05.092

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale

du 21 décembre 2005

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons, par le présent message, les projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, en vous proposant de les adopter.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2001	P	01.3288	Pour que les survivants d'un génocide et leurs descendants puissent se constituer partie civile (N 5.10 2001, Mugny)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

21 décembre 2005 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Si en Suisse, le droit pénal matériel est unifié depuis longtemps, la procédure pénale, en revanche, est aujourd'hui encore caractérisée par la coexistence de 29 textes législatifs, à savoir 26 codes cantonaux et trois lois fédérales. Cette dispersion du droit procédural entre de multiples actes législatifs s'explique par le fait que, selon l'ancienne répartition constitutionnelle des compétences, la procédure pénale et l'organisation judiciaire étaient, en principe, du ressort des cantons, la Confédération n'ayant la compétence de légiférer que sur la procédure applicable à certaines graves infractions de droit commun ainsi que sur la procédure pénale militaire et le droit pénal administratif.

En l'an 2000, le peuple et les cantons ont souscrit – à de fortes majorités – à la réforme qui conférait à la Confédération la compétence générale de légiférer en matière de procédure pénale (123, al. 1, Cst.). Cette décision du souverain ne faisait que confirmer le bien-fondé d'un projet soutenu de manière de plus en plus marquée par les milieux politiques, ces deux dernières décennies: en Suisse, dorénavant – ainsi que c'est déjà le cas dans nombre d'Etats – les infractions seraient poursuivies non plus seulement conformément aux dispositions d'un code pénal unique, mais encore selon les mêmes règles de procédure, valables dans l'ensemble du pays.

Parmi les nombreux facteurs qui ont permis à l'idée d'unification de faire son chemin, citons: le respect des principes de l'égalité devant la loi et de la sécurité du droit; le fait que la jurisprudence relative à la Constitution fédérale et à la Convention européenne des droits de l'homme influe depuis longtemps et continuellement sur les droits de procédure en en favorisant l'harmonisation; l'évolution de la criminalité qui s'internationalise, se professionnalise et a tendance à se spécialiser; le gain et la chance que représente l'unification de la procédure pénale pour l'enseignement et la recherche universitaire ainsi que pour les avocats; la possibilité pour les autorités pénales de recruter du personnel compétent à l'extérieur des frontières cantonales, enfin, l'importance que prend la collaboration sur le plan international.

Le Conseil fédéral entend que cette idée soit traduite en actes le plus rapidement possible. S'ajoutant à la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, déjà adoptée, ainsi qu'à l'unification de la procédure civile, qui en est aussi au stade de projet, l'unification de la procédure pénale constituera le troisième pilier de la refonte du droit de procédure de la Confédération.

L'objet qui vous est soumis par le présent message se compose de deux projets de loi: code de procédure pénale Suisse (CPP) et loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs (LPPMin.). Conçue comme une lex specialis *par rapport au CPP, la LPPMin. contient toutes les normes qui dérogent à celui-ci et uniquement ces normes.*

Les deux nouveaux actes législatifs sont appelés à remplacer les 26 codes cantonaux de procédure pénale existants, y compris les dispositions relatives à la procédure applicable aux mineurs. Le projet qui vous est soumis remplacera, en outre, la loi

fédérale – surannée – sur la procédure pénale (PPF). Quant à la procédure pénale militaire et à la procédure pénale administrative, réglée actuellement par la loi fédérale sur le droit pénal administratif, il n'est pas prévu – du moins pour l'instant – de les incorporer dans le projet d'unification. En revanche, y seront intégrées nombre de dispositions de procédure pénale qui figurent aujourd'hui dans d'autres actes législatifs fédéraux et qui règlent des matières relevant typiquement d'un code de procédure pénale.

Les projets ne prétendent pas représenter une synthèse des 27 codes et lois de procédure qu'ils visent à remplacer, ni instaurer pour la Suisse une procédure pénale totalement novatrice. Sans se calquer sur un régime de procédure bien précis, ils s'inspirent, bien au contraire, des procédures et institutions qui ont cours aujourd'hui, dans la mesure où elles donnent satisfaction. Ils les développent, toutefois, chaque fois que cela est nécessaire et judicieux. Ils visent à créer un cadre juridique permettant d'établir, dans le cas d'espèce, un juste équilibre entre les intérêts diamétralement opposés des personnes impliquées dans une procédure pénale. Pour ce faire, ils préconisent des réglementations pondérées sur des points centraux. Cette remarque vaut, en particulier, pour le rôle de la police durant la procédure préliminaire, les droits de la défense du prévenu, les conditions auxquelles doivent être subordonnés le recours aux mesures de contrainte et le contrôle de leur application, enfin pour l'aménagement des voies de recours.

Tabler sur l'existant lorsqu'il a donné satisfaction ne signifie toutefois pas se fermer à la nouveauté. Aussi, les projets contiennent-ils diverses réglementations actuellement inconnues de la plupart des codes de procédure que l'on trouve en Suisse. Ils prévoient d'instaurer notamment un principe de l'opportunité élargi, des possibilités d'accords entre le prévenu et le ministère public, un renforcement des droits de la défense, un élargissement de certains droits des victimes, une extension de la portée des mesures de protection des témoins dans le cadre de la procédure pénale, enfin une nouvelle mesure de contrainte: la surveillance des relations bancaires. En revanche, ils renoncent à introduire certaines innovations, soit parce qu'elles sont par trop étrangères à notre tradition juridique et judiciaire (interrogatoire contradictoire durant les débats), soit parce qu'elles suscitent des réserves au regard des principes fondateurs de l'Etat de droit (institution du «témoin de la Couronne»).

Unifier le droit de la procédure pénale n'implique pas nécessairement que l'on uniformise également l'organisation des autorités de poursuite pénale à l'œuvre au niveau de la Confédération et des cantons (art. 123, al. 2, Cst.). Du reste, selon la Constitution fédérale, l'organisation judiciaire continue d'être du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que, sans une harmonisation minimum des organisations judiciaires, il est impossible de parvenir à une unification de la procédure pénale. Cette unification passe notamment par l'adoption d'un modèle de poursuite pénale unique, une définition uniforme de la compétence matérielle des tribunaux pénaux ainsi qu'une unification du système des voies de recours.

C'est sur ces points que les besoins de réforme se feront le plus sentir. Toutefois, s'agissant de l'organisation, l'ampleur de ces besoins variera d'un canton à l'autre en fonction des autorités dont ils se sont déjà dotés. L'adoption du «modèle minis-

tère public», selon la proposition du Conseil fédéral, induira une réforme de la procédure préliminaire dans les cantons (et à la Confédération) qui connaissent actuellement l'institution du juge d'instruction. Quant au nouveau système des voies de recours préconisé – dans lequel l'appel constituera, en sus du recours et de la révision, l'un des trois moyens de recours prévus, moyens qui sont à la fois suffisants et indispensables – il exigera des adaptations dans divers cantons (et à la Confédération). Enfin, l'instauration du tribunal des mesures de contrainte prévue par le présent projet nécessitera certaines restructurations.

Ces adaptations et les autres réformes nécessaires devront être effectuées avant que les deux lois qui unifient la procédure pénale puissent entrer en vigueur. A cette fin, la Confédération et les cantons devront se doter de lois introductives. Quant à la Confédération, elle devra, en outre, adopter plusieurs ordonnances d'exécution du projet de code de procédure pénale, qui régleront principalement des modalités de nature technique.

Table des matières

Condensé **1058**

1 Partie générale **1067**

1.1 Le point de la situation 1067

1.2 Objet de l'unification 1069

1.3 De multiples raisons en faveur de l'unification 1070

1.3.1 Une harmonisation de plus en plus poussée grâce à la jurisprudence des juridictions suprêmes 1070

1.3.2 Renforcement de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi 1071

1.3.3 Simplification de la pratique intercantonale de professions liées à la justice pénale 1071

1.3.4 Amélioration des travaux scientifiques consacrés à la procédure pénale 1071

1.4 Genèse du projet 1072

1.4.1 Commission d'experts (1994 à 1997) 1072

1.4.2 Elaboration des avant-projets (1999 à 2001) 1073

1.4.3 Procédure de consultation (2001 à 2003) 1073

1.4.4 Remaniement des avant-projets 1074

1.5 Lignes de force du projet de code de procédure pénale suisse (P-CPP) 1075

1.5.1 Caractéristiques générales 1075

1.5.1.1 Un projet qui table sur l'existant 1075

1.5.1.2 Une codification d'ensemble 1075

1.5.1.3 Des atteintes limitées à la souveraineté des cantons en matière d'organisation judiciaire 1076

1.5.1.4 Tentative d'établir des réglementations équilibrées 1076

1.5.1.5 Harmonisation avec d'autres lois de procédure de la Confédération 1077

1.5.2 Un modèle de poursuite pénale unique 1077

1.5.2.1 Les quatre grands modèles de poursuite pénale 1078

1.5.2.2 Avis suscités par la question du modèle dans le cadre de la procédure de consultation 1079

1.5.2.3 Motifs plaidant en faveur du maintien du modèle «ministère public» II 1080

1.5.3 Nouveaux instruments et formes de procédure 1083

1.5.4 Instruments procéduraux écartés 1085

1.5.4.1 Procédure de l'accusation privée 1085

1.5.4.2 Institution du «témoin de la Couronne» 1086

1.5.4.3 Avocat chargé de défendre les intérêts des animaux 1087

1.5.4.4 Interrogatoire contradictoire durant les débats 1088

1.5.4.5 Renonciation à l'instauration de procédures spéciales pour l'examen ou l'admission de l'accusation 1089

1.5.5 Déroulement d'une procédure pénale ordinaire selon le projet de code de procédure pénale suisse 1090

1.6 Lignes de force du projet de loi fédérale sur la procédure pénale suisse applicable aux mineurs (P-LPPMin.) 1091

1.6.1 Une loi spécifique 1091

1.6.2 Situation actuelle 1092
1.6.3 L'avant-projet de 2001 1092
1.6.4 Réactions suscitées par le choix du modèle dans le cadre de la procédure de consultation 1093
1.6.5 Maintien par principe du modèle «juge des mineurs» 1093
1.6.6 Autres lignes de force du projet 1094
1.7 Droit comparé 1095
1.7.1 Introduction 1095
1.7.2 Statut de Rome 1096
1.7.3 Relation avec le droit européen 1096
1.7.3.1 Droits procéduraux 1097
1.7.3.2 Statut de la victime dans le cadre de la procédure pénale 1098
1.7.3.3 Protection des témoins et régime applicable aux «témoins de la couronne» 1098
1.7.3.4 Surveillance de la correspondance par télécommunication 1099
1.8 Mise en œuvre 1100
1.8.1 En général 1100
1.8.2 Mise en place d'une juridiction d'appel au niveau fédéral 1101
1.9 Classement d'interventions parlementaires 1102

2 Commentaire des dispositions du P-CPP 1102

2.1 Titre 1 Champ d'application et principes généraux 1102
2.1.1 Chapitre 1 Champ d'application et administration de la justice pénale (art. 1 et 2) 1102
2.1.2 Chapitre 2 Principes régissant la procédure pénale 1103
2.2 Titre 2 Autorités pénales 1109
2.2.1 Chapitre 1 Attributions 1110
2.2.1.1 Section 1 Dispositions générales (art. 12 à 14) 1110
2.2.1.2 Section 2 Autorités de poursuite pénale (art. 15 à 17) 1112
2.2.1.3 Section 3 Tribunaux (art. 18 à 21) 1113
2.2.2 Chapitre 2 Délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons (art. 22 à 28) 1117
2.2.3 Chapitre 3 For 1118
2.2.3.1 Section 1 Principes (art. 29 et 30) 1118
2.2.3.2 Section 2 Fors spéciaux (art. 31 à 36) 1119
2.2.3.3 Section 3 Procédure visant à déterminer le for (art. 37 à 40) 1120
2.2.4 Chapitre 4 Entraide judiciaire nationale 1120
2.2.4.1 Section 1 Dispositions générales (art. 41 à 46) 1121
2.2.4.2 Section 2 Actes de procédure accomplis à la demande de la Confédération ou d'un autre canton (art. 47 à 49) 1123
2.2.4.3 Section 3 Actes de procédure dans un autre canton (art. 50 et 51) 1124
2.2.5 Chapitre 5 Entraide judiciaire internationale (art. 52 et 53) 1124
2.2.6 Chapitre 6 Récusation (art. 54 à 58) 1125
2.2.7 Chapitre 7 Direction de la procédure (art. 59 à 63) 1128
2.2.8 Chapitre 8 Règles générales de procédure 1128
2.2.8.1 Section 1 Oralité; langue (art. 64 à 66) 1128
2.2.8.2 Section 2 Publicité (art. 67 à 70) 1130

