JU.

⁵² Voir p.ex. art. CPP BE; art. CPP SH; art. CPP AR; art. CPP AI; art. CPP SG.

⁵³ P.ex. à ZH, voir avec d'autres références Schmid 1997 N 1203.

l'instance précédente ou des indemnités accordées. Si l'autorité de recours utilise différemment son pouvoir d'appréciation, ce qui implique que le tribunal de première instance n'a pas commis d'erreur en soi, il semble équitable, selon les circonstances de mettre les frais de la procédure de recours à la charge de la partie qui obtient gain de cause⁵⁴.

L'alinéa 3 précise que si l'autorité de recours rend elle-même une nouvelle décision, statuant donc en réforme, elle s'y prononce également d'office sur le *règlement des frais et des indemnités fixé par l'instance précédente*.

L'alinéa 4 se réfère au cas où *l'autorité de recours annule une décision* et renvoie la cause pour nouvelle décision à l'instance précédente. Généralement, lorsque une décision de première instance est annulée, c'est que l'autorité qui a rendu cette décision a commis des erreurs. C'est pourquoi il s'impose dans un premier temps de mettre les frais de la procédure de recours à la charge de la caisse de l'Etat⁵⁵. En ce qui concerne les frais de l'instance inférieure qui est appelée à connaître du cas pour la seconde fois, il est difficile de fixer une règle générale en ce qui concerne le règlement des frais de la première procédure. Il semble évident que l'Etat doit supporter les frais exposés en relations avec les actes de procédure fautifs accomplis en première instance. Il conviendra surtout de prélever sur la caisse de l'Etat ou de rayer les émoluments perçus par l'instance précédente. En revanche, il ne serait guère judicieux de faire supporter sans autre par l'Etat les frais résultant par exemple d'une administration de preuves correcte en soi (audition de témoins, demandes d'expertise), car ces preuves pourront être exploitées dans la deuxième procédure de première instance et permettront en principe de soulager financièrement celle-ci. C'est pourquoi l'autorité de recours a le loisir de statuer librement dans sa décision de renvoi, en toute équité et selon les circonstances de l'espèce, sur le règlement des frais de l'instance précédente. Il en va d'ailleurs de même pour la décision au sens de l'article 504 al. 4 AP déterminant dans quelle mesure les parties ont droit à une indemnité pour les deux procédures.

Dans le cadre des demandes de révision (art. 498 AP)

Si la *demande de révision est accueillie favorablement*, les frais de la procédure de révision seront tout d'abord pris en charge par la caisse de l'Etat en application de l'article 497 al. 1 AP. En revanche, la cour d'appel siégeant en qualité d'instance de révision ne statuera pas sur les frais de la première procédure en application de l'article 498 AP, car l'issue de la procédure reprise n'est pas encore connue au moment de la décision de révision. Cette décision appartient au contraire à l'instance qui, après l'approbation de la demande de révision, reprend l'examen de l'affaire et rend un nouveau jugement au fonds. Comme nous l'avons déjà exposé en relation avec l'art 497 al. 4 AP, la répartition des frais doit intervenir selon les règles de l'équité.

En cas de *rejet de la requête de révision*, c'est au requérant qui succombe de supporter les frais (art. 497 al. 1 AP).

⁵⁴ Voir art. 392 al. 2 CPP BE et Aeschlimann 1997 N 2048 ; Maurer 1999 560 s.

⁵⁵ A ce sujet et sur ce qui suit, voir pour le canton de Berne : art. 393 al. 1 CPP BE ; Aeschlimann 1997 N 2049 ; Maurer 1999 561. Voir également art. 450 al. 3 CPP VD et art. 344 al. 2 CPP JU.

283 Indemnités (chapitre 3, art. 499-505 AP)

283.1 Prétentions en indemnités du prévenu (section 1, art. 499-501 AP)

Prétentions du prévenu en indemnité et en réparation du tort moral en général (art. 499 AP)

L'article 499 AP règle la question des prétentions du prévenu en indemnités et en réparation du tort moral en cas de non-lieu ou d'acquiescement. Comme nous l'avons déjà signalé, il s'agit ici des frais exposés (appelés parfois dépens) et des dommages subis par les parties. En cas de condamnation, le prévenu supporte en règle générale les frais de procédure, comme cela a été dit plus haut (voir art. 494 al. 1 AP). Les indemnités ou la réparation du tort moral n'entrent en ligne de compte que si les conditions de l'article 501 al. 3 sont remplies.

L'article 499 AP crée un droit à des dommages & intérêts et à la réparation du tort moral dus en vertu d'une *responsabilité causale*. Ces prétentions sont loin d'être reconnues par l'ensemble des codes suisses de procédure pénale⁵⁶, mais elles sont garanties par de nombreuses constitutions cantonales⁵⁷. Une obligation générale d'indemniser et l'allocation d'une prestation en réparation du tort moral à la requête du prévenu⁵⁸ doit figurer, selon un postulat des experts⁵⁹, dans le code de procédure pénale unifiée.

Les articles 499 et 500 AP ne sont pas uniquement applicables en cas de *non-lieu ou d'acquiescement total* mais également en cas de *non-lieu ou d'acquiescement partiel*. Dans ce cas, on ne se contente pas de répartir les frais au prorata. Il faut au contraire vérifier si le prévenu a droit à des indemnités ou à une réparation du tort moral au titre des infractions liquidées par non-lieu ou acquiescement. Si cela devait exceptionnellement être le cas⁶⁰, il y aura lieu d'allouer au prévenu des indemnités et une réparation du tort moral. En cas d'acquiescement partiel, on opère la compensation entre les frais mis à sa charge et les indemnités et réparations allouées (art. 512 al. 3 AP)⁶¹.

L'alinéa 1 stipule tout d'abord que le prévenu qui entend faire valoir des prétentions en dommages et intérêts ou en réparation du tort moral doit le faire par la voie d'une requête sur invitation de l'autorité compétente (voir art. 492 AP). En vertu de l'article 83 al. 1 AP, une déclaration verbale consignée au procès-verbal suffit. Il est évident que les personnes peu familières du droit, notamment lorsqu'elles ne sont pas assistées d'un avocat, doivent être rendues attentives à la nécessité d'annoncer elles-mêmes ces prétentions (voir art. 117 al. 4

⁵⁶ Pour une récapitulation avec d'autres références, voir Hauser/Schweri 1999 § 109 N 1 : sur l'obligation d'indemniser et de réparer le tort moral, voir avec d'autres références Aeschlimann 1997 N 2064 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 1 ss. ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 163a N 1 ss. ; Hauri 1998 182 ss. ; Maurer 1999 555 ss. ; Oberholzer 1994 591 ss. ; Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ss. ; Piller/Pochon 1998 Art. 242.1 ss. ; Piquerez 2000 N 4017 ss. ; Poncet 1978 1978 74 s. ; Schmid 1997 N 1218 Schmid 1997 N 1218 ss. ; le même in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 1 ss. Sur les prétentions limitées au sens de la CEDH (avant tout en cas de privation de liberté), voir Haefliger/Schürmann 1999 128 ss. ; Villiger 1999 N 169, 374 ss. 694.

⁵⁷ Voir notamment art. 7 al. 3 CC ZH (pour les arrestations illégales); art. 25 al. 5 CC BE; art. 5 al. 4 CC LU; art. 4 al. 2 CC UR; art. 12 al. 2 CC OW; art. 4 al. 1 CC NW; art. 8 al. 4 CC ZG; art. 8 al. 5 CC SH; art. 21 al. 5 CC AR; art. 35 al. 3 CC SG; art. 23 al. 2 CC AG; art. 10 al. 4 CC TI; art. al 3 CC VS; art. 10 al. 3 CC JU

⁵⁸ Exigent notamment une telle requête : art. 122 al. 1 PPF ; art. 99 DPA ; art. 396 al. 2 CPP BE (pour les dépens des parties); art. 280 CPP LU; art. 71 CPP UR; art. 52 CPP SZ; art. 53 al. 1 CPP OW; art. 242 ss. CPP FR; art. 36 ss. CPP SO; art. 37 CPP BS; art. 33 CPP BL; art. 161 CPP GR; art. 140 CPP AG; art. 163a CPP VD; art. 114 CPP VS. Voir également « De 29 à l'unité », p. 167.

⁵⁹ « De 29 à l'unité », p. 167 s. Des voix positives également lors des auditions (p. 57, 78 (89), 148, 166 s.

⁶⁰ A ce sujet voir Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 24 qui fait observer que le problème de la détention excédentaire réglé à l'art. 501 AP se pose fréquemment dans ce contexte.

⁶¹ Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 241 N 4, 246 N 6 ; Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 30.

AP). Il est permis de supposer qu'à l'avenir, le document pré-imprimé de l'ordonnance de clôture au sens de l'article 349 AP attirera l'attention de l'intéressé sur ce point en cas de non-lieu.

Les causes d'indemnisation mentionnées à l'alinéa 1 lit. a et b correspondent au droit procédural pénal en vigueur. L'Etat doit réparer la totalité du dommage causé au prévenu et qui présente un lien de causalité avec la procédure pénale au sens du droit de la responsabilité civile⁶².

- Les dépenses à rembourser au prévenu au sens de la lettre a sont essentiellement les frais du *défenseur de choix*⁶³ lorsque la défense était nécessaire et appropriée. Cette disposition transpose la jurisprudence du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux selon laquelle l'Etat ne prend en charge ces frais que si l'assistance d'un avocat était nécessaire compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit et que le volume de travail et le montant des honoraires de l'avocat était ainsi justifié⁶⁴.
- Le remboursement, prévu à la lettre b, du dommage économique résultant de la procédure couvre principalement les pertes de salaire ou de gain subies du fait de la détention provisoire ou de la participation aux actes de procédure, des frais de déplacement. Seules sont prises en considération les conséquences financières d'une participation active ou passive mais obligatoire, c'est-à-dire ordonnée par l'autorité pénale. Le prévenu ne pourrait donc pas faire valoir une perte de salaire au motif qu'il aurait, pendant la période en cause, recherché des témoins des faits incriminés ou, au nom du droit d'être entendu, passé son temps à compiler le dossier.

Si, par suite de la procédure pénale, le prévenu a subi une atteinte particulièrement grave à ses intérêts personnels au sens des articles 28 al. 3 CCS ou 49 CO, il aura droit à la *réparation de son tort moral*⁶⁵. Une réparation du tort moral sera régulièrement allouée lorsque le prévenu s'est trouvé en détention préventive ou en détention de sécurité.

Réduction et refus de l'indemnité et de la réparation du tort moral (art. 500 AP)

Il faut partir du principe qu'en règle générale, l'obligation de supporter les frais stipulée par l'article 495 AP et l'allocation d'indemnités et de réparations au sens de l'article 499 AP vont s'exclure réciproquement⁶⁶. Celui qui, par un comportement illicite et fautif, a provoqué l'ouverture d'une procédure pénale ou a rendu celle-ci plus difficile et qui, à ce titre, s'est vu imposer les frais de la procédure, ne pourra exiger ni indemnité ni réparation d'un tort moral,

⁶² Voir à ce sujet avec d'autres références, notamment à d'autres règles cantonales divergentes : Aeschlimann 1997 N 2068 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 4 ss. ; Maurer 1999 568 ss. ; Oberholzer 1994 591 ss. ; Padrutt 1996 Art. 161 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 4023 ss. ; Schmid 1997 N 1218 ; le même in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 4 ss.