2.2.8.3 Section 3 Maintien du secret, information du public communications à des autorités (art. 71 à 73) 1131
2.2.8.4 Section 4 Procès-verbaux (art. 47 à 77) 1133
2.2.8.5 Section 5 Prononcés (art. 78 à 81) 1134
2.2.8.6 Section 6 Notification et communication des prononcés (art. 82 à 86) 1136
2.2.8.7 Section 7 Délais et termes (art. 87 à 92) 1136
2.2.8.8 Section 8 Traitement des données (art. 93 à 97) 1137
2.2.8.9 Section 9 Tenue, consultation et conservation des dossiers (art. 98 à 101) 1139
2.3 Titre 3 Parties et autres participants à la procédure 1141
2.3.1 Chapitre 1 Dispositions générales 1141
2.3.1.1 Section 1 Définition et statut (art. 102 à 106) 1141
2.3.1.2 Section 2 Actes de procédure des parties (art. 107 et 108) 1144
2.3.2 Chapitre 2 Prévenu (art. 109 à 112) 1144
2.3.3 Chapitre 3 Lésé, victime et partie plaignante 1148
2.3.3.1 Section 1 Lésé (art. 113) 1148
2.3.3.2 Section 2 Victime (art. 114 et 115) 1149
2.3.3.3 Section 3 Partie plaignante (art. 116 à 119) 1150
2.3.3.4 Section 4 Action civile (art. 120 à 124) 1151
2.3.4 Chapitre 4 Conseil juridique 1155
2.3.4.1 Section 1 Principes (art. 125) 1155
2.3.4.2 Section 2 Défenseur (art. 126 à 133) 1156
2.3.4.3 Section 3 Assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante (art. 134 à 136) 1160
2.4 Titre 4 Moyens de preuves 1161
2.4.1 Chapitre 1 Dispositions générales 1161
2.4.1.1 Section 1 Administration et exploitation (art. 137 à 139) 1161
2.4.1.2 Section 2 Auditions (art. 140 à 143) 1164
2.4.1.3 Section 3 Droits de participer à l'administration des preuves (art. 144 et 145) 1166
2.4.1.4 Section 4 Mesures de protection (art. 146 à 153) 1168
2.4.2 Chapitre 2 Audition du prévenu (art. 154 à 158) 1172
2.4.3 Chapitre 3 Témoins 1176
2.4.3.1 Section 1 Dispositions générales (art. 159 à 164) 1176
2.4.3.2 Section 2 Droits de refuser de témoigner (art. 165 à 173) 1178
2.4.3.3 Section 3 Audition de témoins (art. 174) 1187
2.4.4 Chapitre 4 Personnes appelées à donner des renseignements (art. 175 à 178) 1188
2.4.5 Chapitre 5 Experts (art. 179 à 188) 1192
2.4.6 Chapitre 6 Moyens de preuves matériels (art. 189 à 192) 1194
2.5 Titre 5 Mesures de contrainte 1196
2.5.1 Chapitre 1 Dispositions générales (art. 193 à 198) 1196
2.5.2 Chapitre 2 Mandat de comparution, mandat d'amener et recherches 1198
2.5.2.1 Section 1 Mandat de comparution (art. 199 à 204) 1198
2.5.2.2 Section 2 Mandat d'amener (art. 205 à 207) 1201
2.5.2.3 Section 3 Recherches (art. 208 et 209) 1202

2.5.3 Chapitre 3 Privation de liberté, détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté 1203
2.5.3.1 Section 1 Dispositions générales (art. 210 à 213) 1203
2.5.3.2 Section 2 Appréhension et droit de suite (art. 214 et 215) 1205
2.5.3.3 Section 3 Arrestation provisoire (art. 216 à 218) 1207
2.5.3.4 Section 4 Détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté; dispositions générales (art. 219 à 222) 1210
2.5.3.5 Section 5 Détention provisoire (art. 223 à 227) 1212
2.5.3.6 Section 6 Détention pour des motifs de sûreté (art. 228 à 232) 1215
2.5.3.7 Section 7 Exécution de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté (art. 233 à 235) 1217
2.5.3.8 Section 8 Mesures de substitution (art. 236 à 239) 1218
2.5.4 Chapitre 4 Perquisitions, fouilles et examens 1218
2.5.4.1 Section 1 Dispositions générales (art. 240 à 242) 1218
2.5.4.2 Section 2 Perquisitions (art. 243 et 244) 1219
2.5.4.3 Section 3 Perquisition de documents et enregistrements (art. 245 à 247) 1220
2.5.4.4 Section 4 Fouille de personnes et d'objets (art. 248 et 249) 1221
2.5.4.5 Section 5 Examens corporels (art. 250 et 251) 1221
2.5.4.6 Section 6 Examens de cadavres (art. 252 et 253) 1222
2.5.5 Chapitre 5 Analyses de l'ADN (art. 254 à 258) 1223
2.5.6 Chapitre 6 Saisie de données signalétiques, échantillons d'écriture ou de voix (art. 259 à 261) 1225
2.5.7 Chapitre 7 Séquestre 1227
2.5.8 Chapitre 8 Mesures de surveillance secrètes 1230
2.5.8.1 Section 1 Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 268 à 278) 1230
2.5.8.2 Section 2 Autres mesures techniques de surveillance (art. 279 et 280) 1234
2.5.8.3 Section 3 Observation (art. 281 et 282) 1235
2.5.8.4 Section 4 Surveillance des relations bancaires (art. 283 et 284) 1236
2.5.8.5 Section 5 Investigation secrète (art. 285 à 297) 1238
2.6 Titre 6 Procédure préliminaire 1240
2.6.1 Chapitre 1 Dispositions générales (art. 298 à 304) 1241
2.6.2 Chapitre 2 Investigation policière (art. 305 et 306) 1243
2.6.3 Chapitre 3 Instruction par le ministère public 1246
2.6.3.1 Section 1 Tâches du ministère public (art. 307 à 310) 1246
2.6.3.2 Section 2 Conduite de l'instruction (art. 311 à 315) 1248
2.6.3.3 Section 3 Conciliation et médiation (art. 316 et 317) 1250
2.6.3.4 Section 4 Clôture de l'instruction (art. 318 et 319) 1253
2.6.4 Chapitre 4 Classement et mise en accusation 1254
2.6.4.1 Section 1 Classement (art. 320 à 324) 1255
2.6.4.2 Section 2 Mise en accusation (art. 325 à 328) 1258
2.7 Titre 7 Procédure de première instance 1260
2.7.1 Chapitre 1 Litispendance, préparation des débats, dispositions générales relatives aux débats (art. 329 à 335) 1261

2.7.2 Chapitre 2 Débats 1264
2.7.2.1 Section 1 Tribunal et participants à la procédure (art. 336 à 338) 1264
2.7.2.2 Section 2 Début des débats (art. 339 et 340) 1265
2.7.2.3 Section 3 Procédure probatoire (art. 341 à 347) 1266
2.7.2.4 Section 4 Plaidoiries et clôture des débats (art. 348 et 349) 1269
2.7.2.5 Section 5 Jugement (art. 350 à 353) 1270
2.7.3 Chapitre 3 Procédure de révocation (art. 354) 1271
2.8 Titre 8 Procédures spéciales 1272
2.8.1 Chapitre 1 Procédure de l'ordonnance pénale (art. 355 à 360) 1272
2.8.2 Chapitre 2 Procédure pénale en matière de contraventions (art. 361 à 364) 1276
2.8.3 Chapitre 3 Procédure simplifiée (art. 365 à 369) 1278
2.8.4 Chapitre 4 Procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures indépendantes (art. 370 à 372) 1282
2.8.5 Chapitre 5 Procédure par défaut 1283
2.8.5.1 Section 1 Conditions et exécution (art. 373 et 374) 1283
2.8.5.2 Section 2 Nouveau jugement (art. 375 à 378) 1285
2.8.6 Chapitre 6 Procédures indépendantes en matière de mesure 1288
2.8.6.1 Section 1 Cautionnement préventif (art. 379 à 381) 1288
2.8.6.2 Section 2 Procédure à l'égard de prévenus irresponsables (art. 382 et 383) 1289
2.8.6.3 Section 3 Procédure de confiscation indépendante d'une procédure pénale (384 à 386) 1290
2.9 Titre 9 Voies de recours 1291
2.9.1 Chapitre 1 Dispositions générales (art. 387 à 400) 1291
2.9.2 Chapitre 2 Recours (art. 401 à 405) 1296
2.9.3 Chapitre 3 Appel 1298
2.9.3.1 Section 1 Dispositions générales (art. 406 à 409) 1298
2.9.3.2 Section 2 Procédure (art. 410 à 414) 1300
2.9.3.3 Section 3 Jugement d'appel (art. 415 et 416) 1302
2.9.4 Chapitre 4 Révision (art. 417 à 422) 1302
2.10 Titre 10 Frais de procédure, indemnités et réparation du tort moral 1307
2.10.1 Chapitre 1 Dispositions générales (art. 423 à 428) 1307
2.10.2 Chapitre 2 Frais de procédure (art. 429 à 436) 1309
2.10.3 Chapitre 3 Indemnités et réparation du tort moral 1312
2.10.3.1 Section 1 Prévenu (art. 437 à 440) 1312
2.10.3.2 Section 2 Partie plaignante et tiers (art. 441 et 442) 1315
2.10.3.3 Section 3 Dispositions spéciales (art. 443 et 444) 1315
2.11 Titre 11 Entrée en force et exécution des décisions pénales 1316
2.11.1 Chapitre 1 Entrée en force (art. 445 et 446) 1316
2.11.2 Chapitre 2 Exécution des décisions pénales (art. 447 à 452) 1317
2.12 Titre 12 Dispositions finales 1318
2.12.1 Chapitre 1 Abrogation et modification du droit en vigueur 1318
2.12.1.1 Section 2 Modification du droit en vigueur (annexe, ch. II) 1319
2.12.2 Chapitre 2 Dispositions transitoires 1334
2.12.2.1 Section 1 Dispositions générales (art. 454 et 455) 1334

2.12.2.2 Section 2 Débats de première instance et procédures spéciales (art. 456 à 458) 1335
2.12.2.3 Section 3 Procédure de recours (art. 459 et 460) 1336
2.12.2.4 Section 4 Opposition contre les ordonnances pénales et procédure introduite par la partie plaignante (art. 461 et 462) 1337

3 Commentaire des dispositions du P-PPMin 1337

3.1 Chapitre 1 Objet et principes (art. 1 à 5) 1337
3.2 Chapitre 2 Autorités pénales des mineurs (art. 6 à 9) 1341
3.3 Chapitre 3 Règles générales de procédure (art. 10 à 18) 1343
3.4 Chapitre 4 Parties et défense 1347
3.4.1 Section 1 Parties (art. 19 à 22) 1347
3.4.2 Section 2 Défense (art. 23 à 25) 1348
3.5 Chapitre 5 Procédure 1349
3.5.1 Section 1 Instruction (art. 26 à 32) 1349
3.5.2 Section 2 Débats (art. 33 à 36 1352
3.6 Chapitre 6 Voies de recours (art. 37 à 40) 1354
3.7 Chapitre 7 Exécution (art. 41 et 42) 1355
3.8 Chapitre 8 Frais (art. 43 et 44) 1356
3.9 Chapitre 9 Dispositions finales 1357
3.9.1 Section 1 Modification du droit en vigueur (art. 45) 1357
3.9.2 Section 2 Dispositions transitoires (art. 46 à 52) 1357

4 Conséquences financières et effet sur le personnel 1359

4.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons 1359
4.1.1 Adoption du modèle «ministère public» 1361
4.1.1.1 Incidences sur l'organisation des autorités chargées de l'instruction et des autorités compétentes pour la mise en accusation 1361
4.1.1.2 Incidences sur les coûts de la justice 1362
4.1.2 Désignation d'autorités judiciaires existantes ou création de nouvelles autorités judiciaires 1364
4.1.2.1 Tribunal des mesures de contrainte 1364
4.1.2.2 Autorité de recours 1365
4.1.3 Suppression d'autorités judiciaires existantes 1366
4.2 Conséquences pour l'économie 1366
4.3 Autres conséquences 1367

5 Liens avec le programme de la législature et le plan financier 1367

6 Aspects juridiques 1367

6.1 Constitutionnalité 1367
6.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse 1368

Code de procédure pénale suisse *(Projet)* **1373**

Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs *(Projet)* **1543**

Message

1 Partie générale

1.1 Le point de la situation

Le débat autour de l'unification du droit de la procédure pénale remonte à 1942, année de l'entrée en vigueur du code pénal suisse. A l'époque, les représentants de la doctrine, notamment, se sont demandés si, parallèlement au droit pénal matériel, il n'y aurait pas lieu d'unifier également le droit pénal formel, c'est-à-dire la procédure pénale. Cette idée n'ayant pas été prise au sérieux, elle fut abandonnée. S'il existait un risque que la multiplicité des codes de procédure pénale (un code par canton) soit de nature à faire trop fortement obstacle à l'application uniforme du nouveau code pénal, on ne pensait pas que ce risque était tel qu'il puisse balayer les réflexes fédéralistes et induire une modification de la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons: selon l'ancien art. 123, al. 3, Cst., même après l'unification du droit pénal matériel, l'organisation judiciaire et la procédure continuaient d'être du ressort des cantons «dans la même mesure que par le passé[1]». Il en résulte qu'aujourd'hui coexistent toujours en Suisse 26 codes cantonaux de procédure pénale en sus des trois lois réglant la procédure au niveau fédéral[2].

Le défaut d'unité en matière de procédure pénale présente de notables inconvénients pour les autorités qui luttent au quotidien contre la criminalité. Si ces inconvénients ne sont pas perceptibles de manière générale, il n'en reste pas moins que le besoin de règles de procédure unifiées s'est fait nettement plus sentir ces dernières années. Les meilleures preuves en sont les efforts entrepris par les cantons aux fins de simplifier les rapports intercantonaux en matière de procédure pénale[3], et l'activité législative croissante de la Confédération dans des matières relevant de la procédure pénale. Ainsi, des questions centrales telles que le statut des victimes dans le cadre de la procédure pénale, la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, le recours par la police à des agents infiltrés ou l'utilisation de profils d'ADN, sont aujourd'hui réglés dans des lois fédérales spéciales qui ont un caractère impératif pour tous les cantons.

1 Pour reprendre la formulation utilisée à l'art. 64bis, al. 2, de l'ancienne Constitution fédérale. Dans le message du 28 novembre 1896 relatif à la révision de la Constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit, le Conseil fédéral avait certes fait allusion à «l'importante question de l'unification de la procédure». Toutefois constatant que les travaux préliminaires nécessaires à un tel projet faisaient défaut et que la Confédération ne disposait pas d'un corps de fonctionnaires constitué, il a plaidé en faveur d'une limitation de l'unification au seul droit matériel (FF **1896** IV 575).

2 Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (PPF; RS **312.0**); loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS **313.0**); procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM; RS **322.1**).

3 Cf. notamment le Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (RO **1993** 2876) qui est entré en vigueur en 1993 et auquel tous les cantons ont adhéré.

Par ailleurs, on ne saurait nier que cette dispersion du droit entre de multiples textes est de nature à faire obstacle à une lutte efficace contre la criminalité, notamment lorsqu'il s'agit d'affaires complexes qui dépassent les frontières cantonales ou nationales. Cette affirmation vaut, en particulier, pour les nouvelles formes de criminalité que l'on a vu se développer également en Suisse depuis le milieu des années 80: blanchiment d'argent, crime organisé, criminalité économique dans toute sa complexité et, plus récemment, graves affaires de cybercriminalité d'ampleur internationale. L'efficacité de la lutte contre ces nouvelles formes de criminalité passe non seulement par des dispositions ad hoc du droit pénal matériel[4], mais encore par une coordination et une concentration renforcées des ressources en matière de poursuite pénale. Le transfert de certaines compétences en la matière à la Confédération au titre du projet dit «d'efficacité» répond, d'ores et déjà partiellement à cet impératif[5]. Toutefois, dans la mesure où les cantons conservent leurs prérogatives en ces domaines, le besoin de normes procédurales uniformes garde toute son actualité.

Il a fallu l'apparition de ces nouvelles formes de criminalité pour que l'idée d'une unification de la procédure pénale commence à faire son chemin au niveau politique. En 1993 et 1994, plusieurs interventions parlementaires ont été déposées, qui demandaient soit une harmonisation des codes cantonaux de procédure pénale[6], soit encore une unification de la procédure pénale à l'échelon de l'ensemble de la Suisse[7]. Au cours des années suivantes, 7 initiatives cantonales ont été déposées. Elles témoignaient de la ferme volonté des cantons concernés que l'on aboutisse à une unification du droit de la procédure pénale[8]. Les conseils législatifs ont décidé, à de fortes majorités, de donner suite à ces initiatives. Enfin, le 12 mars 2000, le peuple et les cantons en acceptant le projet de réforme de la justice ont souscrit à une modification du régime constitutionnel du partage des compétences dans le domaine pénal. Désormais, l'art. 123, Cst., entré en vigueur le 1er avril 2003, donne expressément à la Confédération la compétence de légiférer non seulement sur le droit pénal matériel mais encore sur la procédure pénale dans son ensemble. L'acceptation très nette de ce projet[9] témoigne sans équivoque de ce que l'idée même d'unifier le droit de la procédure pénale au niveau fédéral tout en laissant aux cantons l'essentiel de leurs prérogatives en matière d'organisation judiciaire, rencontre un accueil largement favorable.

4 Sur ce plan, la Suisse a atteint un niveau appréciable; à ce sujet, cf. les considérations émises dans le message sur le «projet d'efficacité», FF **1998** 1256 s. Une modification du code pénal tendant à combattre la cybercriminalité est en voie d'élaboration (http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.html).

5 Nouvel art. 340bis, CP, en vigueur depuis le 1er janvier 2002.

6 Postulat du groupe PDC du 18.6.1993 (BO **1993** N 2533 s.).

7 Motion Rhinow du 17.6.1994 (BO **1995** E 329 ss) et motion Schweingruber du 31.5.1994 (BO **1995** N 2194 ss).

8 BS, SO, SG, BL, AG, TG (BO **1996** E 244 ss; N 2374 ss) et GL (BO **1997** E 590).

9 Le projet a été accepté par 86,4 % des votants et par l'ensemble des cantons, résultat nettement supérieur a celui obtenu par le projet d'unification du droit pénal matériel (votation du 13 novembre 1898: projet accepté par 61,5 % des votants et par 16½ cantons contre 5½).

1.2 Objet de l'unification

Le projet qui vous est soumis par le présent message vise à créer un code de procédure pénale suisse ainsi qu'une loi de procédure applicable aux mineurs qui remplacent les 26 codes de procédure pénale cantonaux, y compris les dispositions concernant spécifiquement la procédure pénale applicable aux mineurs, ainsi que la loi du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale (PPF)[10].

Ainsi donc, après l'unification, seules continueraient à être réglées dans des lois distinctes, la procédure pénale militaire et la procédure relevant du droit pénal administratif[11]. Certes, sur le principe, rien ne s'opposerait à ce que ces deux lois de procédure soient intégrées dans une seule et unique codification de la procédure pénale suisse, ainsi que l'exprime bien le titre du concept «De 29 à l'unité» (cf. infra, ch. 1.4.1). Toutefois, pour le moment du moins, il est préférable de renoncer à une telle intégration. En effet, les deux lois en question contiennent des dispositions procédurales bien spécifiques, qui en raison de leur champ d'application à raison des personnes ou de la matière se distinguent à maints égards des normes ordinaires de procédure pénale. Aussi leur intégration dans le code de procédure pénale suisse retarderait par trop les travaux d'unification[12]. Certaines autres matières (notamment, la grâce, l'exécution des peines ou le droit régissant le casier judiciaire) qui ne sont pas, à proprement parler, de nature procédurale, sont elles aussi, pour l'essentiel, écartées de l'unification.

En revanche, il importe d'intégrer dans la procédure pénale unifiée nombre de dispositions procédurales qui figurent aujourd'hui dans d'autres actes législatifs fédéraux. Il s'agit – pour ne citer que les plus importants – du concordat du 5 novembre 1992 sur l'entraide judiciaire[13], de parties de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions[14], de parties de la loi fédérale du 20 Juin 2003 sur l'investigation secrète[15], de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la correspondance par poste et télécommunication[16], de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN[17] et, pour autant qu'elles contiennent des dispositions de nature procédurale, de parties du code pénal[18] et de la future loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs[19].

10 RS **312.0**
11 Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM, RS **322.1**); loi fédérale du 22 mars 1994 sur le droit pénal administratif (DPA, RS **313.0**).
12 Cf. également «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, p. 44 s., 73 ss, et rapport explicatif relatif à un avant-projet de code de procédure pénale suisse, DFJP/Office fédéral de la justice, Berne, juin 2001, p. 9 s. Ces deux documents peuvent être consultés à l'adresse Internet http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html.
13 RO **1993** 2876
14 RS **312.5**
15 RS **312.8**
16 RS **780.1**
17 RS **363**
18 RS **311.0**
19 FF **2003** 3990

1.3 De multiples raisons en faveur de l'unification

L'apparition des nouvelles formes de criminalité et la nécessité de prendre des mesures spéciales pour les combattre ont, sans doute, été l'élément qui a contribué le plus à déclencher les travaux d'unification de la procédure pénale. Mais il y a d'autres raisons qui font apparaître celle-ci comme nécessaire ou, à tout le moins souhaitable. Ces raisons qui sont indépendantes du type de criminalité et de la gravité des infractions, valent pour la procédure pénale dans son ensemble[20].

1.3.1 Une harmonisation de plus en plus poussée grâce à la jurisprudence des juridictions suprêmes

Ces dernières décennies, le Tribunal fédéral, la Cour européenne des droits de l'homme et autrefois la Commission européenne des droits de l'homme, ont contribué, au travers de leur jurisprudence, à rapprocher nettement les diverses lois de procédure pénale, notamment sur des points aussi importants que le droit en rapport avec la détention, l'indépendance et l'impartialité des tribunaux pénaux, ainsi que l'exigence de bases légales s'agissant des mesures de contrainte, en particulier de l'observation policière secrète. Cette influence exercée par la jurisprudence des trois juridictions suprêmes susmentionnées perdure. Elle est complétée par d'autres normes internationales relevant du droit de la procédure pénale telles qu'elles ressortent, par exemple, du Pacte international du 16 décembre 1996 de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)[21], de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant[22] ou encore de la Convention de l'ONU du 10 décembre 1984 ou du Conseil de l'Europe du 26 novembre 1987 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[23], tous instruments qui sont en vigueur pour la Suisse[24].

Cette évolution sur le plan international combinée avec l'activité législative croissante de la Confédération dans des matières relevant de la procédure pénale (cf. ch. 1.1.) a, d'ores et déjà, induit une certaine harmonisation dans des domaines importants. L'unification formelle des différents codes de procédure pénale, telle qu'elle est projetée parachèvera ce processus d'harmonisation du droit matériel. S'il advient à l'avenir qu'il faille adapter notre procédure pénale, par suite de l'évolution de la jurisprudence des instances strasbourgeoises, par exemple, l'unification fera qu'un seul législateur procédera aux adaptations nécessaires, alors qu'aujourd'hui ils sont plusieurs à devoir le faire.

20 Cf. également le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 522.
21 RS **0.103.2**
22 RS **0.107**
23 RS **0.105** ou RS **0.106**
24 D'ailleurs, tant le Comité des droits de l'homme de l'ONU (s'agissant du PIDCP) que le Comité de l'ONU contre la torture ont invité, à réitérées reprises, la Suisse à intensifier ses efforts en vue d'une unification de la procédure pénale: *Observations finales du Comité des droits de l'homme du 8.11.1996 et du 12.11.2001* concernant respectivement le premier et le second rapport de la Suisse, ch. 24 et ch. 12; *Observations finales du Comité contre la torture* du 27.11.1997 concernant le troisième rapport de la Suisse, ch. 95: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.

1.3.2 Renforcement de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi

L'unification de la procédure pénale une fois réalisée, il s'agira non plus seulement de définir uniformément les éléments constitutifs des infractions dans l'ensemble de la Suisse, mais encore de poursuivre et de juger leurs auteurs selon les mêmes règles de procédure. Le droit pénal matériel et le droit pénal formel étant souvent indissolublement liés, il importe qu'ils soient harmonisés le mieux possible. Quand bien même on ne saurait prétendre que l'éparpillement actuel des dispositions procédurales compromet gravement la mise en œuvre du droit pénal matériel, il ne fait pas l'ombre d'un doute que l'application uniforme du droit pénal fédéral serait encore mieux assurée si l'on unifiait la procédure pénale[25]. La dispersion actuelle du droit procédural entre de multiples textes constitue en outre un handicap inutile pour les parties au procès et souvent aussi une source de désagréments pour les avocats. Le fait que, dans un petit pays comme la Suisse, la procédure pénale est régie par des codes qui diffèrent selon les cantons, nuit à la sécurité du droit. Dans des cas d'espèce, cette situation est même de nature à induire une restriction notable des droits des participants à la procédure. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de détention et qu'il faut d'abord régler les problèmes de fors puis la question de la loi applicable[26].

1.3.3 Simplification de la pratique intercantonale de professions liées à la justice pénale

L'unification de la procédure pénale est également de nature à simplifier les conditions de pratique intercantonale de professions liées à la poursuite et à la justice pénales. Quiconque exerce aujourd'hui une activité dans ces domaines est, dans une large mesure, lié au canton dont il maîtrise la procédure pénale. Certes, rien ne l'empêche d'exercer son activité dans un autre canton, sous l'empire d'une loi de procédure différente: toutefois, la situation actuelle ne lui simplifie pas la tâche. L'unification de la procédure pénale permettrait donc d'abolir les barrières que constituent les frontières cantonales pour les professionnels de la justice, ce qui leur offrirait des perspectives de carrière plus attractives et ménagerait aux cantons un choix plus vaste de professionnels qualifiés et expérimentés.

1.3.4 Amélioration des travaux scientifiques consacrés à la procédure pénale

Enfin, l'unification envisagée serait profitable aux travaux scientifiques consacrés à la procédure pénale en Suisse ainsi qu'à la formation universitaire en la matière. En effet, depuis toujours, la multiplicité des réglementations interdit, même au fin connaisseur des différentes lois de procédure, d'avoir une vue d'ensemble de la procédure pénale en Suisse. On constate aussi – et cela est très significatif – que la

25 Cf. message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 533.
26 Cf. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause R.M.D. contre la Suisse, Recueil des arrêts et décisions, 1997-VI 2003 ss, en particulier p. 2015 s., ch. 52 ss

plupart des grands traités de procédure pénale sont consacrés sinon exclusivement, du moins nettement, à un code cantonal. Cette circonstance n'est pas faite pour permettre, au niveau de l'enseignement universitaire, de donner aux étudiants une vue globale des normes de procédure pénale en vigueur dans notre pays[27].

1.4 Genèse du projet

1.4.1 Commission d'experts (1994 à 1997)

En mai 1994, le chef du DFJP d'alors a institué une commission d'experts en lui impartissant le mandat d'examiner «si, afin de garantir l'efficacité de la poursuite pénale, particulièrement dans les domaines de la criminalité économique et du crime organisé, il ne serait pas indiqué de procéder à une unification totale ou partielle du droit de la procédure pénale ou encore de prendre d'autres mesures utiles». Plus précisément, la commission était chargée d'élaborer un ou plusieurs concepts de réglementation «qui, de façon optimale, répondent aux exigences d'une poursuite pénale efficace, assurent la protection des droits du prévenu et garantissent la fiabilité des décisions judiciaires».

Au début de 1995, la commission d'experts a présenté un rapport intermédiaire dans lequel elle a exposé en quoi il y avait lieu de légiférer et mis en relief l'influence que la jurisprudence des juridictions suprêmes exerçait sur la procédure pénale des cantons. En décembre 1997, la commission a rendu compte du résultat de ses travaux dans un rapport intitulé *«De 29 à l'unité»*[28]. Elle y a esquissé les grandes lignes de ce que pourrait être une procédure pénale unifiée. Ce faisant, elle a clairement signifié qu'elle proposait en cette matière non point une simple loi-cadre mais une législation exhaustive qui, toutefois, porte le moins possible atteinte à la souveraineté des cantons en matière d'organisation judiciaire. S'agissant de savoir comment organiser la procédure préliminaire, la commission a préconisé un modèle combinant l'intervention de juges d'instruction indépendants et celle du ministère public.

Par la suite, le rapport a fait l'objet de plusieurs auditions de représentants des cantons, de praticiens de la justice pénale ainsi que de représentants de la doctrine[29]. De ces auditions, également, s'est dégagée une approbation unanime du concept d'unification intégrale des règles de procédure, tel que proposé par la commission d'experts. S'agissant toutefois du modèle de poursuite pénale, une tendance assez nette s'est dégagée en faveur d'une solution différente de celle préconisée par les experts: un modèle qui renonce à la fonction du juge d'instruction (modèle ministère public II, cf. infra, ch. 1.5.2).

27 Dans ce contexte, relevons également les difficultés auxquelles se heurtent les représentants de la Suisse au sein des organes internationaux spécialisés, qu'il s'agisse de forums scientifiques ou d'organismes relevant de la coopération intergouvernementale. Dans ce cadre, encore, la multiplicité des lois de procédure en vigueur fait assez fréquemment obstacle à une collaboration féconde.

28 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 décembre 1997 (www.ofj.admin.ch/f/index.html).

29 De 29 à l'unité – auditions concernant le rapport de la commission d'experts «Unification de la procédure pénale», Office fédéral de la justice, Berne juillet 1998.