⁶³ Les frais du défenseur d'office sont ajoutés à ceux de la procédure et répartis en fonction de l'art. 495 AP.

⁶⁴ Avec des références avec la jurisprudence y relative, voir Aeschlimann 1997 N 2069, 2078 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 2 ; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 163a N 2.2 ; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 5 ; Maurer 1999 569 s., 573. Oberholzer 1994 591 ; Padrutt 1996 Art. 161 N 1.4 ; Schmid 1997 N 1221 ; le même in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 10.

⁶⁵ A ce sujet et à propos de ce qui suit, voir Aeschlimann 1997 N 2072 ; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 8a ; Maurer 1999 570 ; Oberholzer 1994 592 ss. ; Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ss. ; Schmid 1997 N 1224a.

⁶⁶ Même en cas d'astreinte partielle ; à ce sujet, voir parmi d'autres, Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ss. ; Schmid 1997 N 1224a.

étant entendu qu'il convient de réserver le cas particulier du non-lieu partiel ou de l'acquiescement partiel⁶⁷.

L'article 500 AP prévoit le refus ou la réduction des indemnités ou des réparations *dans trois cas distincts*⁶⁸

- La lettre a se rapporte au cas évoqué ci-dessus dans lequel le prévenu a provoqué d'une manière contraire au droit et fautivement l'ouverture de la procédure ou a rendu difficile la conduite de celle-ci. En règle générale, un tel comportement exclut toute obligation d'indemnisation ou de réparation de l'Etat. Toutefois, lorsque la faute n'a été que légère, une indemnité ou une réparation réduite reste envisageable.
- La lettre b souligne qu'en vertu de l'article 502 al. 3 AP, la *partie plaignante* peut être astreinte à verser des dommages & intérêts au *prévenu si celui-ci l'a emporté*, c'est-à-dire en cas de non-lieu ou d'acquiescement. Ce droit naît directement entre le prévenu et la partie plaignante. Dans ce cas, l'Etat n'assume aucune obligation de dédommagement ou de réparation du tort moral.
- La lettre c reprend un principe largement répandu dans le droit procédural pénal suisse et selon lequel seuls les frais de quelque importance doivent être remboursés⁶⁹. Les inconvénients mineurs tels que l'obligation de comparaître à une ou deux reprises à des audiences ne donne donc pas lieu à indemnisation.

Indemnité et réparation du tort moral pour détention préventive ou détention de sécurité excessive et pour d'autres mesures de contrainte (art. 501 AP)

La durée de la détention préventive ou de sécurité est excessive lorsqu'elle dépasse la durée de la peine privative de liberté ou de la sanction privative de liberté prononcée. Dans une certaine mesure, cette disposition inclut le cas dans lequel le prévenu, après avoir subi une mesure de détention préventive ou de sécurité, n'est finalement condamné qu'à une amende. Compte tenu de la peine pécuniaire instaurée par les nouveaux articles 34 ss. CP et destinée à remplacer dans une large mesure les courtes peines privatives de liberté, cette situation devrait encore jouer un rôle important à l'avenir. Jusqu'à présent, seuls quelques rares cantons ont légiféré sur la question de savoir si, dans ce genre de cas, une privation de liberté excessive ouvre la porte à une indemnisation ou à une réparation du tort moral⁷⁰. En l'absence de réglementation, cette question est controversée⁷¹. C'est pourquoi il est important de régler les conséquences de la détention excessive dans le code de procédure pénale unifiée.

⁶⁷ On pourra éventuellement envisager dans ce cas la compensation des frais imposés et des indemnités allouées ; voir à ce sujet les remarques faites à propos des art. 499 et 512 AP.

⁶⁸ Voir art. 401 CPP BE ; Aeschlimann 1997 N 2074 ss. ; Maurer 1999 571 ss.

⁶⁹ Expressément prévu dans les codes suivants : art. 401 al. 1 CPP BE ; art. 59 al. 3 CPP UR ; art. 237 al. 2 CPP AR ; voir également art. 179a al. 1 CPP OW ; art. 57 al. 1 CPP ZG ; art. 356 CPP SH. Voir en outre ATF 113 Ia 182 ; Aeschlimann 1997 N 2075 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 237 N 5 ss., Art. 246 N 5 ; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 5 in fine ; Maurer 1999 571 ; Piquerez 2000 N 4024 ; Schmid 1997 N 1220.

⁷⁰ Voir art. 358 CPP SH ; art. 246 al. 2 CPP AR ; art. 141 ch. 1 CPP VS ; voir également art. 25 al. 5 CC et art. 403 CPP BE.

⁷¹ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 2080 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 7 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 6 ss. ; Maurer 1999 575 s. ; Oberholzer 1994 592 s. ; Padrutt 1996 Art. 161 N 1.5. ; Schmid 1997 N 1224a ; le même in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 17 ss. Les prétentions fondées sur une détention excessive ne peuvent en principe être déduites de la CEDH que si celle-ci repose sur une violation de l'art. 5 ch. 3 2^{ème} phrase de la convention ; voir avec d'autres références Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 188 N 5.

L'alinéa 1 règle le cas de la détention excessive. Si la détention préventive ou la détention de sécurité excède *la durée d'une peine privative de liberté prononcée ensuite*, cette privation de liberté excessive doit d'abord être imputée sur des sanctions prononcées à raison d'autres infractions. Ce problème a déjà été abordé en relation avec l'article 484 AP. La question centrale, ici, est l'imputation de la détention préventive ou de la détention de sécurité sur des peines privatives de liberté prononcées à raison d'une autre infraction, que ce soit dans la même procédure ou dans une autre. Comme l'imputation peut aussi intervenir sur *d'autres sanctions*, la détention préventive ou la détention de sécurité est également imputable sur des peines pécuniaires (nouv. art. 34 CP), des travaux d'intérêt général (nouv. art. 37 CP) ou des amendes (art. 48 CP / nouv. art. 103 CP), étant entendu qu'il y a lieu d'appliquer les taux de conversion prévus à l'article 49 ch. 3 al. 3 CP (nouv. art. 35, 36, 39 et 106 CP). Lorsque ce sera possible, l'imputation interviendra également sur les mesures privatives de liberté. Comme des dispositions légales seraient difficiles à formuler en cette matière, il appartiendra à la jurisprudence de procéder de cas en cas à une imputation appropriée.

L'indemnisation et la réparation du tort moral n'entrent donc en ligne de compte que si *cette imputation ne peut avoir lieu*. Ces prestations sont fournies par l'Etat selon la libre appréciation du juge. C'est la raison pour laquelle on pourra renoncer à toute indemnité ou réparation si l'excès de détention est insignifiant ou s'il est dû à des circonstances dont le prévenu ne saurait tirer profit (p.ex. une réduction de peine prononcée par l'instance supérieure en raison de la longueur de la procédure). Il conviendra également de vérifier soigneusement, au cas par cas, si les conditions d'une réparation du tort moral sont réunies. Il est indifférent à cet égard de savoir si la peine sur laquelle la détention excessive sera imputée a été prononcée avec sursis (voir également l'al 2 lit. b).

- L'alinéa 2 règle tout d'abord le cas dans lequel le prévenu qui se trouve en détention préventive ou en détention de sécurité *est condamné à une peine pécuniaire, à un travail d'intérêt général ou à une amende*. Dans ce cas, une obligation de dédommagement ou de réparation du tort moral n'existe que si, compte tenu des taux de conversion mentionnés, la détention préventive ou de sécurité subie dépasserait la durée de la privation de liberté que le prévenu aurait à subir dans l'hypothèse d'une conversion. Eu égard à la grande diversité des situations dans ce domaine, il appartiendra là encore au juge de faire usage de son pouvoir d'appréciation.
- Si le prévenu est condamné à une *peine privative de liberté assortie du sursis* au sens de l'article 41 / nouv. art. 43 CP, la détention préventive et la détention de sécurité subies seront imputées sur cette peine (al. 2 lit. b). Même lorsque la peine n'est pas exécutée – c'est-à-dire même si le sursis n'est pas révoqué – la doctrine dominante et la jurisprudence estiment qu'il n'y a pas lieu d'indemniser le prévenu à raison de cette détention⁷².

Les dispositions de ce chapitre partent du principe que le prévenu condamné supporte les frais de la procédure et n'a pas droit à des indemnités ni à la réparation du tort moral. L'alinéa 3 précise que des prétentions en indemnités et en réparation du tort moral formulées par le prévenu peuvent être justifiées même s'il a été condamné ou si, en cas de non-lieu, il est condamné à supporter les frais de procédure en raison de sa propre faute. On songera notamment à l'hypothèse dans laquelle des mesures de contrainte contraires au droit ont été ordonnées. Dans un tel cas, le prévenu a droit, selon les circonstances – qui sont laissées à l'appréciation du juge – à une juste indemnité ou une juste réparation du tort moral⁷³. Le juge

⁷² Voir à ce sujet Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 8.

⁷³ A ce sujet, voir parmi d'autres Hauser/Schweri 1999 § 109 N 14 ss.

statuera sur ces prétentions dans le cadre de la décision finale, conformément à l'article 492 AP.

283.2 Prétentions de la partie plaignante ou contre celle-ci en indemnités; prétentions en indemnités de tiers (section 2, art. 502-503 AP)

Règlement des indemnités lors de la participation d'une partie plaignante (art.. 502 AP)

L'article 502 al. 1 AP règle la question du dédommagement de la *partie plaignante lorsque celle-ci obtient gain de cause*, c'est-à-dire lorsque le prévenu est condamné. Si le lésé n'intervient dans la procédure que comme partie civile, il faut que ses conclusions civiles aient été admises, au moins partiellement. Dans ce cas, le prévenu doit l'indemniser équitablement, c'est-à-dire selon l'appréciation du juge, l'indemnité ne portant que sur les dépenses et les frais exposés en relation avec la procédure. Les frais étrangers à la procédure ne doivent pas être remboursés. Par ailleurs, seuls les dépenses et les frais qui ont été nécessaires pour faire valoir le point de vue de la partie plaignante donnent droit à un dédommagement. C'est également la position adoptée par la plupart des codes suisses de procédure pénale⁷⁴ ou par la jurisprudence⁷⁵. Le cas échéant, c'est l'autorité compétente qui constate l'existence d'une obligation d'indemnisation et qui approuve les prétentions de la partie plaignante, après quoi il incombe à cette dernière *d'opérer directement le recouvrement de sa créance auprès du débiteur*. Dès lors, l'obligation de l'Etat tombe, du moins en ce qui concerne les prétentions en indemnités et réparation du tort moral du prévenu (voir l'art. 500 lit. b AP).