1.4.2 Elaboration des avant-projets (1999 à 2001)

En mars 1999, le DFJP a chargé M. Niklaus Schmid, professeur émérite à l'Université de Zurich, d'élaborer un *avant-projet de code de procédure pénale fédéral (AP-CPP)* ainsi qu'un rapport explicatif. Le mandat précisait que la procédure pénale applicable aux mineurs devait être intégrée de manière appropriée dans le projet d'unification, un spécialiste de cette matière devant être mandaté à cet effet. Début 2000, l'Office fédéral de la justice a chargé M. Jean Zermatten, à l'époque président du Tribunal des mineurs du canton du Valais, d'inventorier les problèmes que poserait l'unification de la procédure pénale applicable aux mineurs et de proposer des solutions. L'expert a remis son rapport en avril 2000. Ce document a, lui aussi, fait l'objet d'une audition circonstanciée. Monsieur Zermatten a ensuite été chargé d'élaborer un *avant-projet de dispositions de procédure pénale applicables aux mineurs (AP-LPPMin.)* ainsi qu'un rapport explicatif.

Les deux experts ont livré leurs travaux, le premier à fin de l'année 2000, le second au début de l'année 2001. En juin 2001, leurs textes, légèrement remaniés, ont été publiés dans les trois langues officielles, en vue de l'ouverture d'une consultation[30].

1.4.3 Procédure de consultation (2001 à 2003)

En juin 2001, le Conseil fédéral a chargé le DFJP de mettre en consultation les deux avant-projets. Au dossier de la consultation fut ajouté le rapport intermédiaire d'une commission d'experts chargée d'étudier la révision totale de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions[31]. Ce rapport contenait des contre-propositions aux dispositions sur le statut des victimes prévues par l'AP-CPP[32].

Jusqu'au mois de mars 2002, le DFJP a reçu 110 prises de position, représentant au total quelque 2000 pages. Se sont prononcés: tous les cantons, le Tribunal fédéral, 7 partis politiques et 76 associations et organisations intéressées. Les réponses ont été synthétisées et évaluées dans un rapport très fouillé, daté de février 2003[33].

En substance, il convient de relever que, sur le principe, la quasi-totalité des participants approuve expressément l'idée d'unifier le droit de la procédure pénale. D'aucuns qualifient ce projet, d'essentiel, de nécessaire, voire de prioritaire. Certains participants relèvent, en outre, que l'unification en question est un gain du point de vue de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi ainsi qu'au regard des principes fondateurs de l'Etat de droit. Une très nette majorité des participants

30 Avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs ainsi que rapports explicatifs, DFJP/Office fédéral de la justice, Berne, juin 2001. Ces quatre documents peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html.

31 LAVI, RS **312.5**

32 Rapport intermédiaire de la Commission d'experts chargée de réviser la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions – Avis et propositions relatifs à l'avant-projet de code de procédure pénale suisse, février 2001 (http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html).

33 Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, DFJP/Office fédéral de la justice, Berne, février 2003 (http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html).

souscrit à l'idée d'une loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs distincte du code de procédure pénale suisse. Conçue comme une *lex specialis,* la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs devrait contenir toutes les règles et uniquement les règles qui dérogent à la procédure pénale applicable aux adultes. La majorité des participants et, en particulier, des cantons a souscrit au modèle de poursuite pénale préconisé dans chacun des avant-projets: le modèle «ministère public II» (absence totale de juge d'instruction) s'agissant de la procédure pénale applicable aux adultes et le modèle «juge des mineurs» s'agissant de la procédure pénale applicable aux mineurs, modèle qui confère à l'autorité spécialisée qu'incarne ce juge, de larges compétences en matière d'instruction, de jugement et d'exécution[34].

Abstraction faite de cette question de principe et en dépit de multiples critiques détaillées, nombre de participants ont considéré que les deux avant-projets constituaient un travail sérieux pouvant servir valablement de base à une future unification de la procédure pénale.

1.4.4 Remaniement des avant-projets (2003 à 2005)

Par décision du 2 juillet 2003, le Conseil fédéral a pris acte des résultats de la procédure de consultation et a chargé le DFJP de remanier les avant-projets et d'élaborer un message relatif à l'unification de la procédure pénale en Suisse. Les projets de loi préparés par l'Office fédéral de la justice (OFJ) sur la base des résultats de la consultation ont été discutés avec les auteurs des deux avant-projets. De même, l'harmonisation entre les dispositions spéciales de la procédure pénale applicable aux mineurs et celles de la procédure applicable aux adultes a fait l'objet d'un examen conjoint entre l'OFJ et les experts.

En août 2005 a eu lieu, sous la présidence du chef du Département fédéral de justice et police un échange de vues sur quelques thèmes soigneusement sélectionnés[35] avec des représentants des autorités de poursuite pénale, de la doctrine en matière de droit pénal et de l'administration. Suite à cette rencontre, les projets ont été remaniés sur certains points.

34 Pour de plus amples détails concernant les différents modèles de poursuite pénale et les résultats de la procédure de consultation, cf. infra, ch. 1.5.2 et 1.6.5.

35 Rôle de la police dans le cadre de la procédure préliminaire; licéité d'arrangements conclus entre le ministère public et le prévenu; «avocat de la première heure», normes régissant les propositions relatives aux moyens de preuves; admissibilité de l'appel contre les jugements rendus par le Tribunal pénal fédéral; obligation pour les autorités chargées de la justice pénale des mineurs d'être spécialisées dans ce domaine et de ne couvrir que ce domaine.

1.5 Lignes de force du projet de code de procédure pénale suisse (P-CPP)

1.5.1 Caractéristiques générales

1.5.1.1 Un projet qui table sur l'existant

Le projet ne vise pas à instaurer pour la Suisse une procédure pénale totalement novatrice. Il s'inspire bien au contraire des procédures et institutions qui ont cours aujourd'hui dans la mesure où elles donnent satisfaction. Il les développe toutefois chaque fois que cela est nécessaire et judicieux, notamment sous l'angle du droit de rang supérieur (par exemple, Constitution fédérale, CEDH et Pacte international relatif aux droits civils et politiques [PIDCP]) afin d'établir ainsi une seule et même procédure pénale pour l'ensemble de la Suisse, procédure qui permette de tenir compte des évolutions du droit et de la société.

1.5.1.2 Une codification d'ensemble

Le projet ne vise pas seulement à codifier une part aussi importante que possible du droit procédural aujourd'hui disséminé dans nombre d'actes législatifs cantonaux et fédéraux (cf. supra, ch. 1.2), mais bien à régler cette matière d'une manière aussi globale que possible. Cela explique que le projet qui compte quelque 460 articles parfois détaillés, soit relativement volumineux. Quand bien même, par rapport à l'avant-projet de 2001, le texte a été élagué et sa rédaction simplifiée, celui-ci continue de présenter une densité normative élevée. Elle a été choisie ainsi pour renforcer l'effet unificateur. Il importe, en effet, que les nouvelles normes puissent, dès que possible, être appliquées de manière uniforme dans l'ensemble de la Suisse et sans poser de notables problèmes d'interprétation. Par ailleurs, il semble indiqué que la procédure pénale qui fonde, dans une large mesure, les droits et les obligations des personnes et autorités impliquées, soit régie par un seul acte du degré législatif. Par voie de conséquence, seules des questions d'importance secondaire et de nature plutôt technique seront réglementées au niveau de l'ordonnance. Tel est le cas, notamment, des prescriptions de détail concernant le calcul des frais de procédure (cf. art. 431) et les publications officielles (cf. art. 452). D'ailleurs, le principe selon lequel le droit de la procédure pénale doit, dans son ensemble, être codifié dans une loi, et n'être réglé par voie d'ordonnance que sur des points «marginaux» répond à la tradition législative suisse[36] et à celle des pays qui sont nos voisins[37].

36 A signaler cependant deux exceptions: la législation du canton des Grisons qui comporte un nombre relativement important d'ordonnances en la matière et, sur le plan fédéral, l'ordonnance concernant la justice pénale militaire (OJPM; RS **322.2**).

37 Le CPP allemand qui a été maintes fois révisé, compte plus de 500 articles; pour sa part, le nouveau CPP dont vient de se doter l'Autriche en compte 517. Quant aux lois de procédure pénale de nos voisins latins, elles sont pour le moins aussi volumineuses, même si l'on fait abstraction de diverses dispositions qui ne figureront pas dans le CPP suisse (France: 802 articles; Italie: 748).

1.5.1.3 Des atteintes limitées à la souveraineté des cantons en matière d'organisation judiciaire

Unifier le droit de la procédure pénale n'implique pas nécessairement que l'on uniformise également les autorités pénales à l'œuvre au niveau de la Confédération et des cantons. Comme l'organisation des autorités dont les cantons se sont dotés au fil des siècles est caractérisée par une indéniable diversité qui tient notamment à leurs disparités quant à la taille, il serait erroné de fixer, dans les détails, les autorités dont ils se doivent de disposer. Du reste, selon l'art. 123, Cst., l'organisation judiciaire continue d'être du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.

D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que sans une harmonisation minimum des organisations judiciaires, il est impossible de parvenir à une unification de la procédure pénale, puisque ce droit procédural se doit de tenir compte – du moins partiellement – des autorités existantes. Le projet qui vous est soumis, reprenant en cela la proposition contenue dans le concept «De 29 à l'unité»[38] et formulée au cours des auditions[39], ne restreint la souveraineté des cantons en matière d'organisation judiciaire que dans la mesure nécessaire pour garantir l'unification de la procédure pénale. Cette option représente un moyen terme entre une réglementation exhaustive de l'organisation des autorités de justice pénale et un régime qui laissait à la Confédération et aux cantons une totale liberté en la matière. Dans cet esprit, le projet prévoit de prescrire à la Confédération et aux cantons, en des termes assez rudimentaires, quelles autorités ils doivent instaurer, par exemple une police, un ministère public, des tribunaux de première instance ainsi que certaines autorités de recours. Pour le reste, il laisse dans une large mesure à la Confédération et aux cantons le soin de déterminer la composition de ces autorités, de leur donner une appellation et de définir les compétences matérielles qu'ils entendent leur attribuer (cf. infra, ch. 2.2.1.1 ad art. 14).

1.5.1.4 Tentative d'établir des réglementations équilibrées

Le projet tente d'établir un juste équilibre entre les intérêts diamétralement opposés qui sont en présence dans le cadre de la procédure pénale: ceux de l'Etat qui exerce le monopole de la justice répressive, ceux du prévenu mais aussi ceux de la victime. Il renonce à satisfaire des exigences extrêmes qui, certes, peuvent être formulées au titre de la défense unilatérale d'intérêts déterminés mais qui laissent ouverts les antagonismes entre intérêts collectifs et intérêts individuels, inhérents à la procédure pénale. De telles exigences ont également été formulées dans le cadre de la procédure de consultation. Elles portaient, par exemple, sur le rôle de la police durant la procédure préliminaire, sur les droits de la défense du prévenu ou sur le statut de la victime dans la procédure pénale. En l'occurrence, les positions adoptées par les uns et par les autres sont bien souvent irréconciliables, ce qui ne fait que refléter les antinomies inhérentes à la procédure pénale. Nous reviendrons sur ces aspects dans le commentaire de quelques dispositions.

38 P. 36.
39 P. 73, 83/84. Toutefois, au cours des auditions, il s'est élevé des voix pour demander une unification de l'organisation des autorités, cf., par exemple, p. 132.

1.5.1.5 Harmonisation avec d'autres lois de procédure de la Confédération

Le projet d'unification de la procédure pénale n'est pas le seul projet de droit procédural dont s'occupe actuellement la Confédération. Parallèlement à ce projet, les travaux d'unification de la procédure civile sont en cours[40]; par ailleurs, le Parlement a adopté le 17 juin 2005 la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, qui entrera vraisemblablement en vigueur le 1er janvier 2007[41] et la loi sur le Tribunal administratif fédéral[42].

L'unification de la procédure pénale (P-CPP) – autrement dit le remplacement par un texte unique des différents codes de procédure – permettra dans une large mesure d'uniformiser une terminologie caractérisée aujourd'hui par des notions aussi multiples que variées dans lesquelles on a tendance à se perdre. Par ailleurs, le projet induira une certaine harmonisation des dispositions de procédure au niveau de la Confédération. S'il est vrai que l'on retrouve dans toutes les lois de procédure des dispositions réglant les mêmes matières, ces dispositions varient souvent d'une loi à l'autre tant du point de vue formel que sur le plan matériel, sans que ces différences puissent s'expliquer pour des raisons objectives.

La loi sur le Tribunal fédéral qui vient d'être adoptée et les travaux simultanés d'unification de la procédure civile, d'une part, et de la procédure pénale, d'autre part, ont permis d'inventorier les matières qui sont réglées dans tous ces textes de procédure et, sur cette base, de veiller à une harmonisation aussi poussée que possible des dispositions concernées. On été notamment harmonisées les dispositions sur:

- la récusation;
- le droit de refuser de témoigner;
- l'assistance judiciaire gratuite de la partie plaignante;
- la notification;
- les délais, inobservation et restitution;
- l'explication de décisions, rectification et révision.

Dans les matières susmentionnées, les dispositions proposées sont parfois identiques et, parfois, elles ne sont que similaires. Par ailleurs, il a fallu laisser subsister certaines différences dans des matières qui, pour le reste, étaient réglées de manière uniforme. L'harmonisation se heurte à une limite dans deux cas: d'abord lorsque la structure et la systématique propres au texte de loi considéré imposent des différences quant à la forme; d'autre part, lorsque les différences qui caractérisent les objets de la procédure et les maximes qui régissent celle-ci, exigent l'adoption de règles spécifiques.

1.5.2 Un modèle de poursuite pénale unique

Le modèle de poursuite pénale caractérise la procédure préliminaire, c'est-à-dire les étapes en amont de la procédure judiciaire proprement dite, à savoir les investiga-

40 Le message devrait être publié d'ici le milieu de l'année 2006.
41 FF **2005** 3829; futur numéro au RS **173.110**.
42 FF **2005** 3875; futur numéro au RS **173.61**.

tions de la police et l'instruction pénale qui s'achève par une ordonnance de classement ou une mise en accusation. Le modèle de poursuite pénale choisi détermine en premier lieu les modalités selon lesquelles les faits essentiels de la cause et les moyens de preuves seront réunis pour être soumis ultérieurement au tribunal en vue du jugement au fond. Dans les différents modèles qui ont été envisagés, les différences portent avant tout sur les rapports réciproques entre les autorités intervenant dans la procédure préliminaire (police, juge d'instruction, ministère public) et sur leur rôle respectif dans cette procédure.

Les modèles d'instruction que l'on trouve en Suisse varient d'un canton à l'autre. Par mesure de simplification, on peut toutefois répartir les différentes variantes entre quatre modèles principaux dont les appellations sont passées dans l'usage: modèles «juge d'instruction» I et II et modèles «ministère public» I et II[43].

1.5.2.1 Les quatre grands modèles de poursuite pénale

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 subdivision en investigation policière et instruction proprement dite. Il s'agit donc d'une procédure en un seul temps: le juge d'instruction ouvre la poursuite pénale et l'activité de la police est subordonnée à ses directives. Quant au ministère public, il n'a pas le pouvoir de donner des directives au juge d'instruction; il n'intervient qu'en qualité de partie dans la procédure préliminaire. Lorsque celle-ci est close, il dresse l'acte d'accusation et soutient l'accusation devant les tribunaux. A l'heure actuelle, cinq cantons appliquent encore ce modèle au travers de leur code de procédure[44].

On dénombre aujourd'hui dix cantons qui appliquent le *modèle «juge d'instruction» II*[45]. La procédure préliminaire fait intervenir à la fois le juge d'instruction et le ministère public. Toutefois, à la différence de ce qui vaut dans le modèle «juge d'instruction» I, le premier n'est pas indépendant du second puisqu'il est soumis au pouvoir d'instruction de celui-ci, dans une mesure qui varie d'un canton à l'autre en fonction de la législation et de la pratique adoptée par les autorités judiciaires. Le mode de coopération entre le service des juges d'instruction et le ministère public est également variable: alors que dans certains cantons le juge d'instruction possède la compétence de classer une affaire ou, au contraire, de mettre le prévenu en accusation devant le tribunal, dans d'autres, le juge d'instruction n'a que la compétence d'instruire l'affaire et, à la rigueur, celle de la classer. Dans la majorité des cantons, seul le ministère public a le pouvoir de mettre le prévenu en accusation et de soutenir l'accusation devant le tribunal.

43 «De 29 à l'unité», p. 15 ss et, reprenant les 4 modèles principaux dégagés dans ce concept, rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 15 ss – L'appellation «modèle ministère public» I peut prêter à confusion puisque, dans ce modèle, le juge d'instruction participe à la procédure. Aussi serait-il préférable de parler de 3 modèles «juge d'instruction» et d'un modèle «ministère public».

44 GL, ZG, FR, VD et VS. SO appliquait encore ce modèle, il y a peu; mais il l'a abandonné pour adopter le modèle «ministère public» II (nouveau CPP en vigueur depuis le 1.8.2005).

45 BE, LU, SZ, OW, NW, BL (partiellement), SH, AR, GR, TG. Trois cantons (AI, SG, ZH) dont le système de poursuite pénale pouvait encore, il y a peu, être rattaché peu ou prou à ce modèle, ont adopté le modèle «ministère public» II.

Issu du droit français, le *modèle «ministère public» I* est caractérisé par l'intervention d'un *juge d'instruction* indépendant et par la bipartition de la procédure préliminaire. C'est sur ce dernier point qu'il se distingue du modèle «juge d'instruction» I. Avant même l'intervention du juge d'instruction, la police judiciaire mène les investigations sous la direction du ministère public. Ce n'est qu'ensuite que ce dernier requiert du juge d'instruction qu'il ouvre une instruction. Durant cette phase – à l'instar de ce qui vaut dans le modèle «juge d'instruction» I – le ministère public n'a que les droits d'une partie et n'a pas le pouvoir de donner des instructions. Lorsque l'information est close, le juge d'instruction transmet le dossier au ministère public qui décide de mettre le prévenu en accusation ou de classer l'affaire. Ce système a principalement cours en procédure pénale fédérale[46]; mais il est aussi connu dans cinq cantons[47].

Le *modèle «ministère public» II* est caractérisé par l'absence totale de juge d'instruction. Le ministère public conduit l'ensemble de la procédure préliminaire, celle-ci ne subissant pas de partition. Il dirige donc les investigations de la police, conduit l'instruction, dresse l'acte d'accusation et soutient l'accusation devant le tribunal. Habituellement, il dirige aussi la police judiciaire ou dispose, à tout le moins, du pouvoir de lui donner des instructions. Le fait que les investigations, l'instruction et la mise en accusation relèvent d'une seule et même autorité est de nature à conférer une grande efficacité à la poursuite pénale. Cependant, dans un tel système, il importe de prévoir des mesures telles que l'instauration d'un tribunal des mesures de contrainte et un renforcement des droits de la défense, afin de faire contrepoids au pouvoir étendu dont dispose le ministère public. Si, ces dernières années, quatre cantons appliquaient ce modèle, on en compte aujourd'hui six[48]. C'est aussi ce modèle que le Conseil fédéral préconise d'adopter dans le cadre du nouveau code de procédure pénale suisse.

1.5.2.2 Avis suscités par la question du modèle dans le cadre de la procédure de consultation

La question du modèle, étant donné sa portée et les incidences qu'elle peut avoir sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération et des cantons, a suscité un très large intérêt puisque près des trois quarts des participants se sont exprimés. Le modèle «ministère public» II préconisé dans l'avant-projet a emporté l'adhésion de 60 % des participants, qui ont été toutefois 40 % à le rejeter. Parmi les cantons, quinze se sont déclarés pour et onze contre[49]. Toutefois, les motifs invoqués par les partisans de ce modèle sont variables: si la majorité de ceux-ci s'est ralliée audit modèle parce qu'il lui semble être la meilleure solution, une minorité a pris la même option considérant qu'il ne serait plus opportun de remettre en cause le modèle

46 Art. 108, PPF.
47 UR, AG, NE, GE et JU.
48 BS, TI, SG, AI, SO, ZH, BL (pour la poursuite d'infractions relevant de la criminalité économique).
49 *Sont pour:* AR, AI, BL, BS, BE, GE, GR, SH, SZ, SO, SG, TI, UR, ZG, ZH, P.CS, PDC, PRD, PLS, PS, economiesuisse, SwissBanking, SKG, FSA, MP GE, KSBS, StA AG, Neustart, Stapo BE, Stapo ZH, Uni SG, OFP, EKF, HEV, SUISA, STS. *Sont contre:* AG, FR, GL, JU, LU, NE, NW, OW, TG, VD, VS, Les Verts, UDC, CP, FRSP, CVAM, AJP, Avocats GE, IKS, CCPCS, Police VD, Police Lausanne, Stapo SG, SSV, Uni Lausanne.

proposé dans l'avant-projet, étant donné que les travaux sont déjà bien avancés[50]. Plusieurs participants ont relevé que le choix du modèle n'a qu'une importance relative et ont insisté, en revanche, sur la nécessité de doter l'appareil de poursuites pénales de ressources humaines et de moyens appropriés[51] ou encore de prévoir une procédure s'inspirant largement des principes fondateurs de l'Etat de droit[52].

S'agissant de la question de savoir quel modèle mériterait d'être appliqué en lieu et place du modèle «ministère public» II, les réponses ont été les suivantes: douze participants ont opté pour le modèle «juge d'instruction» I[53], treize pour le modèle «juge d'instruction» II[54] et quatre pour le modèle «ministère public» I[55].

1.5.2.3 Motifs plaidant en faveur du maintien du modèle «ministère public» II

Force est tout d'abord de reconnaître la nécessité impérieuse de choisir un modèle bien déterminé. Dans un régime de droit procédural unifié, on ne saurait laisser en suspens la question de savoir quelles autorités pénales doivent assumer la responsabilité de la procédure préliminaire et avec quelles compétences. De la réponse à cette question primordiale dépend la teneur qui sera donnée à nombre de normes procédurales ayant, elles aussi, une portée fondamentale. Aussi, faute d'opter pour un modèle précis affaiblirait-on notablement l'effet escompté de l'unification. Ce point de vue ne concorde pas seulement avec la conviction exprimée par les experts et la majorité écrasante des participants à la consultation[56]; il est aussi celui de la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui, lors d'un échange de vues sur les résultats de la procédure de consultation[57], s'était déclarée nettement favorable à ce que l'on opte pour un modèle unique de poursuite pénale, qui soit la clé de voûte de la procédure préliminaire.

Cependant, on ne saurait ériger en dogme le choix du modèle ni surestimer la portée juridique de cette décision car, en fin de compte, tous les modèles de poursuite pénale actuellement appliqués en Suisse pourraient servir de base à une procédure pénale suffisamment efficace et respectueuse des principes fondateurs de l'Etat de droit. En l'occurrence, beaucoup de choses dépendent également du mode selon lequel les différents modèles de poursuite pénale sont appliqués au quotidien, de la manière dont les autorités de poursuite pénale interprètent leur mission, enfin des ressources dont celles-ci disposent.

Si le Conseil fédéral donne la préférence au modèle «ministère public» II s'agissant de la procédure pénale applicable aux adultes, c'est parce qu'il est convaincu que ce choix représente, sur le plan procédural, la solution la mieux à même de permettre,

50 Minorité: BE, GE, PLS, MP GE, StA AG.
51 GL, OW, PLS, CAPP.
52 JDS, FSA, FSP.
53 AG, GL, JU, VD, VS, Les Verts, CP, CVAM, AJP, Police VD, Uni Lausanne.
54 BE, FR, LU, NE, NW, OW, TG, UDC, IKS, CCPCS, Stapo SG, FSFP.
55 PLS, FRSP (qui pourrait également admettre le modèle «juge d'instruction» I), Avocats GE, FSA (pour le cas où le modèle «ministère public» II ne serait pas retenu).
56 De 29 à l'unité, p. 36 s. et rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 16, 19 ss
57 Echange de vues du 18 novembre 2002, organisé à l'instigation du chef du DFJP de l'époque.

aujourd'hui comme demain, une lutte efficace contre la criminalité. Les considérations ci-après ont été déterminantes dans ce choix:

- En tout premier lieu, la volonté d'améliorer l'efficacité de la poursuite pénale tout en préservant les intérêts légitimes des justiciables impliqués dans la procédure. Que le modèle «ministère public» II proposé soit le mieux à même de satisfaire à l'exigence d'efficacité de l'action pénale ne semble d'ailleurs pas contesté[58].
- Efficacité de l'action pénale ne signifie pas conférer un «superpouvoir» aux autorités de poursuite pénale, l'objectif n'étant pas de juger le prévenu au cours d'un procès aussi bref que possible. Il s'agit bien plutôt d'optimiser les processus entrant dans la procédure préliminaire: le fait de conférer au ministère public la responsabilité de l'instruction du début jusqu'au stade de la mise en accusation permet d'éviter que certaines tâches soient accomplies à double, ce qui ne peut que se produire dans les modèles où alternent (parfois même à plusieurs reprises) le ministère public et l'Office du juge d'instruction. Dans certains cas, cette alternance induit des charges supplémentaires non négligeables[59].
- Les avantages évoqués ci-dessus ne doivent pas faire perdre de vue que le modèle préconisé présente l'inconvénient d'induire une forte concentration de pouvoirs entre les mains du ministère public et un accroissement des responsabilités de celui-ci. Par voie de conséquence, cet inconvénient s'accompagne de l'abandon du principe du double examen et, dans certains cas, notamment lors d'affaires d'une certaine envergure, du risque que les relations entre le procureur et le prévenu tournent à l'affrontement. Ces inconvénients peuvent, toutefois, être compensés par des mesures appropriées: renforcement des droits de la défense, ceux-ci étant garantis dès le début de la procédure, instauration d'une instance compétente pour ordonner les mesures de contrainte et/ou en contrôler l'exécution, introduction d'un droit de recours contre les décisions et actes de procédure du ministère public (et de la police qui lui est subordonnée), devoir de récusation du ministère public également, extension du principe de l'immédiateté dans le cadre des débats, instauration d'une surveillance efficace du ministère public. S'agissant plus précisément du principe du double examen, il importe que celui-ci ne soit pas totalement abandonné même si l'on adopte le modèle «ministère public» préconisé. A cet égard, la constitution au cas par cas d'équipes chargées d'instruire des affaires d'envergure devrait permettre une certaine confrontation des points de vue.
- A l'instar des procureurs, les juges d'instruction incarnent l'autorité de poursuite pénale. Aussi, souvent, ne sont-ils pas en mesure de répondre aux attentes que l'on a de l'indépendance des juges et l'on peut même se demander si le statut de juge améliore la situation du prévenu non seulement d'un point de vue formel, mais encore de facto. Un point notamment suscite des

58 C'est dans ce sens également que se prononce le rapport «De 29 à l'unité», p. 35, en ce qui concerne les procédures sans juge d'instruction.

59 A telle enseigne que la procédure pénale de quelques cantons prévoit que dans les cas de petite et moyenne criminalité, le juge d'instruction est également compétent pour soutenir l'accusation une fois l'instruction close. Il s'agit de LU, SZ et autrefois ZH (avant qu'il n'adopte le modèle «ministère public» II). Cette réglementation revient au fond à instaurer un système très proche du modèle «ministère public» II.

doutes: dans quelle mesure les juges d'instruction sont-ils encore à même d'assumer, au cours de la procédure préliminaire, des fonctions consistant à ordonner des mesures de contrainte et à en contrôler l'exécution, ce qui rendrait superflue la création d'un tribunal des mesures de contrainte[60]. Ainsi donc l'espoir que les juges d'instruction, grâce à leur statut, puissent assumer simultanément les fonctions de juges de la détention, s'est révélé fallacieux. Du reste, dans sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg a dénié cette faculté au juge d'instruction soumis aux directives du ministère public, et même, dans certains cas de figure, au juge d'instruction indépendant, arguant de ce qu'ils manquaient d'impartialité[61].

– L'inconvénient majeur des deux modèles impliquant des juges d'instructions indépendants (modèles «juge d'instruction I» et «ministère public I») est de rendre difficile la mise sur pied, notamment dans les grands cantons, de sections spécialisées et efficaces, dirigées par des personnes d'expérience – ce qui sous-entend une organisation hiérarchisée – appelées à intervenir contre les types de criminalité les plus graves. Or, par définition, les juges d'instruction indépendants ne peuvent être liés par une hiérarchie. Pourtant, une telle hiérarchie est indispensable lorsqu'il s'agit d'instituer des sections spécialisées dans la lutte contre certaines formes de criminalité.