Les alinéas 2 et 3 règlent *la question des indemnités dues lorsque le prévenu obtient gain de cause* :

La première question qui se pose est de savoir si la partie plaignante doit être obligée d'indemniser le prévenu qui a obtenu gain de cause, c'est-à-dire en règle générale le prévenu acquitté. Une telle obligation serait parfaitement envisageable, du moins dans le cas où les requêtes procédurales de la partie plaignante ont occasionné au prévenu des frais et des dépenses. La prise en considération de ces requêtes dans la procédure fait de celles-ci des actes de procédure de l'autorité, comme nous l'avons déjà souligné à propos de l'article 496 AP. Dans un tel cas, c'est en principe l'Etat qui est tenu d'indemniser et de réparer le tort moral. Une obligation identique de la partie plaignante entrerait donc en concours avec celle de l'Etat, ce qui poserait de délicats problèmes de délimitation entre les deux obligations. C'est la raison pour laquelle on a renoncé à imposer à la partie plaignante une obligation générale d'indemniser et que celle-ci se limite aux dépenses et aux frais engendrés par ses conclusions civiles. Cette solution est ainsi cohérente avec la disposition sur le règlement des frais de l'article 496 al. 1 AP.

L'alinéa 3 est consacré à la variante de *l'acquiescement du prévenu ou du non-lieu*. Les conclusions civiles ne sont examinées ni en cas de non-lieu, ni (en règle générale) en cas d'acquiescement (art. 132 al. 3 et 4 ; 352 al. 4 AP). La question de l'indemnisation ou d'une éventuelle réparation du tort moral de la partie plaignante ne devrait pas se poser. Comme le prévenu obtient gain de cause en cas d'acquiescement ou de non-lieu, il n'a en principe aucune

⁷⁴ Voir p.ex. art. 188 al. 1 CPP ZH; art. 396 CPP BE; art. 56 CPP SZ; art. 240 ss. CPP FR; art. 39 CPP BS; art. 361 CPP SH; art. 248 CPP AR; art. 271 al. 2 CPP SG; art. 65 al. 3 CPP TG; art. 323 CPP TI; art. 302 CPP JU.

⁷⁵ Voir Aeschlimann 1997 N 2056 ss. ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 248 N 1 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 21 s. ; Maurer 1999 562 ss. ; Schmid 1997 N 1201.

raison d'indemniser la partie plaignante. Toutefois, s'il est tenu au remboursement des frais qu'il a occasionnés en provoquant l'ouverture de la procédure par un comportement contraire au droit et fautif ou en rendant plus difficile la conduite de la procédure, il est justifié qu'il dédommage la partie plaignante des dépenses et des frais exposés tant sur la question civile que pénale.

Prétentions de tiers en indemnités ou en réparation du tort moral (art. 503 AP)

Les actes de procédure peuvent aussi causer un dommage direct à des tiers dans la mesure où ceux-ci doivent subir des *mesures de contrainte* telles que perquisitions, écoutes téléphoniques, etc. Des personnes étrangères à la procédure peuvent également subir un dommage du fait de l'aide qu'ils ont apportée aux autorités pénales, par exemple lors d'une appréhension, opération pour laquelle la police peut requérir l'aide de particuliers conformément à l'article 226 al. 4 AP.

Le droit en vigueur prévoit déjà, ici et là, une obligation d'indemnisation et de réparation du tort moral dans ce contexte⁷⁶. Le code de procédure pénale unifiée crée une *base légale* pour les prétentions en compensation du dommage et en réparation du tort moral subi par les tiers (al. 1). Cela évite à ceux-ci d'avoir à chercher cette base légale en-dehors du droit procédural pénal⁷⁷ et leur permet, d'autre part, de faire valoir leurs prétentions dans le cadre de la procédure pénale.

Dans un but de *simplification de la procédure*, l'alinéa 2 stipule que dans les cas clairs, le ministère public peut satisfaire de telles prétentions déjà au stade de la procédure préliminaire. Supposons, par exemple, qu'un tiers soit blessé en prêtant main forte à la police lors d'une appréhension : le ministère public peut dédommager immédiatement le tiers lésé du dommage subi – dûment justifié – dans la mesure où celui-ci n'est pas remboursé par les assurances. Lorsque la situation n'est pas très claire, il appartiendra au juge de statuer dans le cadre de la décision finale (al. 3).

283.3 Indemnités en procédure de recours (section 3, art. 504-505 AP)

Généralités (art. 504 AP)

L'alinéa 504 reprend les règles déjà contenues dans les principes exprimés aux articles 499 à 503 AP. *Si le prévenu obtient gain de cause en procédure de recours*, il a droit à une indemnité équitable pour les dépenses et les frais qui lui ont été causés dans la procédure (al. 1). Pour le surplus, la répartition des frais dans la procédure de recours est fixée par l'article 497 AP.

L'alinéa 2 stipule que *si la partie plaignante participe à la procédure de recours*, l'article 502 AP, prévu surtout pour la procédure de première instance, sera également applicable.

⁷⁶ Voir notamment art. 99 al. 2 DPA; art. 23 CC AG; art. 65 al. 3 CPP TG; art. 114 ch. 1 al. 2 CPP VS. Sur ce sujet en général, voir Hauser/Schweri 1999 § 109 N 22. L'obligation de l'Etat de dédommager les particuliers qui ont prêté leur concours à une appréhension policière est déjà prévue dans de nombreux codes de procédure pénale : art. 171 al. 4 CPP BE; art. 111 al. 3 CPP UR; art. 31 CPP SZ; art. 74 al. 2 CPP OW; art. 55 al. 3 CPP NW; art. 51 CPP GL; art. 40 al. 2 CPP SO; art. 74 al. 3 CPP BL; art. 146 al. 3 CPP SH; art. 54 al. 2 CPP AI; art. 72 al. 2 CPP AG; art. 111 al. 3 CPP TG.

⁷⁷ Comme c'était le cas jusqu'à présent dans les cantons qui ne connaissaient pas une telle norme ; voir Hauser/Schweri 1999 § 109 N 22 ; Schmid 1997 N 1224c.

Si le prévenu a été acquitté au cours de la procédure de recours⁷⁸, il sera en principe considéré comme ayant obtenu gain de cause. Les frais de procédure des deux instances vont alors à la charge de la caisse de l'Etat et le prévenu aura droit à une indemnité. Mais l'alinéa 3 déclare applicables les articles 495 et 497 al. 2. De ce fait, le prévenu devra supporter les frais si, par un comportement contraire au droit et fautif, il a lui-même provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu celle-ci plus difficile. Le droit à une indemnisation tombe également. Cependant, on ne pourra imposer au prévenu la prise en charge des frais en vertu de l'article 495 AP et lui refuser des indemnités en invoquant l'alinéa 3 que si la procédure de recours est, elle aussi, due à un comportement contraire au droit et fautif de l'intéressé. Si, par exemple, un prévenu a été acquitté en première instance, il est tout à fait possible, au sens de l'article 495 AP, de mettre à sa charge les frais de procédure exposés à ce stade. Mais si le ministère public se pourvoit en révision et succombe, le prévenu n'aura en règle générale pas à supporter les frais de la procédure de révision. En d'autres termes, il convient de vérifier séparément pour chaque phase de la procédure si celle-ci a été provoquée par un comportement contraire au droit et fautif du prévenu. De même, le règlement des frais et des indemnités doit être examiné séparément à chaque stade de la procédure⁷⁹. Pour le surplus, l'alinéa 3 renvoie à l'article 497 al. 2 AP : le prévenu peut se voir refuser une indemnité lorsque les conditions permettant que la décision sur recours lui soit plus favorable n'ont été réunies que dans la procédure de recours ou lorsque la décision attaquée n'a été modifiée en sa faveur que sur un point accessoire ou dans le cadre du pouvoir d'appréciation du juge.

Indemnité et réparation du tort moral en cas de révision (art. 505 AP)

L'article 3 du Septième protocole additionnel à la CEDH et l'article 14 ch. 6 du PIDCP consacrent l'obligation faite à l'Etat d'indemniser les prévenus condamnés à tort lorsque le jugement a été révisé. Cette *obligation d'indemniser le prévenu acquitté au terme d'une procédure de révision* est également inscrite dans un très grand nombre de codes suisses de procédure pénale⁸⁰. Plusieurs lois de procédure prévoient également un droit à la réparation du tort moral⁸¹.

L'article 505 AP reprend cette obligation d'indemnisation et de réparation du tort moral par le biais d'un renvoi à l'article 499 AP⁸². Cela étant, l'article 501 AP doit être appliqué par analogie, c'est-à-dire que les *sanctions privatives de liberté subies à tort* par le prévenu doivent d'abord être imputées sur les autres sanctions qui n'ont pas encore été exécutées et ne pourront donner lieu à une indemnisation que si cette imputation n'est pas possible. Il incombera à la jurisprudence de déterminer de cas en cas comment opérer l'imputation des prétentions en réparation du tort moral. La jurisprudence devra également se pencher sur la question de savoir dans quelle mesure les nouvelles sanctions prévues par le code pénal –

⁷⁸ On traitera de même les décisions qui ont le même résultat matériel ; tel est le cas lorsque le recours interjeté contre une ordonnance de non-lieu est rejeté ou qu'une affaire se solde devant le tribunal par un classement en raison de l'absence d'une condition à l'action ou de la survenance d'un empêchement à procéder ; voir Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 189 N 4.

⁷⁹ Voir à ce sujet ZR 83 (1984) ; voir également Maurer 1999 576 ss. ; Schmid 1997 N 1223.

⁸⁰ Voir art. 237 PPF ; art. 9 CC et art. 455 CPP ZH ; art. 383 CPP BE ; art. 280 CPP LU ; art. 237 al. 1 CPP UR ; art. 166 CPP OW ; art. 173 CPP NW ; art. 242 CPP FR ; art. 216 CPP SO ; art. 343 CPP SH ; art. 231 CPP AR ; art. 157 CPP AI ; art. 153 CPP GR ; art. 235 CPP AG ; art. 221 al. 3 CPP TG ; art. 319 CPP TI ; art. 205 CPP VS ; art. 367 CPP GE ; art. 376 CPP JU. A ce sujet et à propos de l'obligation de réparer le tort moral, voir Aeschlimann 1997 N 1980 ; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 231 N 1 ss. ; Hauser/Schwieri 1999 § 109 N 19 s. ; Maurer 1999 538 ; Padrutt 1996 Art. 153 N 1 ss. ; Piquerez 2000 N 3579, 4034 ss. ; Schmid 1997 N 1165.

⁸¹ Voir p.ex. art. 9 CC et art. 455 CPP ZH ; art. 383 al. 1 et 400 ch. 3 CPP BE ; art. 280 al. 2 CPP LU ; art. 272 al. 1 CPP SG ; art. 221 al. 3 CPP TG ; art. 319 CPP TI. Voir également « De 29 à l'unité », p. 166.

⁸² Voir « De 29 à l'unité », p. 166.

travaux d'intérêt général ou semi-détention (travail en externat) – peuvent donner lieu, pour autant qu'elles aient été exécutées, à des dommages & intérêts et à une réparation du tort moral après l'annulation du jugement au terme d'une procédure de révision. C'est pourquoi l'article 505 AP parle d'indemnité « *équitable* » et de réparation « *équitable* » du tort moral, renvoyant ici aussi au pouvoir d'appréciation du juge.

29 Entrée en force, communications officielles, dispositions finales

291 Entrée en force et exécution des décisions pénales (Titre 12)

Le code de procédure pénale unifiée doit prévoir des dispositions relatives à *l'entrée en force*¹ des décisions pénales. C'est donc à celle-ci qu'est consacré le chapitre 1 ci-dessous. *L'exécution des décisions pénales* échappe en principe au droit procédural pénal² et c'est surtout dans le code pénal³ et dans la législation complémentaire fédérale et cantonale que devront figurer les règles qui s'y rapportent⁴. En revanche, quelques règles essentiellement procédurales, relatives à l'exécution des jugements, trouveront place dans le futur code de procédure pénale fédéral. Ces dispositions concernent essentiellement les mesures de contrainte nécessaires pour garantir l'exécution des peines ainsi que le paiement des frais de procédure et des prétentions civiles. Il s'agit là, en effet, de questions qui doivent être réglées sur le plan national. Ces règles d'exécution font l'objet du chapitre 2.

291.1 L'entrée en force et sa constatation (chapitre 1, art. 506-508 AP)

Entrée en force (art. 506 AP)

L'alinéa 1 reprend les règles figurant dans différents codes suisses de procédure pénale qui régissent l'entrée en force formelle des jugements, caractérisée par l'irrévocabilité d'une décision finale qui devient ainsi exécutoire et met un terme définitif à la procédure dans l'affaire en cause⁵. L'entrée en force intervient lorsque aucun recours n'a été interjeté dans le délai de dix jours prévu par l'article 454 al. 1 AP, lorsque l'ayant droit a expressément renoncé d'avance à attaquer le jugement ou a retiré son recours. La décision de l'autorité de recours qui refuse d'entrée en matière sur le recours ou rejette celui-ci a le même effet⁶.

L'entrée en force remonte au jour où la décision a été rendue (al. 2), ce qui est important notamment dans ces derniers cas⁷.

L'alinéa 3 complète l'alinéa 1 en ce qui concerne *les décisions contre lesquelles aucun moyen de recours n'est recevable selon la présente loi*. Il s'agit avant tout des décisions de la cour d'appel et de celles de l'autorité de recours. Ces décisions entrent en force au moment où elles sont rendues. Les moyens de recours fédéraux que l'on connaît actuellement, le pourvoi en cassation et le recours de droit public, sont des moyens de recours extraordinaires qui

¹ Sur la notion d'entrée en force et sur la distinction opérée entre l'entrée en force formelle et l'entrée en force matérielle, voir Aeschlimann 1997 N 1655 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 1 ss. ; Maurer 1999 579 ss. ; Piquerez 2000 N 3935 ss. ; Schmid 1997 N 582 ss.

² Voir ch. 121.

³ Voir art. 374 ss. CP / nouv. art. 74 ss. et 375 ss. CP.

⁴ C'est dans le même sens que va le nouv. art. 123 al. 2 cst. qui réserve la compétence de cantons en matière d'exécution des peines.

⁵ Sur l'entrée en force formelle prise dans ce sens, voir Aeschlimann 1997 N 1658 ss. ; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 4 ss. ; Maurer 1999 580 s. ; Piquerez 2000 N 3945 s. ; Schmid 1997 N 585.

⁶ A propos des conditions de l'entrée en force, voir art. 408 al. 1 CPP BE ; art. 231 CPP LU ; art. 246 CPP FR (voir aussi Piller/Pochon 1998 Art. 246.1 ss.); art. 369 CPP SH ; art. 283 CPP SG ; art. 169 CPP AG ; art. 476 al. 1 CPP VD ; art. 316 CPP JU.

⁷ Cette règle figure déjà dans différentes lois cantonales : art. 408 al. 2 et 3 CPP BE ; art. 369 al. 3 CPP SH ; art. 316 al. 2 CPP JU. Pour une solution différente, voir : art. 231 CPP LU ; art. 57 al. 2 CPP SZ ou art. 169 CPP AG (entrée en force par épuisement du délai de recours).

n'empêchent nullement l'entrée en force⁸. Les arrêts du Tribunal fédéral entrent eux aussi en force dès qu'ils ont été prononcés (art. 38 LOJ).

La même règle se retrouve à l'article 57 du projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 8 novembre 2000.

Constatation et communication de l'entrée en force (art. 507 AP)

Les jugements (écrits) doivent indiquer à quel moment ils entrent en force. C'est pourquoi l'alinéa 1 prévoit que l'autorité pénale qui a rendu une décision constate l'entrée en force par *une mention dans ou sur le jugement*.

Afin que les *parties* soient informées de l'entrée en force du jugement, circonstance qui les intéressera nécessairement, l'alinéa 2 prévoit que cette entrée en force doit être portée à leur connaissance dès lors que le dépôt d'un recours leur avait été communiqué.

En cas de litige sur l'entrée en force du jugement, il appartient à l'autorité qui a rendu la décision de trancher (al. 3). Si elle a été rendue par le ministère public, l'autorité pénale compétente en matière de contraventions ou le tribunal de première instance, la décision en matière d'entrée en force peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité de recours (al. 4).

Communication de la décision (art. 508 AP)

La communication, notamment aux parties, des décisions est réglée d'une façon générale aux articles 96 et suivants AP. L'article 508 AP, pour sa part, fait obligation à l'autorité pénale de transmettre ses décisions entrées en force aux autorités qui doivent en être informées pour pouvoir s'acquitter de leur tâche. Il s'agit en premier lieu des autorités chargées de l'exécution des peines (lit. a) et des autorités du casier judiciaire de la Confédération dans la mesure où les décisions doivent être inscrites au registre ou si elles conduisent à la modification ou à la radiation d'inscriptions conformément aux articles 359 ss. CP / nouv. art. 368 ss. CP (lit. b). D'autres obligations de communiquer les décisions entrées en force – par exemple au ministère public de la Confédération – résultent de l'article 33 al. 4 AP.

291.2 Exécution des décisions pénales (chapitre 2, art. 509-514 AP)

291.21 Exécution des peines et mesures (section 1, art. 509-511 AP)

Généralités (art. 509 AP)

L'article 509 AP illustre ce qui a été dit ci-dessus, à savoir que, hormis quelques règles de procédure, l'exécution des peines ne relève pas de la présente loi mais de diverses dispositions ad hoc du droit fédéral, que l'on trouve notamment dans le code pénal, et du droit cantonal.

Comme l'exécution des peines relève de la compétence des autorités cantonales, il incombe notamment au législateur cantonal de prévoir une *voie de recours contre les décisions en matière d'exécution* dans la mesure où celles-ci ne sont pas prises par le juge et tombent donc

⁸ A ce sujet, voir Aeschlimann 1997 N 2000 ; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 5 ; Maurer 1999 450 ; Oberholzer 1994 569 s. ; Piquerez 2000 N 3731 ss., 3982 ; Schmid 1997 N 585.

sous le coup du code de procédure pénale fédéral⁹. Il incombe également au droit de l'exécution des peines de dire à quelles conditions les prévenus peuvent bénéficier d'un défenseur commis d'office dans le cadre de cette procédure administrative.

Garantie de l'exécution des sanctions privatives de liberté (art. 510 AP)

L'article 510 AP contient quelques principes relatifs au moment où la peine doit être exécutée et aux mesures de contrainte qui peuvent être employées pour garantir l'exécution des peines. Ce qu'il faut relever dans cette disposition, c'est que l'autorité en charge de l'exécution des peines – il s'agira généralement d'une autorité administrative cantonale – peut ordonner, par exemple s'il y a risque de fuite, la détention provisoire du prévenu, pour autant que le tribunal qui a rendu le jugement de condamnation n'ait pas déjà ordonné la détention de sécurité en application des articles 245 al. 4 ss. et 246 al. 3 AP. Cette mesure doit cependant être confirmée par le tribunal qui a prononcé en dernier ressort la sanction à exécuter ou, dans le cas d'une ordonnance pénale, par le tribunal des mesures de contrainte (al. 3 et 4).

Prescription de la peine (art. 511 AP)

L'article 511 AP prescrit aux autorités d'exécution *d'examiner d'office* si la prescription de la peine est acquise (art. 73 à 75 CP / nouv. art. 99-101 CP. Voir al. 1 et 2.). En cas de litige sur la prescription, la question peut être portée devant l'autorité de recours du canton d'exécution (al. 3)¹⁰.

Si le prévenu a subi une sanction privative de liberté prescrite, il peut prétendre pour cela, en application par analogie de l'article 501, à une indemnité et à une réparation du tort moral¹¹ (al. 4).

291.22 Exécution des frais de procédure et des prétentions civiles (section 2, art. 512-514 AP)

Frais de procédure et autres prestations financières (art. 512 AP)

L'article 512 règle un certain nombre de questions qui se posent en rapport avec l'exécution des prétentions de l'Etat en paiement des frais de procédure et autres prestations financières qui lui sont dues, telles que les peines pécuniaires (nouv. art. 34 et suivants CP), les amendes (art. 48-49 CP / nouv. art. 103 ss. CP) ou les créances compensatrices (art. 59 ch. 2 CP / nouv. art. 71 CP). Il ne saurait incomber au code de procédure pénale fédéral de régler en détail les modalités de recouvrement de ces prétentions ; celles-ci trouveront donc place dans l'ordonnance d'exécution du Conseil fédéral (al. 1).

L'alinéa 2 attribue à la Confédération et aux cantons la compétence de désigner les autorités chargées du *recouvrement de ces prestations financières résultant des jugements*. Il va de soi que les autorités compétentes pourront, au besoin, recourir aux moyens qu'offre la loi sur les poursuites pour parvenir à leurs fins.

⁹ Voir à ce sujet les explications fournies à propos de l'art. 390 AP.

¹⁰ Voir p.ex. art. 422 ss. CPP BE; art. 312 CPP LU; art. 255 CPP UR; art. 393 ss. CPP JU.

¹¹ Voir notamment art. 425 al. 2 CPP BE

L'alinéa 3 instaure un *droit général de compensation* en faveur de la Confédération et des cantons. Ceux-ci peuvent dès lors compenser leurs créances en frais et indemnités au sens de l'alinéa 1 avec les prétentions d'indemnités que la partie débitrice possède envers l'Etat à raison de la même procédure ou d'une procédure différente. Il appartiendra à la pratique d'appliquer ce droit de compensation avec la réserve nécessaire, notamment lorsqu'il s'agira d'opérer la compensation avec des prétentions du prévenu en compensation du dommage et en réparation du tort moral causés par les mesures de contrainte qu'il a subies, notamment la privation de liberté¹². Mais la compensation peut aussi être opérée avec des valeurs patrimoniales qui – confisquées en application des articles 273 et suivants AP – se trouvent en possession de la Confédération ou des cantons et devraient, en fait, être restituées à l'intéressé.