– Dans la pratique, le modèle «ministère public» II, tel qu'il est préconisé, présente l'avantage de pouvoir être concrétisé avec souplesse. Il est évident que, dans un petit canton, le ministère public devra être structuré différemment que dans un canton populeux, particulièrement touché par certaines formes de criminalité. La possibilité de désigner un premier procureur ou un procureur général, en particulier, conférera à la Confédération et aux cantons la latitude nécessaire pour mettre en place une organisation des autorités de poursuite pénale adaptée à leurs besoins. Ils pourront ainsi instituer des autorités d'instruction et des autorités de mise en accusation hiérarchisées et soumises à des directives, optimisant ainsi tant leur efficacité que leur direction et leur surveillance.

– Quand bien même des données chiffrées fiables font défaut, on peut estimer que l'adoption du modèle «ministère public» – si on le compare aux autres modèles, et notamment au modèle «juge d'instruction» I auquel va la préférence de la commission d'experts – ne devrait pas entraîner un accroissement des charges de personnel ni des frais, mais au contraire devrait se traduire par une diminution de ces dépenses. Le fait que ce modèle permet d'éviter les doubles emplois, est source d'économies. Inversement, la création d'un tribunal des mesures de contrainte (dont les fonctions sont d'ores et déjà assumées, du moins en partie, par des autorités judiciaires existantes) n'entraînera pas de charges supplémentaires qui ne doivent, tôt ou tard, être

60 Cf. rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 16 avec les références aux auditions.

61 Arrêts en la cause. Jutta Huber c/CH du 23.10.1990, Série A vol. 188 (Procureur de district ZH); H.B. c/CH du 5.4.2001 (Juge d'instruction SO). Cf. également arrêt I.O. c/CH du 8.3.2001 (Juge d'instruction BE) (arrangement amiable). Tous ces arrêts sont accessibles à l'adresse www.echr.coe.int. A la lecture de ces arrêts, il semble que la jurisprudence ait tendance à imposer que seuls des magistrats qui ne sont pas impliqués dans l'instruction pénale puissent non seulement statuer sur la légalité de la détention (selon l'art. 5, par. 4, CEDH) mais encore ordonner la détention (selon l'art. 5, par. 3, CEDH).

également supportées si l'on optait pour l'un ou l'autre des trois modèles concurrents[62].

– Un autre élément a influé sur le choix du modèle «ministère public» II: le fait que les cantons et les Etats qui ont modifié ou envisagent de modifier leur système de poursuite pénale ont opté pour ce modèle, suivant en cela une tendance très nette. En Suisse, ce modèle a été adopté, il y a quelques années par le canton du Tessin, suivi plus récemment par les cantons de St-Gall et d'Appenzell Rhodes-Intérieures et dernièrement par les cantons de Soleure et de Zurich[63]. Parmi les pays qui sont nos voisins, l'Allemagne a déjà, depuis un certain temps, renoncé à la fonction de juge d'instruction. L'Italie en a fait de même plus récemment et l'Autriche tout dernièrement. Par ailleurs, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, auquel la Suisse a adhéré, est, lui aussi, fondé sur le modèle «ministère public» II[64].

– Enfin, le résultat de la procédure de consultation sur cette question délicate a pesé de manière décisive «dans la balance»: outre les six cantons qui appliquent déjà le modèle «ministère public» II, neuf autres qui connaissent encore aujourd'hui une organisation différente de la poursuite pénale se sont déclarés favorables à l'adoption de ce modèle[65]. Il en a été de même de plusieurs organismes spécialisés, actifs à l'échelon de l'ensemble de la Suisse[66]. Inversement, la décision a été facilitée par le fait qu'aucune majorité nette ne s'est dégagée autour d'un modèle qui pourrait servir d'alternative[67].

1.5.3 Nouveaux instruments et formes de procédure

Ainsi que nous l'avons exposé au début du ch. 1.5.1.1, le projet s'inspire largement des institutions et des systèmes procéduraux déjà consacrés par les codes de procédure de la Confédération et des cantons. Il peut donc se limiter à apporter sur des points précis les améliorations et adaptations exigées par la jurisprudence des juridictions suprêmes ou par l'évolution des conceptions. Le projet contient également diverses réglementations actuellement inconnues de la plupart des codes de procédure que l'on trouve en Suisse. Ces innovations visent deux objectifs: d'une part, développer, dans une mesure appropriée, les droits de procédure des parties et, partant, le principe de l'immédiateté des débats; d'autre part, accroître l'efficacité de la poursuite pénale.

Parmi ces innovations, les principales sont les suivantes:

– Le projet reprend conséquemment le modèle de procédure préliminaire à un temps, c'est-à-dire le modèle «ministère public» II.

62 Pour de plus amples détails sur les incidences du choix du modèle sur la Confédération et les cantons, cf. infra, ch. 4.1 et 4.2.
63 Le canton du Jura constitue une exception puisqu'en 1990, il a abandonné le modèle «juge d'instruction» I au profit du modèle «ministère public» I.
64 Art. 53 ss du Statut (RS **0.312.1**), cf. Message du Conseil fédéral; FF **2001** 396 515 ss
65 AR, BL, BE, GE, GR, SH, SZ, UR et ZG.
66 Société suisse de droit pénal, Fédération suisse des avocats, Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse.
67 Cf. supra, ch. 1.5.2.2 in fine.

– Il développe le principe de l'opportunité déjà consacré dans la nouvelle partie générale du code pénal (cf. infra, ch. 2.1.2.2).

– Il renforce les droits de la défense en prévoyant différentes mesures, telles que l'assistance du défenseur à l'interrogatoire d'un prévenu («avocat de la première heure»), le droit du prévenu d'être assisté d'un défenseur à tous les stades de la procédure, le droit de garder le silence, l'obligation de fournir certaines informations au prévenu, également dans le cadre de la procédure d'investigation de la police (cf. infra, ch. 2.3.2.2; 2.3.4.2; 2.4.1.2; 2.4.1.3; 2.4.2.2).

– Le projet règle également de manière circonstanciée le statut de la victime dans la procédure et renforce partiellement ce statut par rapport à ce que prévoit actuellement la loi sur l'aide aux victimes d'infractions (cf. infra, ch. 2.3.3.2).

– Il répond à l'exigence de la protection des témoins, mais étend la portée des mesures de protection à toutes les personnes qui doivent être entendues dans le cadre de la procédure pénale, à l'exception des prévenus (cf. infra, ch. 2.4.1.4).

– Il instaure pour la Confédération et les cantons l'obligation de créer un tribunal des mesures de contrainte ayant la compétence d'autoriser les dites mesures et d'ordonner celles d'entre elles ayant un caractère incisif, telle que la mise en détention provisoire (cf. infra, ch. 2.2.1.3). Répondant également à des exigences qui se sont fait jour assez récemment, il ajoute à la liste des mesures de contrainte traditionnelles, l'observation policière dans le cadre de la procédure pénale (cf. infra, ch. 2.5.8.3) et la surveillance des relations bancaires (cf. infra, ch. 2.5.8.4).

– Suivant en cela certaines réglementations cantonales, le projet prévoit, à certaines conditions, la possibilité pour le ministère public et le prévenu de conclure des accords (ci-après: «procédure simplifiée», cf. infra, ch. 2.8.3).

– Le projet prévoit également des modes alternatifs de règlement des litiges: lorsqu'il y a infraction poursuivie sur plainte et qu'une exemption de peine peut entrer en ligne de compte une fois que l'auteur a réparé le dommage causé (art. 53, nCP[68]), le ministère public peut citer les parties à une audience de conciliation. Au surplus, il peut faire appel en tout temps à un médiateur qui tentera d'amener les parties à une solution transactionnelle librement négociée (cf. infra, ch. 2.6.3.3).

– Les dispositions concernant les débats renforcent la portée du principe de l'immédiateté: lorsque le ministère public requiert une peine ou une mesure privative de liberté non assortie du sursis, les parties peuvent demander que les preuves qui ont été administrées au cours de la procédure préliminaire le soient à nouveau durant les débats. Le tribunal ne peut refuser de faire droit à cette demande qu'à des conditions restrictives. Enfin, dans les cas bénins,

68 Dans le présent message, les art. du CP dans la teneur du 13 décembre 2002 (Modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal]), FF **2002** 7658, sont suivis du sigle «nCP».Quant aux dispositions du code pénal en vigueur elles sont désignées par le sigle «CP». Selon toute probabilité, la modification entrera en vigueur le 1er janvier 2007.

il peut, à certaines conditions, prévoir une procédure probatoire simplifiée qui a, en principe, lieu par écrit (cf. infra, ch. 2.7.2.3).

– Par ailleurs, le tribunal peut scinder les débats en deux parties: dans la première, il ne traite que des faits ou des faits et de la question de la culpabilité et, dans la seconde, que des conséquences d'un verdict de culpabilité ou d'un acquittement (cf. infra 2.7.2.3).

– Le projet simplifie le système des voies de recours au niveau cantonal, puisqu'il ne maintient que la voie particulière de la révision, le recours et l'appel. Disparaissent donc le pourvoi en nullité et le pourvoi en cassation que l'on connaît dans plusieurs cantons. Dans le cadre de la procédure pénale unifiée, la révision, le recours et l'appel constituent des voies de droit à la fois suffisantes et indispensables. En conséquence, au niveau fédéral également, il importe d'instaurer la possibilité de déclarer l'appel contre les jugements du Tribunal pénal fédéral (cf. infra, ch. 4.1.2.2).

– Si les juridictions de première instance font plus largement application du principe de l'immédiateté, la procédure écrite sera plus fréquemment utilisée en procédure de deuxième instance, notamment en appel, ce qui permettra de limiter la possibilité d'administrer de nouvelles preuves ou de preuves déjà administrées devant l'instance inférieure (cf. infra, ch. 2.9.3.2).

1.5.4 Instruments procéduraux écartés

Déjà dans l'avant-projet de 2001, on avait renoncé à reprendre certains instruments de procédure qui figurent dans quelques codes cantonaux ou dont il avait été question au début des travaux d'unification de la procédure pénale. Par ailleurs, compte tenu des résultats de la procédure de consultation, force a été de renoncer à maintenir d'autres réglementations pourtant prévues dans l'avant-projet.

1.5.4.1 Procédure de l'accusation privée

A l'heure actuelle, de nombreux cantons connaissent la procédure dite de l'accusation privée, applicable lors d'atteintes à l'honneur ou d'autres infractions poursuivies sur plainte. En l'occurrence, l'Etat laisse en quelque sorte au lésé le soin de conduire la poursuite pénale. Il incombe à ce dernier de mettre l'auteur en accusation, de produire les preuves nécessaires, de supporter les frais, etc. En d'autres termes, le lésé doit mettre en œuvre la procédure pénale, lui-même et à ses frais. Il est vrai que dans certains cantons, les infractions de ce type sont poursuivies dans le cadre d'une procédure d'office; toutefois, celle-ci est précédée d'une procédure de conciliation devant le juge de paix. Dans d'autres cantons, la procédure de l'accusation privée se déroule dans les formes du procès civil. Enfin, plusieurs cantons, notamment les cantons romands, ne connaissent pas l'institution de l'accusation privée.

Par souci de simplifier la procédure pénale, nous avons renoncé à introduire dans le projet le système de l'accusation privée. Le titre 8 ne règle que les procédures spéciales qui sont matériellement indispensables (par exemple, les procédures indépendantes en matière de mesures, cf. infra, ch. 2.8.4) où dont on escompte qu'elles contribueront notablement à alléger la procédure pénale ordinaire (par exemple, la

procédure de l'ordonnance pénale, cf. infra, ch. 2.8.1.1). Or ce dernier avantage ne devrait guère être le fait de la procédure de l'accusation privée si l'on considère globalement la charge qu'elle impose aux autorités pénales (c'est-à-dire le ministère public *et* les tribunaux). En outre, la procédure de l'accusation privée s'inspire plus ou moins fortement, selon les cantons, de la procédure civile, notamment là où, à l'instar du domaine civil, l'instruction pénale requiert une tentative de conciliation devant un juge de paix. Ce mélange d'éléments de procédure civile et de procédure pénale est problématique ne serait-ce que parce qu'il nécessite l'intervention d'autorités supplémentaires (juge de paix, médiateur) qui, hormis dans le cadre de l'accusation privée, ne remplissent aucune fonction en procédure pénale.

Cependant, certains éléments positifs de la procédure de l'accusation privée (soulignés par deux participants à la consultation[69]), ont été repris et étendus à toutes les infractions poursuivies sur plainte. Il est ainsi prévu qu'en présence d'une telle infraction, le ministère public et les tribunaux peuvent citer les parties en vue d'une tentative de conciliation (cf. infra, ch. 2.6.3.3). Si la tentative a échoué, les autorités peuvent, dans les cas dûment motivés, astreindre les parties à fournir des sûretés pour couvrir les frais de procédure et les indemnités.

1.5.4.2 Institution du «témoin de la Couronne»

L'institution dite du «témoin de la Couronne» est un mode d'administration des preuves issu du droit anglo-saxon. En principe, peut entrer en ligne de compte comme témoin de la couronne, le coauteur de l'infraction considérée qui, en échange d'une promesse d'exemption de peine ou de tout autre avantage procédural, accepte de témoigner contre ses co-inculpés[70]. L'Italie recourt à cette institution, apparemment indispensable dans la lutte contre les formes de criminalité les plus graves, notamment le crime organisé. Quant à l'Allemagne, elle a connu le témoin de la Couronne jusqu'à fin 1999.

Il est indubitable que le recours au «témoin de la Couronne» peut jouer un rôle majeur, voire déterminant, notamment lorsqu'il s'agit de démanteler des organisations criminelles[71]. En revanche, sous l'angle de l'Etat de droit, cette institution suscite des réserves d'envergure. Tout d'abord, dans la tradition juridique de l'Europe continentale et, en particulier, de la Suisse, le rôle de prévenu et celui de témoin sont incompatibles. Le prévenu ou le suspect ne saurait être témoin dans sa propre cause. Au surplus, l'institution du «témoin de la Couronne» viole le principe de l'égalité devant la loi, consacré par l'art. 8, al. 1, Cst. ainsi que le principe de la légalité qui en découle, dans la mesure où certains prévenus se voient accorder des avantages procéduraux au détriment d'autres participants à l'infraction considérée. Enfin, on peut douter de la crédibilité des déclarations à charge obtenues de la sorte de même que du respect du droit de chacun à un procès équitable au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH[72].