Exécution des jugements pénaux dans leur aspect civil (art. 513 AP)

L'article 513 AP souligne que les jugements portant sur des prétentions civiles rendus par le juge pénal échappent aux dispositions de la présente loi et à celles d'autres actes législatifs fédéraux ou cantonaux relatifs à l'exécution des jugements. Le texte qui entre plutôt en considération est la loi sur la poursuite pour dettes, c'est-à-dire que la partie plaignante qui l'emporte au pénal doit faire valoir ses créances en argent par la voie de la poursuite pour dettes et ses autres prétentions (p.ex. demande en restitution d'un objet volé) par le biais de l'exécution forcée dans le cadre d'une procédure civile¹³.

291.23 Publications officielles (section 3, art. 514 AP)

Objet (art. 514 AP)

L'avant-projet, tout comme le code pénal, prévoit différentes publications officielles (voir p. ex. art. 277 al. 6 AP ou l'art. 59 ch. 1 al. 4 CP / nouv. art. 70 al. 4 CP). Il paraît judicieux de laisser à la Confédération et aux cantons le soin de désigner les autorités chargées d'y procéder. De même la procédure applicable aux publications officielles n'a pas sa place dans la présente loi. Les détails seront réglés par le Conseil fédéral dans l'ordonnance d'application.

¹² Voir p.ex. art. 241 CPP AR; à ce sujet, voir Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 241 N 4.

¹³ Tel est déjà le cas dans plusieurs codes de procédure cantonaux. Voir p.ex. art. 431 al.1 CPP BE; art. 310 CPP LU; art. 258 CPP UR; art. 203 CPP BS; art. 479 CPP VD; art. 292 CPP NE; art. 389 CPP JU.

292 Dispositions complémentaires, finales et transitoires (Titre 13)

Ce titre 13 ne sera formulée de façon détaillée que dans le cadre du projet définitif¹. Un premier chapitre contiendra tout d'abord les prescriptions relatives à *l'entrée en vigueur* de la présente loi. Il conviendra également d'y fixer un délai dans lequel la Confédération et les cantons devront promulguer leur loi d'introduction du présent code de procédure pénale fédéral.

Dans un deuxième chapitre, il s'agira de procéder aux inévitables *modifications et suppressions de lois ou dispositions isolées à corriger ou devenues sans objet* (notamment dans le code pénal) du fait de l'introduction du code de procédure pénale fédéral.

Enfin, un troisième chapitre devra accueillir un certain nombre de dispositions transitoires destinées à fixer les modalités d'application de la présente loi aux procédures pendantes au moment de son entrée en vigueur.

¹ Voir supra ch. 132 in fine.

Liste des abréviations

Les cantons sont désignés par leur abréviation usuelle.

| | |
|----------------------|--|
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis, Lachen |
| Anc. art. | Disposition de l'ancien droit |
| Art. | Article |
| ATF | Arrêt du Tribunal fédéral |
| Auditions | Voir la liste des ouvrages et rapports cités |
| BO | Bulletin officiel (également appelé Bulletin sténographique) |
| CC | Constitution cantonale |
| CCS | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| CEDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101) |
| cst. | Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101) |
| Ch. | Chiffre |
| CO | Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220) |
| Commission d'experts | Commission d'experts «Unification de la procédure pénale» |
| Concordat | Concordat du 5 novembre 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (RS 351.71) |
| CP | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) |
| CPC | Code de procédure civile |
| CPP | Code de procédure pénale |
| CPPM | Code de procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1) |
| DComm. eur. | Décision de la Commission européenne des droits de l'homme |
| DCour eur.DH | Décision de la Cour européenne des droits de l'homme |
| De 29 à l'unité | Voir la liste des ouvrages et rapports cités |
| DPA | Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0) |
| EIMP | Loi fédérale sur l'entraide en matière internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale) du 20 mars 1981 (RS 351.11) |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte Zeitschrift, Kehl am Rhein |
| FF | Feuille fédérale |
| In fine | A la fin |
| JAAC | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| KGZ | Décision non publiée de la Cour de cassation du canton de Zurich |
| Kriminalistik | Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, Heidelberg (<i>Revue de criminologie scientifique et pratique</i>) |
| LAO | Loi fédérale sur les amendes d'ordre du 24 juin 1970 (RS 741.03) |
| LAVI | Loi fédérale du 18 novembre 1992 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.51) |
| LCR | Loi sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01) |
| LI | Loi d'introduction |
| Lit. | Lettre |
| LLCA | Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (loi sur les avocats, RS 935.61) |
| Loc.cit. | A l'endroit cité précédemment |
| LOJ | Loi d'organisation judiciaire |
| LPD | Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1) |
| Message PG CP | Voir la liste des ouvrages et rapports cités |
| Note | Note de pied de page |

| | |
|------------|--|
| nouv. art. | Disposition de la nouvelle partie générale du code pénal selon les projets présentés dans le message du conseil fédéral (PG CP) de 1998 |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung, Zurich |
| OJ | Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110); actes cantonaux : loi d'organisation judiciaire |
| PG CP | Partie générale du code pénal |
| PIDCP | Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) |
| PPF | Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) |
| Pra | Die Praxis. Arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances. Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, Bâle. |
| PS CP | Partie spéciale du code pénal |
| recht | Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Berne) |
| RFJ/FZR | Revue Fribourgeoise de Jurisprudence/Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung, Fribourg |
| RJB | Revue des juristes bernois, Berne |
| RKG | Rapport d'activité de la Cour de cassation du canton de Zurich, Zurich |
| ROLF | Recueil officiel des lois fédérales |
| RS | Rechtsprechung in Strafsachen (<i>jurisprudence pénale</i>), Berne |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSJ | Schweizerische Juristenzeitung (Revue suisse des juristes), Zurich |
| TA | Tages Anzeiger (Zurich) |
| Z (ZStrR) | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (<i>Revue suisse de droit pénal</i>), Berne |
| ZBl | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zurich |

Liste des ouvrages et rapports cités

(Tous ces ouvrages sont cités dans les notes de pied de page)

Aebersold Peter: Electronic monitoring: Is big brother watching you? Z 116 (1998) 367

Cité: Aebersold 1998

Aeschlimann Jürg: Bemerkungen zu neuen Entwicklungen und Tendenzen in der Strafjustiz, RSJ 84 (1988) 316

Cité: Aeschlimann 1988

Aeschlimann Jürg: Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, Z 109 (1992) 355

Cité: Aeschlimann 1992

Aeschlimann Jürg: Einführung in das Strafprozessrecht. Die neuen Berner Gesetze, Berne /Stuttgart/Vienne 1997

Cité: Aeschlimann 1997

De 29 à l'unité. Concept d'un code de procédure pénale fédéral. Rapport de la Commission d'experts «Unification de la procédure pénale», DFJP, Berne, décembre 1997

Cité: De 29 à l'unité

De 29 à l'unité. Auditions sur le rapport de la Commission d'experts «Unification de la procédure pénale», procès-verbaux et prises de position écrite, Office fédéral de la justice, juillet 1998.

Cité: Auditions

Bänziger Felix/*Stolz* August/*Kobler* Walter: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., 2ème éd., Herisau 1992

Cité: Bänziger/Stolz/Kobler 1992

Becker Monika et *Kinzig* Jörg (éditeurs): Rechtsmittel im Strafrecht. Eine internationale vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln, Vol. 1: Rechtsvergleichender Teil, Freiburg i.Br. 2000

Cité: (auteur) in: Becker/Kinzig 2000

Bénédict Jérôme: Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, thèse Lausanne 1994

Cité: Bénédict 1994

Bommer Felix: DNA-Analyse zu Identifikationszwecken im Strafverfahren. Bemerkungen zur Regelung im Vorentwurf für ein Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, Z 118 (2000) 131

Cité: Bommer 2000

Message relatif à la modification du code pénal suisse (Dispositions générales, introduction et application de la loi pénale) et du code pénal militaire et à la loi fédérale sur le droit pénal des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 1979 ss.

Cité: Message PG CP (selon édition séparée)

Bovay Benoît/Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe: Procédure pénale vaudoise. Code annoté, Lausanne 1995
Cité: Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995

Braun Robert: Das abgekürzte Verfahren nach der StPO des Kantons Bâle -Landschaft vor dem Hintergrund der Diskussion um informelle Absprachen im Strafprozess, AJP 2/2001 147
Cité: Braun 2001

Brun Theobald: Die Beschlagnahme von Bankdokumenten in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Thèse Zurich 1996
Cité: Brun 1996

Camenzind Hugo/Inkamp Jürgen: Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei, dargestellt am Beispiel der Strafprozessordnung des Kantons Zurich , Z 117 (1999) 197
Cité: Camenzind/Inkamp 1999

Clerc François: Initiation à la Justice Pénale en Suisse, I. Notions préliminaires et principes directeurs, Neuchâtel 1975
Cité: Clerc 1975

Coquoz Raphaël: Profils ADN: matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire. Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN, Z 118 (2000) 161
Cité: Coquoz 2000

Donatsch Andreas: Vereinbarungen im Strafprozess, in: J. Gauthier/D. Marty/N. Schmid, Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, FS zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Z 110 (1992) 159
Cité: Donatsch 1992

Donatsch Andreas: Der Strafbefehl und andere ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einspruchsmöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, Z 112 (1994) 317
Cité: Donatsch 1994

Donatsch Andreas/Schmid Niklaus: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zurich, Zurich 1996 ss. (Loseblatt)
Cité: (auteur) in: Donatsch/Schmid 1996 (1999; 2000)

Donatsch Andreas: Der amtliche Sachverständige und der Privatgutachter im Zürcher Strafprozess, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kt. Zürich , Zurich 2000.
Cité: Donatsch 2000

Dubs Hans: Totalrevision der Strafprozessordnung des Kantons Bâle -Stadt (Gesetz vom 8. Januar 1997)
Cité: Dubs 2000

Gomm Peter/Stein Peter/Zehntner Dominik: Kommentar zum Opferhilfegesetz, Berne 1995
Cité: Gomm/Stein/Zehntner 1995

Frank Richard/Sträuli Hans/Messmer Georg: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^{ème} éd., Zurich 1997
Cité: Frank/Sträuli/Messmer 1997

Forster Marc: Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBl 1992 457
Cité: Forster 1992

Graf Titus: Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren. Dargestellte anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, Zurich 2000 (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band 116)
Cité: Graf 2000

Habscheid Walther J: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2^{ème} éd., Bâle /Francfort 1990
Cité: Habscheid 1990

Haefelin Ulrich/Haller Walter: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4^{ème} éd., Zurich 1998
Cité: Haefelin/Haller 1998

Haefelin Ulrich/Haller Walter: Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Supplément à la 4^{ème} éd. «Die neue Bundesverfassung», Zurich 2000
Cité: Haefelin/Haller 2000

Haefliger Arthur/Schürmann Frank: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2^{ème} éd., Berne 1999
Cité: Haefliger/Schürmann 1999

Hauser Robert: Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zurich 1974
Cité: Hauser 1974

Hauser Willy/Hauser Robert: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zurich, Zurich 1978
Cité: Hauser/Hauser 1978

Hauser Robert/Schweri Erhard: Schweizerisches Strafprozessrecht, 4^{ème} éd., Bâle /Francfort 1999
Cité: Hauser/Schweri 1999

Kleinknecht Theodor/Meyer-Gossner Lutz: Strafprozessordnung, 44^{ème} éd., Munich 1999
Cité: Kleinknecht/Meyer-Gossner 1999

Kley Andreas: Zeugenschutz im internationalen Recht, AJP 2000 177
Cité: Kley 2000

Kolly Gilbert: Anordnung der Beugehaft: Entscheid über eine strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK?, RFJ/FZR 1992 27
Cité: Kolly 1992

Kolly Gilbert: Zum Verschlechterungsgebot im schweizerischen Strafprozess, Z 112 (1995) 294

Cité: Kolly 1995

Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bâle /Zurich /Berne 1990 ss.

Cité: (auteur) in Commentaire de la CF année art. x n° y.

Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Bâle /Frankfurt a.M 1995

Cité: (auteur) in Commentaire de la LPD art. x n° y

Kuhn André: Le plea bargaining américain est-il propre à inspirer le législateur suisse? Z 116 (1998) 73

Cité: Kuhn 1998

Lentjes Meili Christiane: Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung. Insbesondere bei Bankabfragen und Beschlagnahmungen. Thèse Zurich 1996 (Schweizer Schriften zum Bankrecht Bd. 41, Zurich 1996)

Cité: Lentjes Meili 1996

Lobsiger Adrian D.: «Verbrechensbekämpfung» durch den Bund? Thèse Bâle , Berne 1999

Cité: Lobsiger 1999

Maurer Thomas: Das Bernische Strafverfahren, Berne 1999

Cité: Maurer 1999

Maurer Thomas: Opferhilfe zwischen Anspruch und Wirklichkeit, RJB 136 (2000) 305

Cité: Maurer 2000

Meier Isaak: Bundesanwaltsgesetz: Probleme in der Praxis, plädoyer 5/00 30

Cité: Meier 2000

Mettler Christoph: Verteidigung vor dem Haftrichter notwendig, plädoyer 1/00 28

Cité: Mettler 2000

Müller Hansruedi: Das Rechtshilfekonkordat in der Praxis, Z 115 (1997) 3

Cité: Hansruedi Müller 1997

Müller Jörg Paul: Grundrechte in der Schweiz, 3^{ème} éd., Berne 1999

Cité: Müller 1999

Müller Peter: Revision des Allgemeinen Teils des StGB und Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. Themen, Kontroversen, Zeitpläne, recht 1997 190

Cité: Müller 1997

Müller Peter: Effektivität und Effizienz in der Strafverfolgung, Z 116 (1998) 273

Cité: Müller 1998

Müller-Hasler Elisabeth: Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Thèse Zurich 1998

Cité: Müller-Hasler 1998

Oberholzer Niklaus: Informelle Absprachen im Strafverfahren, AJP 1992 7

Cité: Oberholzer 1992

Oberholzer Niklaus: Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell? Z 111 (1993) 157

Cité: Oberholzer 1993

Oberholzer Niklaus: Die anlassfreie Atemalkoholkontrolle, AJP 1993 797

Cité: Oberholzer AJP 1993

Oberholzer Niklaus: Grundzüge des Strafprozessrechts. Dargestellt am Beispiel des Kantons St.Gallen, Berne 1994

Cité: Oberholzer 1994

Padrutt Willy: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2^{ème} éd., Coire 1996

Cité: Padrutt 1996

Peters Karl: Strafprozessrecht, 4^{ème} éd., Heidelberg 1985

Cité: Peters 1985

Piller Damien/Pochon Claude: Commentaire du Code de procédure pénale du Canton de Fribourg du 14 novembre 1996, Fribourg 1998

Cité: Piller/Pochon 1998

Piquerez Gérard: L'avenir de la procédure pénale en Suisse, Z 109 (1992) 366

Cité: Piquerez 1992

Piquerez Gérard: Commentaire du code de procédure pénale jurassien du 13 décembre 1990, Fribourg 1993, Tome I

Cité: Piquerez 1993

Piquerez Gérard: Les droits de la défense dans le procès pénal suisse, en Procédure pénale. Droit international. Entraide pénale. Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1997

Cité: Piquerez 1997

Piquerez Gérard: Procédure Pénale Suisse, Zurich 2000

Cité: Piquerez 2000

Poncet Dominique: Le nouveau Code de procédure pénale genevois annoté, Genève 1978

Cité: Poncet 1978

Poncet Dominique: Le système accusatoire dans la pratique. Essai de comparaison: Etats-Unis, Italie et Suisse. Repertorio di giurisprudenza patria 1994 No. 1
Cité: Poncet 1994

Rehberg Jörg: Zur «Prozessfähigkeit» des Beschuldigten im Strafverfahren, in: FS für H.U. Walder, Zurich 1994, 243
Cité: Rehberg 1994

Rehberg Jörg, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 6^{ème} éd., Zurich 1996
Cité: Rehberg 1996

Rehberg Jörg/Markus Hohl: Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zurich 1992
Cité: Rehberg/Hohl 1992

Riklin Franz: Die Regelung des Abwesenheitsverfahrens in der Schweiz aus der Sicht der EMRK, in: Beiträge zum europäischen Recht, Festgabe Juristentag 1993, Fribourg 1993, 337
Cité: Riklin 1993

Riklin Franz: Zu den Auswirkungen einer eidgenössisch vereinheitliche Strafprozessordnung auf die kantonale Behördenorganisation, in: Solothurner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn 1998, 641
Cité: Riklin 1998

Riklin Franz: Die neue Freiburger Strafprozessordnung vom 14.11.1996, Z 117 (1999) 27
Cité: Riklin 1999

Rohner Franziska: Der anonyme Zeuge. In: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.) Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zurich 1999, 447
Cité: Rohner 1999

Roth Robert/Kellerhals Christophe/Leroy David/Mathey Joëlle; La protection de la victime dans la procédure pénale. Rapport d'évaluation rédigé sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Genève/Berne 1997
Cité: Roth/Kellerhals/Leroy/Mathey 1997

Roxin Claus: Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 25^{ème} éd., Munich 1998
Cité: Roxin 1998

Ruckstuhl Niklaus, Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Bâle -Land vom 3. Juni 1999, Z 118 (2000) 424
Cité: Ruckstuhl 2000

Rusca Michele/Salmina Edy/Verda Carlo: Commento del Codice di Procedura Penale ticinese, Lugano 1997
Cité: Rusca/Salmina/Verda 1997

Salvioni Niccolò; Codice die Procedura penale della Repubblica e Cantone del Ticino, annotato con estratti dai lavori legislativi preparatori, Bellinzona 1999

Cité: Salvioni 1999

Schindler Benjamin: *Miranda Warning* – bald auch in der Schweiz? In: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.) Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zurich 1999, 465

Cité: Schindler 1999

Schlauri Regula: Abgekürztes Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Bâle land und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen *plea bargaining*? In: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.) Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zurich 1999, 479

Cité: Schlauri 1999

Schleiminger Dorrit: Konfrontation im Strafprozess. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschutz im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige, Thèse Fribourg 2000, Bâle 2001

Cité: Schleiminger 2001

Schlüter Jan: Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, Francfort /Berlin/Berne /Bruxelles/NewYork/Vienne 2000

Cité: Schlüter 2000

Schmid Niklaus: Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung. 2^{ème} éd., Heidelberg 1993

Cité: Schmid 1993

Schmid Niklaus: Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Prozessrecht, Z 110 (1994) 87

Cité: Schmid 1994

Schmid Niklaus: Das zürcherische Abwesenheitsverfahren nach Aufhebung von StPO § 197, FS J. Rehberg, Zurich 1996, 285

Cité: Schmid 1996

Schmid Niklaus: Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zurich und des Bundes, Zurich 1997

Cité: Schmid 1997

Schmid Niklaus (éditeur): *Ackermann* Jürg-Beat/*Arzt* Gunther/*Berne asconi* Paolo/*Schmid* Niklaus: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zurich 1998

Cité: (auteur) in: Schmid (éditeur) 1998

Schmid Niklaus: Strafrechtliche Beschlagnahme und die besonderen Möglichkeiten des Geschädigten nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB sowie Art. 60 StGB, in: Niklaus Schmid/Jürg-Beat Ackermann, Wiederlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Recht, Europa Institut Zürich Bd. 25, Zurich 1999

Cité: Schmid 1999

Schubarth Martin: Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine ausgesprochene Strafe oder Entschädigung für ungerechtfertigte Untersuchungshaft), Z 116 (1998) 112

Cité: Schubarth 1998

Schultz Hans: Die Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss StrGB Art. 320, Kriminalistik 1979 369

Cité: Schultz 1979

Stratenwerth Günter: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2^{ème} éd., Berne 1996

Cité: Stratenwerth 1996

Trechsel Stefan: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2^{ème} éd., Zurich 1997

Cité: Trechsel 1997

Vogel Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts, 5^{ème} éd., Berne 1999

Cité: Vogel 1999

Vogel Susanne: Die Auskunftsperson im Zürcher Strafprozess, Thèse Zurich 1999 (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, vol. 112)

Cité: Susanne Vogel 1999

Walder-Richli Hans-Ulrich: Zivilprozessrecht, 4^{ème} éd., Zurich 1996

Cité: Walder-Richli 1996

Weder Ulrich: Zum Postulat der Teilnahme der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren im Kanton, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, 445

Cité: Weder 2000

Wolffers Beat: Das Schuldinterlokut in der Schweiz, insbesondere im Kanton Bern, Z 117 (1999) 215

Cité: Wolffers 1999

Zalunardo-Walser Roberto: Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Thèse Zurich 1998

Cité: Zalunardo-Walser 1998

Zermatten Jean: Réflexions sur la réalités de la justice des mineurs et la séparation des fonctions judiciaires, Z 107 (1990) 367

Cité: Zermatten 1990

Zermatten Jean: De quelques caractéristiques de l'intervention judiciaire face aux mineurs délinquants, Revue valaisanne de jurisprudence/Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, 30 (1996) 197