69 SG, TG. Pour sa part, JU salue expressément que le projet renonce à introduire la procédure de l'accusation privée.
70 Cf. le rapport «De 29 à l'unité», p. 56 ss
71 A propos des avantages de cette institution, cf. «De 29 à l'unité», p. 62.
72 Concernant ce dernier aspect, cf. la décision rendue le 21.10.1993 par la Commission européenne des droits de l'homme en la cause Alvaro Baragiola contre Suisse, JAAC 58.106.

Il semble bien qu'en Allemagne, les espoirs qui avaient été placés dans cette réglementation aient été déçus. Le fait qu'elle n'a été que très rarement appliquée pour être finalement abandonnée en est le meilleur révélateur. Eu égard aux sérieuses réserves que suscite l'institution en question[73] ainsi qu'au fait que dans leur pratique, les autorités pénales suisses n'ont encore jamais démontré un besoin concret d'instituer le «témoin de la Couronne», nous avons renoncé à cette innovation. Il n'y aurait lieu de revenir sur cette décision que si la progression de la criminalité en Suisse était telle qu'elle génère un véritable état de nécessité[74]. La prise en compte accrue de l'aide apportée par les prévenus dans l'élucidation des faits, en d'autres termes, la possibilité offerte à ceux-ci de bénéficier d'une atténuation de peine en échange de leur coopération et de leurs aveux, est une mesure qui a été jugée digne d'examen par les experts[75]. Toutefois, comme elle concerne au premier chef la quotité de la peine, elle relève du droit pénal matériel[76].

A l'instar de la procédure de l'accusation privée, l'institution du «témoin de la Couronne» n'était pas prévue dans l'avant-projet de 2001. Il n'est donc pas étonnant que sur ce point, les prises de position aient été rares. Toutefois, les trois participants qui se sont exprimés ont approuvé la renonciation à cette institution[77].

1.5.4.3 Avocat chargé de défendre les intérêts des animaux

Une autre institution n'était pas non plus prévue dans l'avant-projet de 2001, celle de «l'avocat des animaux». Connu aujourd'hui dans le canton de Zurich, cet avocat est chargé de sauvegarder les intérêts des animaux dans le cadre de procédures pénales où il revêt le statut de lésé. Lors de la consultation, deux organisations[78] ont demandé que le code de procédure pénale unifiée institue un tel avocat.

L'institution de «défenseurs adéquats» chargés de représenter les animaux en justice était également l'une des exigences posées par l'initiative populaire «Les animaux ne sont pas des choses!». Dans son message, le Conseil fédéral refuse de donner suite à cette exigence estimant qu'il serait inadéquat de la satisfaire par des normes du degré constitutionnel et qu'en outre la réglementation proposée dans l'initiative constituerait une atteinte – difficilement justifiable – à l'autonomie dont jouissent les cantons en matière d'exécution et d'organisation[79]. Par la suite, l'initiative a été retirée[80], son objectif principal – donner aux animaux un statut autre que celui de choses – étant atteint grâce à la mise en œuvre d'une initiative parlementaire[81]. Concrètement, le statut de l'animal a été amélioré par une série de modifications du

73 Cf. également à ce sujet «De 29 à l'unité», p. 56 ss et Auditions pp. 9, 14, 32, 37, 40, 43, 50, 63 s., 71, 81, 101, 137, 151, 159 ainsi que les ch. 131.2 (in fine) et 122.
74 Cf. également «De 29 à l'unité», p. 59 en haut.
75 «De 29 à l'unité», p. 65 s; solution accueillie en partie favorablement lors des auditions; cf. Auditions, notamment pp. 50 (in fine) et 101.
76 Cf. de manière générale l'art. 47 s., nCP. Un cas particulier d'atténuation de la peine est d'ores et déjà prévu à l'art. 260ter, ch. 2, CP (Organisation criminelle); à ce sujet, cf. «De 29 à l'unité», p. 54.
77 JU, economiesuisse, FRSP.
78 STS, Tier im Recht. Le Canton de Zürich, principalement intéressé, ne s'est pas exprimé sur cette question.
79 FF **2001** 2390
80 FF **2002** 6639
81 Initiative parlementaire (Marty Dick) du 22 décembre 1999: Les animaux dans l'ordre juridique suisse (99.467).

droit matériel (notamment, de dispositions du CC et du CO); en revanche, l'idée d'instituer un avocat spécialement chargé de défendre les intérêts des animaux n'a pas été suivie[82].

L'autonomie – déjà évoquée – dont jouissent les cantons en matière d'exécution et d'organisation leur reste en principe acquise même sous l'empire d'une procédure pénale unifiée. Il existe différentes manières de défendre en justice les droits des animaux. Outre l'institution d'un avocat des animaux selon le modèle zurichois, il est concevable de faire en sorte que certaines autorités de poursuite pénale se spécialisent dans les causes où les intérêts d'animaux sont lésés. Il est également envisageable de concéder à certaines autorités cantonales qui sont chargées de la protection des intérêts publics, les droits de parties[83]. Le projet permet l'une et l'autre solution. En effet, selon l'art. 14, les cantons règlent la composition, l'organisation et les attributions de leurs autorités pénales; quant à l'art. 102, al. 2, il permet aux cantons de reconnaître la qualité de partie à des autorités autres que le ministère public, dans le but de sauvegarder des intérêts public.

Dans ces conditions, il n'apparaît pas opportun de prescrire dans toute la Suisse l'instauration d'un avocat des animaux selon le modèle zurichois. A cela s'ajoutent certaines réticences à introduire une réglementation spéciale pour certaines catégories d'infractions et de victimes. En se prévalant des mêmes droits, d'autres groupes de la population pourraient revendiquer l'instauration d'autorités d'instruction, de mise en accusation ou de tribunaux taillés «sur mesure», par exemple pour poursuivre et juger les auteurs d'infractions contre les enfants ou contre l'environnement. En ce qui concerne plus particulièrement le ministère public, il convient de rappeler que celui-ci est «responsable de l'administration uniforme de la justice pénale de l'Etat» (art. 16, al. 2. Cette responsabilité induit non seulement le droit mais encore le devoir d'engager des poursuites pénales lorsqu'aucun motif tenant à l'opportunité ne milite clairement en faveur de la renonciation à de telles poursuites.

1.5.4.4 Interrogatoire contradictoire durant les débats

L'avant-projet de 2001 prévoyait la possibilité de procéder à un interrogatoire contradictoire durant les débats (art. 378, AP-CPP). Lors d'un tel interrogatoire, les témoins cités par les parties sont interrogés directement par celles-ci et non pas, comme c'est aujourd'hui généralement le cas en Suisse, par le tribunal. Ce type d'interrogatoire fait bien ressortir le caractère bipartite du procès pénal. Il est propre à prévenir le risque que le tribunal se mue en accusateur s'il interroge lui-même les parties. Il est également de nature à faciliter l'appréciation par le tribunal de la force probante et de la véracité des déclarations.

82 Cf. rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 janvier 2002; FF **2002** 3885 ss, et l'avis du Conseil fédéral du 27 février 2002 sur ce rapport; FF **2002** 5418 ss

83 Le code de procédure pénale révisé du canton de St-Gall (en vigueur depuis le 1er juillet 2000) permet de «jouer sur les deux tableaux». Ainsi a été créé un poste de fonctionnaire compétent dans l'ensemble du canton pour instruire les cas d'infractions contre les animaux et contre l'environnement; simultanément, le Département cantonal de l'économie publique s'est vu reconnaître la qualité de partie plaignante lors d'infractions à la loi sur la protection des animaux (art. 50, CPP/SG).

Lors de la consultation, la proposition d'introduire l'interrogatoire contradictoire a été rejetée à une très nette majorité, certains participants s'y opposant même avec véhémence[84]. Les principaux arguments avancés par les opposants sont les suivants: l'interrogatoire contradictoire est étranger à notre culture judiciaire; il fait perdre de l'objectivité aux débats et il nuit à l'établissement de la vérité; la défense risque d'en abuser pour «monter le procès en épingle»; enfin, un procès pénal ne doit pas se transformer en un spectacle qui – lorsqu'il est monté dans les règles de l'art – permet au public de se divertir de manière indigne aux dépens des prévenus et des témoins.

La netteté de ces résultats nous incite à renoncer à introduire l'interrogatoire contradictoire.

1.5.4.5 Renonciation à l'instauration de procédures spéciales pour l'examen ou l'admission de l'accusation

Ainsi que le préconisait déjà l'avant-projet de 2001, la décision du ministère public de mettre le prévenu en accusation ne doit pas faire l'objet d'un examen spécifique de la part d'une autorité judiciaire indépendante du tribunal compétent pour juger au fond. L'examen de l'accusation doit plutôt incomber à ce tribunal même (art. 332). Telle est d'ailleurs la solution retenue (avec certaines variantes) dans nombre de codes de procédures que l'on trouve en Suisse[85]. Elle a généralement donné toute satisfaction. Aussi a-t-elle été reprise dans le projet. Elle se distingue des régimes procéduraux dans lesquels le ministère public n'a que la compétence de proposer la mise en accusation[86], ou l'accusation fait l'objet d'une procédure spéciale d'admission[87] ou encore l'accusation peut faire l'objet d'un recours[88]. La concentration des compétences entre les mains du ministère public et l'examen de l'accusation par le tribunal chargé de juger l'affaire devraient, selon toute attente, permettre d'atteindre les objectifs de l'introduction du modèle «ministère public», à savoir simplifier les voies de recours, raccourcir les étapes précédant la procédure devant le tribunal, enfin accroître l'efficacité des autorités de poursuite pénale.

Cette simplification a été favorablement accueillie par la majorité des participants et en particulier par 22 cantons[89].

84 Pour de plus amples détails, cf. synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 80.

85 Mise en accusation et classement de l'affaire par les autorités chargées de l'instruction et sans aucune intervention d'autres autorités, notamment dans les cantons de AI, AG, AR, BL, BS, FR, LU, OW, SH, TG, ZH.

86 Tel est le cas dans les cantons de GE, GL, NE, SO, VD.

87 Tel est le cas à la Confédération et dans le canton de ZH (pour les procès devant la Cour d'assises et la Cour suprême).

88 Cantons FR et TI.

89 Y sont opposés FR, GE (il est indispensable d'instaurer une procédure d'examen préalable de l'acte d'accusation) et VD, TI (l'acte d'accusation doit pouvoir faire l'objet d'un recours).

1.5.5 Déroulement d'une procédure pénale ordinaire selon le projet de code de procédure pénale suisse

Nous allons dépeindre ci-dessous le déroulement d'une procédure pénale ordinaire tel qu'il est prévu dans le projet de code de procédure pénale unifiée.

Habituellement, à la suite d'une dénonciation émanant de particuliers ou d'une autorité (art. 300 et 301), la police procède aux premières *investigations*. Toutefois, le ministère public peut se passer de ces investigations pour ouvrir et conduire la *procédure préliminaire* (art. 308, al. 1, let. a in fine). La police relève et met en sûreté les traces de l'infraction (art. 305, al. 2) et au besoin appréhende les suspects (art. 216). Elle communique immédiatement les résultats des investigations au ministère public (art. 306), qui détermine s'il y a lieu d'ouvrir une *instruction* (art. 308). L'instruction, une fois ouverte, est conduite par le ministère public (art. 311 ss), qui entend le prévenu et les autres personnes pouvant prouver les faits (art. 154 ss), administre les autres *preuves* nécessaires (art. 189 ss) et ordonne, s'il le faut (par exemple, art. 268, 279, 283, 285), des mesures de contrainte, pour autant que le prononcé de ces mesures ne ressortisse pas au tribunal des mesures de contrainte (art. 18). Tous les actes auxquels procèdent la police et le ministère public (et, éventuellement, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions) sont sujets à recours devant l'autorité de recours (art. 401, al. 1, let. a); celle-ci connaît également des recours dirigés contre les mesures de contrainte qui ont été autorisées par le tribunal des mesures de contrainte (art. 401, al. 1, let. c).

Après la clôture de l'instruction, le ministère public décide de mettre le prévenu en accusation (art. 325 ss) ou de classer la procédure (art. 320 ss). L'ordonnance de classement est sujette à recours, ce qui n'est pas le cas de l'acte d'accusation (art. 323, al. 2, et 325, al. 2).

L'acte d'accusation est transmis directement (c'est-à-dire sans passer par une procédure spéciale d'examen) au tribunal de première instance qui, selon la gravité de l'affaire, est composé d'un juge unique ou d'un collège. Le tribunal vérifie si l'acte d'accusation et le dossier sont établis régulièrement (art. 330) et fixe la date des *débats* (art. 332). La manière dont seront structurés les débats dépend essentiellement de la sanction requise dans l'acte d'accusation. Si le ministère public a requis une peine privative de liberté non assortie du sursis ou une mesure privative de liberté, le tribunal procède, en général, à l'administration immédiate des preuves. Dans les cas de moindre gravité et lorsque certaines conditions sont remplies, le tribunal recourt à une procédure simplifiée d'administration des preuves, procédure qui peut se limiter à l'audition du prévenu (art. 345 s.).

Le jugement rendu en première instance est sujet à *appel* devant la juridiction d'appel (art. 406 ss). Les autres décisions mettant fin à la procédure, telles que les ordonnances de non entrée en matière ou les ordonnances de classement peuvent être attaquées par la voie du *recours* (art. 401 ss). La procédure de recours a lieu en principe en la forme écrite (art. 405). Même en appel, la procédure peut se dérouler par écrit, si tant est que certaines conditions sont remplies (art. 413). Dans le cadre de la procédure de recours ou d'appel, les preuves qui sont déterminantes (avec toutefois certaines restrictions) sont celles qui ont été administrées durant la procédure préliminaire ainsi que la procédure devant le tribunal de première instance (art. 397). La *révision* est la troisième voie de droit. Elle permet d'attaquer des jugements exécutoires en cas de découverte de nouveaux moyens de preuves (art. 417 ss). Les décisions portant sur les moyens de droit prévus par le présent

projet peuvent être déférées au Tribunal fédéral conformément à l'art. 78 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral[90].