Cité: Zermatten 1996

Table des matières

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | Introduction | 3 |
| 11 | La situation actuelle | 3 |
| 111 | Le débat scientifique | 3 |
| 112 | L'évolution politique | 3 |
| 112.1 | Nouvelles catégories de criminalité | 3 |
| 112.2 | Les différentes étapes de l'harmonisation intercantonale | 4 |
| 112.3 | Interventions parlementaires et initiatives cantonales | 4 |
| 112.4 | La base constitutionnelle de l'unification | 4 |
| 113 | Diverses raisons plaident pour l'unification | 4 |
| 12 | La genèse du projet | 6 |
| 121 | La commission d'experts | 6 |
| 121.1 | Einsetzung und Auftrag | 6 |
| 121.2 | Rapport intermédiaire | 6 |
| 121.3 | Concept « De 29 à l'unité » | 6 |
| 122 | Auditions | 7 |
| 123 | Préparation de l'avant-projet | 8 |
| 124 | Avant-projet de procédure pénale pour mineurs | 8 |
| 13 | Les grands traits du code de procédure pénale fédéral selon l'avant-projet | 9 |
| 131 | Considérations générales sur l'avant-projet | 9 |
| 132 | Survol de l'avant-projet | 12 |
| 133 | Déroulement d'une procédure pénale ordinaire conformément à l'avant-projet de CPPF | |
| 14 | Modèle unifié de poursuite pénale | 15 |
| 141 | Les quatre types des procédure préliminaire: les modèles « juge d'instruction » I et II ainsi que les modèles «ministère public» I et II | 15 |
| 141.1 | Le modèle « juge d'instruction » I | 15 |
| 141.2 | Le modèle « juge d'instruction II » | 17 |
| 141.3 | Modèle « ministère public I » | 17 |
| 141.4 | Modèle « ministère public II » | 18 |
| 142 | Le modèle « ministère public » de l'avant-projet | 18 |
| 142.1 | Les grandes lignes du concept | 18 |
| 142.2 | Les raisons qui ont guidé le choix du modèle « ministère public » | 19 |

| | | |
|-------|--|----|
| 142.3 | Les incidences du modèle « ministère public » sur l'organisation autorités cantonales d'instruction et d'accusation | 22 |
| 142.4 | Les incidences du modèle « ministère public » sur l'organisation des autorités judiciaires | 23 |
| 142.5 | Les incidences du modèle « ministère public » sur les coûts de la justice | 23 |
| 143 | Les alternatives | 24 |
| 143.1 | L'alternative du modèle « juge d'instruction II » | 24 |
| 143.2 | L'alternative du modèle « juge d'instruction I » | 25 |
| 15 | Nouveaux instruments et formes de procédure | 26 |
| 151 | Généralités | 26 |
| 152 | Innovations marquantes de l'avant-projet | 26 |
| 16 | Instruments de procédure écartés | 28 |
| 161 | La procédure de l'accusation privée | 28 |
| 162 | La réglementation de l'institution du « témoin de la Couronne » | 29 |
| 2 | Partie spéciale | 31 |
| 21 | Introduction | 31 |
| 211 | Application de la présente loi en général (chapitre 1, art. 1 - 2 AP) | 31 |
| 212 | Les principes régissant la procédure pénale (chapitre 2, art. 3 – 12 AP) | 32 |
| 22 | Autorités pénales (Titre 2) | 40 |
| 221 | Attributions (chapitre 1, art. 13-27 AP) | 40 |
| 221.1 | Généralités (section 1, art. 13-15 AP) | 40 |
| 221.2 | Police (section 2, art. 16-17 AP) | 41 |
| 221.3 | Ministère public (section 3, art. 18-20 AP) | 42 |
| 221.4 | Autorités pénales compétentes en matière de contraventions (section 4, art. 21 AP) | 43 |
| 221.5 | Tribunal des mesures de contrainte (section 5, art. 22 AP) | 44 |
| 221.6 | Tribunal de première instance (section 6, art. 23-24 AP) | 45 |
| 221.7 | Autorités pénales des mineurs (section 7, art. 25) | 46 |
| 221.8 | Autorité de recours (section 8, art. 26 AP) | 46 |
| 221.9 | Cour d'appel (section 9, art. 27 AP) | 47 |

| | | |
|-------|--|----|
| 222 | Compétence matérielle (chapitre 2, articles 28-37 AP) | 48 |
| 222.1 | Juridiction cantonale (section 1, art. 28 AP) | 48 |
| 222.2 | Juridiction fédérale (section 2, art. 29-34 AP) | 48 |
| 222.3 | Compétence en cas de concours d'infractions (section 3, art. 35-37 AP) | 49 |
| 223 | For (chapitre 2, art. 38-49 AP) | 50 |
| 223.1 | Généralités (section 1, art. 38-40 AP) | 51 |
| 223.2 | Fors particuliers (section 2, art. 41-47 AP) | 51 |
| 223.3 | Procédure (section 3, art. 47- 49 AP) | 54 |
| 224 | Entraide judiciaire nationale (chapitre 4, art. 50-60 AP) | 55 |
| 224.1 | Généralités (section 1, art. 50-54) | 55 |
| 224.2 | Actes de procédure accomplis à la demande de la Confédération ou d'un autre canton (section 2, art. 55-58 AP) | 57 |
| 224.3 | Actes de procédure dans un autre canton (section 3, art. 59-60 AP) | 58 |
| 225 | Entraide judiciaire internationale (chapitre 5, art. 61 AP) | 59 |
| 226 | Récusation (chapitre 6, art. 62-66 AP) | 60 |
| 227 | Direction de la procédure (chapitre 7, art. 67-70 AP) | 62 |
| 228 | Actes de procédure des autorités pénales (chapitre 8, art. 71 – 113 AP) | 63 |
| 228.1 | Généralités (section 1, art. 71-75 AP) | 64 |
| 228.2 | Publicité de la procédure et des débats (section 2, art. 76-79 AP) | 66 |
| 228.3 | Devoirs de discrétion et d'information (section 3, art. 80-82 AP) | 69 |
| 228.4 | Procès-verbaux (section 4, art. 83-90 AP) | 71 |
| 228.5 | Décisions (section 5, art. 91-95 AP) | 74 |
| 228.6 | Prononcé des décisions; communications; notifications (section 6, art. 96-101 AP) | 76 |
| 228.7 | Délais; termes; restitution (section 7, art. 102-107 AP) | 76 |
| 228.8 | Protection des données en procédure pénale (section 8, art. 108-109 AP) | 77 |
| 228.9 | Dossiers et consultation des dossiers (section 9, art. 110-113) | 80 |
| 23 | Les parties et les autres personnes impliquées dans la procédure (Titre 3) | 83 |
| 231 | Dispositions générales (chapitre 1, art 114-119 AP) | 83 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 231.1 | Définition et statut (section 1, art. 114-118 VE) | 83 |
| 231.2 | Actes de procédure des parties (section 2, art. 119-120 AP) | 87 |
| 232 | Le prévenu (chapitre 2 , art. 121-123 AP) | 88 |
| 233 | Le lésé, la victime et la partie plaignante (chapitre 3, art. 124 – 132 AP) | 90 |
| 233.1 | Le lésé et la victime (section 1, art. 124 AP) | 90 |
| 233.2 | La partie plaignante (section 2, art. 125-128 AP) | 90 |
| 233.3 | Conclusions civiles (section 3, art. 129-132 AP) | 92 |
| 234 | Le défenseur, le conseil et le représentant (chapitre 4, art. 133-144 AP) | 96 |
| 234.1 | Généralités (section 1, art. 133-134 AP) | 96 |
| 234.2 | Le défenseur (section 2, art. 135-142 AP) | 98 |
| 234.3 | Assistance d'un conseil gratuite et assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante (section 3, art. 143-144 AP) | 104 |
| 24 | Moyens de preuve (Titre 4) | 106 |
| 241 | Les preuves et leur administration (chapitre 1, art. 145-165 AP) | 106 |
| 241.1 | Règles générales de l'administration des preuves (section 1, art. 145-147 AP) | 106 |
| 241.2 | Moyens de preuve obtenus illégalement (section 2, art. 148-150 AP) | 110 |
| 241.3 | Auditions en général (section 3, art. 151-155 AP) | 110 |
| 241.4 | Confrontations et droits de participation des parties (section 4, art. 156-159 AP) | 112 |
| 241.5 | Mesures de protection (section 5, art. 160-165 AP) | 115 |
| 242 | Audition du prévenu (chapitre 2, art. 166-171 AP) | 122 |
| 242.1 | Généralités (section 1, art. 166-168 AP) | 122 |
| 242.2 | Interrogatoire par le ministère public et les tribunaux (section 2, art. 169-171 AP) | 126 |
| 243 | Témoins (chapitre 3, art. 172-185 AP) | 127 |
| 243.1 | Généralités (section 1, art. 172-175 AP) | 127 |
| 243.2 | Droits de refuser de témoigner (section 2, art. 176-183 AP) | 129 |
| 243.3 | Audition des témoins (section 3, art. 184-185 AP) | 136 |
| 244 | Personnes entendues aux fins de renseignement (art. 186-189 AP) | 137 |
| 244.1 | Définition (section 1, art. 186-187 AP) | 138 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 244.2 | Statut et audition des personnes entendues aux fins de renseignement (section 2, art.188-189 AP) | 140 |
| 245 | Les experts (chapitre 5, art. 190-199 AP) | 142 |
| 245.1 | Généralités (section 1, art. 190-191 AP) | 142 |
| 245.2 | Désignation de l'expert; établissement de l'expertise (section 2, art. 192-195) | 142 |
| 245.3 | Dépôt de l'expertise (section 3, art. 196-199 AP) | 143 |
| 246 | Moyens de preuve matériels (chapitre 6, art. 200-206 AP) | 144 |
| 246.1 | L'objet de la preuve (section 1, art. 200-201 AP) | 144 |
| 246.2 | Inspection (section 2, art. 202-204) | 144 |
| 246.3 | Edition de dossiers et de rapports (section 3, art. 205-206 AP) | 145 |
| 25 | Mesures de contrainte (Titre 5) | 146 |
| 251 | Généralités (chapitre 1, art. 207-212 AP) | 146 |
| 251.1 | Définition et conditions générales (section 1, art. 207-208 AP) | 146 |
| 251.2 | Ordonnance et exécution (section 2, art. 209-212 AP) | 147 |
| 252 | Mandat de comparution, mandat d'amener et recherches (chapitre 2, art. 213-222 AP) | 148 |
| 252.1 | Mandat de comparution (section 1, art. 213-219 AP) | 148 |
| 252.2 | Mandat d'amener (section 2, art. 220-221 AP) | 151 |
| 252.3 | Recherches de police (section 3, art. 222 AP) | 152 |
| 253 | Privation de liberté, détention préventive et détention de sécurité (chapitre 3, art. 223-253 AP) | 153 |
| 253.1 | Généralités (section 1, art. 223-225 AP) | 153 |
| 253.2 | Appréhension policière, droit de suite; razzia (section 2, art. 226-228 AP) | 154 |
| 253.3 | (section 2, art. 226-228 AP) | 156 |
| 253.4 | Détention préventive (section 4, art. 233-241 AP) | 159 |
| 253.5 | Détention de sécurité (section 5, art. 242-246 AP) | 165 |
| 253.6 | Exécution de la détention préventive et de la détention de sécurité (section 6, art. 247-249 AP) | 168 |
| 253.7 | Mesures de substitution à la détention préventive et à la détention de sécurité (section 7, art. 250-253 AP) | 171 |
| 254 | Fouilles, perquisitions et examens (chapitre 4 ; art. 254-272 AP) | 173 |
| 254.1 | Règles générales (section 1, art. 254-259 AP) | 174 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 254.2 | Perquisition (section 2, art. 260-261 AP) | 176 |
| 254.3 | Fouille de personnes (section 3, art. 262-263 AP) | 177 |
| 254.4 | Examens corporels en général (section 4, art. 264-266 AP) | 177 |
| 254.5 | Analyses d'ADN (section 5, art. 267-268 AP) | 180 |
| 254.6 | Examens à l'occasion de morts suspectes ; autopsies; (section 6, art. 269-271) | 180 |
| 254.7 | Perquisition dans les papiers et autres supports de données (section 7, art. 271-272 AP) | 180 |
| 255 | Le séquestre (chapitre 5, art. 273-280 AP) | 182 |
| 255.1 | Le séquestre en général (section 1, art. 273-278 AP) | 182 |
| 255.2 | Séquestre en couverture des frais (section 2, art. 278) | 186 |
| 255.3 | Séquestre aux fins de restitution aux lésés (section 3, art. 279-280 AP) | 186 |
| 256 | Mesures secrètes de surveillance (chapitre 6, art. 231-318 AP) | 187 |
| 256.1 | Surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (section 1, art. 281-295 AP) | 187 |
| 256.2 | Autres mesures de surveillance techniques (section 2, art. 296 AP) | 188 |
| 256.3 | Observation policière (section 3, art. 297-298 AP) | 189 |
| 256.4 | Investigation secrète (section 4, art. 299-317 AP) | 190 |
| 256.5 | Surveillance des relations bancaires (section 5, art. 318-319 AP) | 190 |
| 257 | Les documents et dossiers du service d'identification judiciaire (chapitre 7 ; art. 320-325 AP) | 192 |
| 257.1 | Généralités sur l'établissement des documents du service de l'identification judiciaire (section 1, art. 320-322 AP) | 193 |
| 257.2 | Conservation des documents et des dossiers du service d'identification judiciaire (section 2, art. 323-324 AP) | 194 |
| 257.3 | Autres registres et fichiers de données policiers (section 3, art. 325 AP) | 195 |
| 26 | Les stades de la procédure ; les procédures particulières | 197 |
| 261 | La procédure préliminaire (Titre 6) | 197 |
| 261.1 | Généralités (chapitre 1, art. 326-349 AP) | 197 |
| 261.11 | Définition et introduction de la procédure préliminaire | |

| | | |
|--------|---|-----|
| | (section 1, art. 326-328 AP) | 197 |
| 261.12 | Droit et devoir de dénoncer (section 2, art. 329-330 AP) | 198 |
| 261.13 | Procédure préliminaire pour les infractions poursuivies sur plainte et celles dont la poursuite est soumise à autorisation (section 3, art. 331-332 AP) | 199 |
| 261.2 | La procédure d'investigation policière (chapitre 2 ; art. 333-337 AP) | 200 |
| 261.21 | But et déroulement (section 1, art. 333-335 AP) | 200 |
| 261.22 | Fin de la procédure d'investigation policière (section 2, art. 336-337) | 201 |
| 261.3 | L'instruction par le ministère public (chapitre 3; art. 338-349 AP) | 202 |
| 261.31 | Généralités et ouverture de l'instruction (section 1, art. 338-341 AP) | 202 |
| 261.32 | Conduite de l'instruction par le ministère public (section 2, art. 342-345) | 205 |
| 261.33 | Procédure en matière d'infractions poursuivies sur plainte en particulier (section 3, art. 346-347 AP) | 207 |
| 261.34 | Clôture de l'instruction (section 4, art. 348-349 AP) | 210 |
| 262 | La procédure intermédiaire (Titre 7) | 211 |
| 262.1 | Le non-lieu (chapitre 1; art. 350-356 AP) | 212 |
| 262.11 | Généralités (section 1, art. 350-354 AP) | 212 |
| 262.12 | Moyens de recours et révision (section 2, art. 355-356 AP) | 214 |
| 262.2 | La mise en accusation (chapitre 2; art. 357-360 AP) | 216 |
| 263 | Les débats de première instance (Titre 8) | 220 |
| 263.1 | Généralités et préparation des débats (chapitre 1; art. 361-366 AP) | 220 |
| 263.2 | Les débats (chapitre 2; art. 367-380 AP) | 223 |
| 263.21 | Le tribunal et les parties (section 1, art. 367-370 AP) | 223 |
| 263.22 | Déroulement de la procédure en général (section 2, art. 371-373 AP) | 225 |
| 263.23 | Procédure probatoire simplifiée (section 3, art. 374-378 AP) | 225 |
| 263.24 | Procédure probatoire qualifiée (section 4, art. 376-378 AP) | 227 |
| 263.25 | Plaidoiries et dernier mot du prévenu (section 5, art. 379-380 AP) | 230 |
| 263.3 | Jugement (chapitre 3; art. 381-384 AP) | 231 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 264 | Procédures spéciales (Titre 9) | 234 |
| 264.1 | Les procédures simplifiées (chapitre 1; art. 385-389 AP) | 234 |
| 264.11 | Admissibilité; introduction (section 1, art. 385-387 AP) | 236 |
| 264.12 | Procédure devant le tribunal (section 2, art. 388-389 AP) | 237 |
| 264.2 | Décisions judiciaires indépendantes ultérieures (chapitre 2; art. 390-393 AP) | 239 |
| 264.21 | Généralités (section, 1, art. 390-391) | 239 |
| 264.22 | Procédure (section 2, art. 392-393 AP) | 240 |
| 264.3 | Procédure par défaut (chapitre 3, art. 394-400 AP) | 240 |
| 264.31 | Conditions (section 1, art. 394 AP) | 240 |
| 264.32 | Conduite de la procédure par défaut (section 2, art. 395-396 AP) | 242 |
| 264.33 | Nouveau jugement (section 3, art. 397-400 AP) | 242 |
| 264.4 | Procédures indépendantes en matière de mesures (chapitre 4; art. 401-411 AP) | 245 |
| 264.41 | Procédure en matière de cautionnement préventif (section 1, art. 401-403 AP) | 245 |
| 264.42 | Procédure à l'égard des prévenus incapables de discernement (section 2, art. 404-407 AP) | 246 |
| 264.43 | Procédure de confiscation indépendante (section 3, art. 408-411 AP) | 248 |
| 264.5 | Procédure de l'ordonnance pénale (chapitre 5; art. 412-417 AP) | 249 |
| 264.51 | Généralités (section 1, art. 412 AP) | 249 |
| 264.52 | L'ordonnance pénale (section 2 : art. 413-414 AP) | 251 |
| 264.53 | Procédure d'opposition (section 3, art. 415-416 AP) | 251 |
| 264.54 | Procédure devant le tribunal de première instance (section 4, art. 417 AP) | 253 |
| 264.6 | Procédure pénale en matière de contravention (chapitre 6; art. 418-426 AP) | 254 |
| 264.61 | Généralités (section 1, art. 418 AP) | 254 |
| 264.62 | Procédure d'investigation et procédure d'amende (section 2, art. 419-422 AP) | 254 |
| 264.63 | Procédure d'opposition (section 3, art. 423-424 AP) | 256 |
| 264.64 | Procédure devant le tribunal de première instance; annulation d'une ordonnance d'amende (section 4, art. 425-426 AP) | 257 |
| 264.7 | Procédure pénale des mineurs (chapitre 7) | 258 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 27 | Les moyens de recours (Titre 10) | 259 |
| 271 | Dispositions communes (chapitre 1 ; art. 450-460 AP) | 260 |
| 271.1 | Généralités (section 1, art. 450-453) | 260 |
| 271.2 | Dispositions générales sur la procédure de recours (section 2, art. 454-460) | 262 |
| 272 | Le recours (chapitre 2 ; art. 461-466 AP) | 265 |
| 272.1 | Généralités (section 1, art. 461-464 AP) | 265 |
| 272.2 | Procédure et décision (section 2, art. 465-466 AP) | 268 |
| 273 | L'appel (chapitre 3, art. 467-468 AP) | 269 |
| 273.1 | Généralités (section 1, art. 467-470 AP) | 269 |
| 273.2 | Préparation de la procédure d'appel (section 2, art. 471 AP) | 272 |
| 273.3 | Procédure d'appel écrite (section 3, art. 472-473 AP) | 273 |
| 273.4 | Procédure orale d'appel (section 4, art. 474-475 AP) | 275 |
| 273.5 | Jugement d'appel (section 5, art. 476-478 AP) | 276 |
| 274 | La révision (chapitre 4, art. 479-485 AP) | 277 |
| 274.1 | Généralités (section 1, art. 479-480 AP) | 277 |
| 274.2 | Procédure d'examen préliminaire (section 2, art. 481-482 AP) | 279 |
| 274.3 | Décision de révision et procédure subséquente (section 3, art. 483-485 AP) | 280 |
| 28 | Frais de procédure et indemnités (Titre 11) | 283 |
| 281 | Généralités (chapitre 1, art. 486-492 AP) | 283 |
| 282 | Frais de la procédure (chapitre 2, art. 493-498 AP) | 289 |
| 282.1 | Frais de la procédure et émoluments (section 1, art. 493 AP) | 289 |
| 282.2 | Etablissement des frais de la procédure en général (section 2, art. 494-496 AP) | 290 |
| 282.3 | Charge des frais en procédure de recours (section 3, art. 497-498 AP) | 294 |
| 283 | Indemnités (chapitre 3, art. 499-505 AP) | 296 |
| 283.1 | Prétentions en indemnités du prévenu (section 1, art. 499-501 AP) | 296 |
| 283.2 | Prétentions de la partie plaignante ou contre celle-ci en indemnités; prétentions en indemnités de tiers (section 2, art. 502-503 AP) | 300 |
| 283.3 | Indemnités en procédure de recours (section 3, art. 504-505 AP) | 301 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 29 | Entrée en force, communications officielles, dispositions finales | 304 |
| 291 | Entrée en force et exécution des décisions pénales (Titre 12) | 304 |
| 291.1 | L'entrée en force et sa constatation (chapitre 1, art. 506-508 AP) | 304 |
| 291.2 | Exécution des décisions pénales (chapitre 2, art. 509-514 AP) | 305 |
| 291.21 | Exécution des peines et mesures (section 1, art. 509-511 AP) | 305 |
| 291.22 | Exécution des frais de procédure et des prétentions civiles (section 2, art. 512-514 AP) | 306 |
| 291.23 | Publications officielles (section 3, art. 514 AP) | 307 |
| 292 | Dispositions complémentaires, finales et transitoires (Titre 13) | 308 |
| | Liste des abréviations | 309 |
| | Liste des ouvrages et rapports cités | 311 |
| | Table des matières | 319 |