1.6 Lignes de force du projet de loi fédérale sur la procédure pénale suisse applicable aux mineurs (P-LPPMin.)

1.6.1 Une loi spécifique

A l'instar des dispositions fixant les sanctions dont peuvent être passibles les mineurs et qui, aujourd'hui, ne sont plus statuées dans le code pénal mais font l'objet d'une loi spécifique[91], les règles de procédure applicables aux mineurs ne doivent pas être intégrées dans le code de procédure pénal ordinaire: elles doivent être réunies dans une loi spéciale. Cette loi, à l'instar de celle qui règle la condition pénale des mineurs, doit tenir compte des spécificités du droit pénal des mineurs, spécificités qui justifient deux réglementations matériellement distinctes – l'une pour les délinquants majeurs, l'autre pour les délinquants mineurs – et figurant dans des textes séparés. En effet, le droit pénal des mineurs met au centre de ses préoccupations la personne du jeune délinquant et non les faits punissables qu'il s'agit d'élucider.

Selon le projet qui vous est soumis, la procédure pénale applicable aux mineurs est conçue comme une *lex specialis* par rapport au présent code. Aussi cette loi ne contient-elle que l'ensemble des normes qui dérogent à celui-ci (art. 3, P-LPPMin.; cf. infra, ch. 3.1). Du point de vue de la technique législative, il eût été envisageable d'adopter d'autres solutions: par exemple réglementer l'ensemble de la procédure pénale applicable aux mineurs dans une loi spéciale ou encore, ainsi que le prévoyait l'avant-projet de 2001, dans un titre spécifique du présent code. La consultation a fait ressortir qu'une nette majorité des participants était favorable à une loi distincte du projet de procédure pénale. De même, une majorité s'est prononcée en faveur d'une *lex specialis*[92]. Ce système qui est d'ores et déjà appliqué – du moins partiellement – dans plus de la moitié des cantons[93], doit donc également être repris dans le cadre de l'unification du droit régissant la procédure pénale.

A l'instar de l'ancienne Partie générale du CP, la nouvelle loi sur la condition pénale des mineurs statue certains principes d'ordre procédural qui contribuent dans une notable mesure à une application uniforme des dispositions matérielles du droit pénal des mineurs. Aussi ces normes procédurales doivent-elles être reprises dans la nouvelle loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs.

90 FF **2005** 3829; futur numéro au RS: **173.110**.
91 Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, DPMin), FF **2003** 3990, dont l'entrée en vigueur est prévue le 1er janvier 2007; futur numéro au RS **311.1**.
92 Pour de plus amples détails, cf. synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 17.
93 Enumération des actes législatifs cantonaux dans le rapport explicatif relatif à l'avant-projet de LPPMin., p. 10 s.

1.6.2 Situation actuelle

Jusqu'à l'entrée en vigueur du nouvel art. 123 de la Constitution[94], le 1er avril 2003, la procédure pénale applicable aux mineurs (c'est-à-dire aux personnes commettant un acte punissable avant l'âge de 18 ans[95]) était, elle aussi, de la compétence exclusive des cantons. C'est ainsi que les cantons[96] ont légiféré en la matière, créant des procédures très différentes d'un canton à l'autre, mais qu'il est possible de regrouper, pour l'essentiel, en deux modèles de base différents:

– *Le modèle du juge des mineurs*: principalement choisi par les cantons romands[97], ce modèle prévoit une union personnelle entre le magistrat chargé de mener l'instruction, le magistrat chargé de rendre un jugement et la personne chargée de superviser l'exécution de ce jugement. Il s'agit donc d'un système qui vise essentiellement à personnaliser la prise en charge du mineur, le pouvoir de décision appartenant à la personne qui le connaît le mieux, c'est-à-dire le magistrat qui a mené l'instruction. Au cours de la phase d'instruction, le juge des mineurs est chargé d'établir les faits et de cerner la personnalité de l'auteur. Durant la phase de jugement, il intervient en tant que juge unique dans les cas de moindre gravité ou en tant que membre du tribunal des mineurs dans les cas de gravité accrue. Finalement, durant la phase d'exécution de la sentence, le juge des mineurs intervient en tant qu'autorité de contrôle de la bonne exécution, ainsi qu'en tant qu'autorité de décision lorsque des choix doivent être faits.

– *Le modèle du Jugendanwalt*: principalement en vigueur dans les cantons alémaniques[98], ce modèle prévoit – tout au moins en partie – de manière plus marquée que dans le modèle du juge des mineurs, une séparation des fonctions. C'est ainsi que l'instruction est confiée à un magistrat nommé *Jugendanwalt*, qui a la double charge d'établir les faits et de cerner la personnalité de l'auteur. La phase de jugement est ensuite de la compétence du *Jugendanwalt* dans les cas de peu de gravité et d'un tribunal ordinaire (le *Jugendgericht*) dans les cas de gravité accrue. Dans cette dernière hypothèse, le *Jugendanwalt* intervient devant le tribunal pour y soutenir la cause, agissant alors à la fois comme un accusateur public et comme un défenseur du mineur. Finalement, comme dans le modèle du juge des mineurs, l'exécution des décisions prises par le *Jugendanwalt* ou le tribunal appartient au *Jugendanwalt*.

1.6.3 L'avant-projet de 2001

Entre les deux modèles qui viennent d'être dépeints, l'avant-projet a opté pour le modèle du juge des mineurs. Afin de tenir compte des réserves – tenant notamment aux valeurs fondatrices de l'Etat de droit – que suscite la double autorité d'instruction et de jugement (au niveau du tribunal des mineurs) qu'est appelé à exercer ce

94 RS **101**; RO **2002** 3147
95 Cette définition ressort de l'art. 1, al. 1, let a, DPMin (FF **2003** 3990).
96 La Confédération, quant à elle, ne possède pas de loi de procédure pénale applicable aux mineurs, ces derniers étant en règle générale pris en charge par des autorités cantonales.
97 FR, GE, JU, VD, VS, ainsi que BE et TG.
98 AG, AR, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, UR, ZG, ZH.

magistrat, l'avant-projet prévoyait, entre autres mesures, le droit pour le prévenu mineur de récuser son juge, droit pouvant être exercé sans condition.

1.6.4 Réactions suscitées par le choix du modèle dans le cadre de la procédure de consultation

A la différence de ce qui a prévalu pour l'AP-CPP, l'intérêt des participants ne s'est pas focalisé sur la question du modèle (juge des mineurs ou Jugendanwalt). Le point controversé a été bien plutôt le cumul de fonctions entre les mains d'un seul et même magistrat qui, normalement, intervient à tous les stades de la procédure. Pour certains participants, cette union personnelle n'est pas acceptable car elle remet en cause l'indispensable indépendance du juge; pour d'autres, ce cumul de fonctions a une importance primordiale si l'on veut tenir compte des spécificités du droit pénal des mineurs et infliger aux mineurs délinquants des sanctions «sur mesure». En ce qui concerne les mesures prévues dans l'avant-projet – notamment la possibilité de récuser purement et simplement le juge des mineurs jusqu'à l'ouverture des débats devant le tribunal des mineurs – afin de contrebalancer la concentration des pouvoirs entre les mains du même juge, elles ont été qualifiées d'insuffisantes par la plupart des participants opposés au modèle «juge des mineurs»[99].

1.6.5 Maintien par principe du modèle «juge des mineurs»

Derrière les deux modèles de procédure pénale décrits ci-dessus, ainsi que derrière les 26 prises en charge des mineurs différentes d'un canton à l'autre, subsiste toutefois une même idée: rendre une justice humaine qui puisse prendre en compte la situation personnelle, familiale, et scolaire ou professionnelle du mineur pour l'amener à sortir de la situation qui l'a mené à la commission d'une infraction. C'est, évidemment, dans la même mouvance que s'inscrit la procédure pénale unifiée applicable aux mineurs.

Partant du constat que la grande majorité des participants considère que le modèle «juge des mineurs», tel que préconisé, est propre à permettre d'atteindre les objectifs spécifiques de la procédure pénale applicable aux mineurs, le Conseil fédéral propose de s'en tenir à ce modèle par principe. La controverse à laquelle donne lieu la question de savoir si l'union personnelle, aussi marquée, qui est inhérente à ce modèle est souhaitable, ne doit pas être aplanie dans un sens ou dans un autre. Il convient au contraire de laisser aux cantons toute latitude de déterminer si le juge des mineurs qui a conduit l'instruction peut également siéger comme membre du tribunal des mineurs lors des débats ultérieurs. Pour l'essentiel, trois raisons plaident en faveur de cette solution. D'abord, sous l'angle de l'acceptabilité pour les justiciables, les deux modèles ne présentent en pratique aucune différence. Ensuite, dans l'état actuel du droit, même le régime qui instaure une union personnelle autour des fonctions d'instruction et de jugement, n'est pas incompatible avec les engagements

99 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 102 ss

contractés par la Suisse au niveau international[100]. Argument décisif, enfin: à l'heure actuelle et quel que soit le modèle en vigueur, l'instruction dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs est conduite – et c'est là une différence par rapport à la procédure pénale des adultes – par un seul et même magistrat (Jugendanwalt ou juge des mineurs; procédure préliminaire à un temps) qui, dans plus de 90 % des cas, procède également au jugement du mineur délinquant. Ne restent donc que quelques cas graves qui doivent être déférés au tribunal des mineurs. Le juge des mineurs qui a conduit l'instruction doit-il participer au jugement de ces cas? La réponse à cette question doit être laissée à la libre appréciation des cantons.

1.6.6 Autres lignes de force du projet

Ci-après, nous énumérerons à grands traits les autres lignes de force du P-LPPMin. Elles s'expliquent par les particularités du droit pénal des mineurs et tiennent partiellement au choix du modèle.

- A l'instar des réglementations cantonales en vigueur, le projet distingue *quatre fonctions* qui sont assumées par les autorités publiques dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs, à savoir l'instruction pénale, la mise en accusation, le jugement et la surveillance de l'exécution. Le projet prescrit impérativement ces quatre fonctions sans pour autant imposer ou exclure une union personnelle entre les différentes autorités. A signaler cependant une exception: le magistrat qui a soutenu l'accusation devant le tribunal des mineurs ne peut pas être membre de ce tribunal (art. 6 et 7; cf. infra, ch. 3.2).
- La décision de principe qui vient d'être évoquée permettra aux cantons de conserver leur organisation respective moyennant certaines restrictions: d'une part, les partisans du modèle du juge des mineurs pourront ainsi conserver leur régime d'union personnelle, à cela près qu'un procureur des mineurs devra pouvoir intervenir dans le procès (art. 6, al. 2, et 22, cf. infra ch. 3.2 et 3.4.1). D'autre part, les partisans du modèle du *Jugendanwalt* pourront également appliquer leur modèle d'indépendance du juge devant lequel le *Jugendanwalt* intervient (non pas en tant que membre du tribunal, mais en tant que procureur des mineurs) pour soutenir l'action publique.
- Le projet qui vous est soumis désigne la police, le juge des mineurs et le ministère public des mineurs comme autorités de poursuite pénale (art. 6). En revanche, il ne prévoit pas les autorités administratives qui existent encore dans quelques cantons (et qui jouent, en particulier, un rôle dans les procédures dirigées contre les enfants). En outre, à la différence de l'avant-projet de 2001, il n'instaure pas d'autorités pénales compétentes en matière

100 Pour de plus amples détails, cf. rapport explicatif relatif à l'avant projet LPPMin, p. 44 ss – Le Comité de l'ONU pour les droits de l'enfant a recommandé à la Suisse dans ses observations finales du 13 juin 2002 relatives au rapport de cette dernière sur la Convention de l'enfant (RS **0.107**) de reconsidérer son point de vue sur cette problématique. Selon l'avis du Comité, «la clause stipulant que la cause de l'enfant doit être entendue par une autorité ou une instance judiciaire indépendante et impartiale [art. 40, par. 2, let. *b*, ch. iii] ne signifie pas nécessairement et en toutes circonstances que les fonctions d'instruction et de jugement ne puissent être confiées à un seul et même juge» (par. 7e des Observations finales, document CRC/C/15/Add.182).

de contraventions. Partant, même dans les cas de contraventions, la poursuite pénale incombera exclusivement aux autorités énumérées à l'art. 6 (cf. infra, ch. 3.2).

– Il ressort des considérations qui précèdent que la procédure pénale des mineurs fait aussi intervenir un ministère public. Toutefois, il ne joue qu'un rôle restreint, sans commune mesure avec celui du procureur dans le cadre de la procédure pénale des adultes. En particulier, il ne lui incombe pas de conduire l'instruction (art. 19, let. c, et 22 et 27; cf. infra, ch. 3.4.1).

– Autre différence par rapport au projet de code de procédure pénale: l'institution du tribunal des mesures de contrainte est étrangère à la procédure pénale des mineurs. La fonction de ce tribunal sera assumée – comme c'est déjà le cas dans la plupart des cantons – par le magistrat qui instruit la procédure, à savoir, selon le projet qui vous est soumis, le juge des mineurs (art. 27, al. 3, let. a, cf. infra, ch. 3.5.1).

– Le projet contient d'autres dispositions qui s'écartent de la réglementation prévue dans le projet de code de procédure pénale ordinaire, afin de tenir compte des spécificités de la procédure pénale des mineurs. Parmi ces dispositions, citons celles qui confèrent de plus larges possibilités en matière de conciliation et de médiation (art. 17 et 18, cf. infra, ch. 3.3) ou le principe selon lequel la procédure pénale à l'égard des mineurs se déroule à huis clos (art. 15, cf. infra, ch. 3.3). Font également l'objet d'une réglementation spécifique les conditions auxquelles est subordonnée la défense obligatoire (art. 24, cf. infra, ch. 3.4.2), celles qui régissent la mise en détention préventive et l'exécution de la détention provisoire et de la détention pour motifs de sûreté (art. 30 et 31, cf. infra, ch. 3.5.1) ou encore l'application de la procédure par défaut (art. 35, cf. infra, ch. 3.5.2).

1.7 Droit comparé

1.7.1 Introduction

Disposant d'un code pénal unifié (droit pénal matériel) mais d'une procédure pénale (droit pénal formel) qui varie d'un canton à l'autre, la Suisse constitue en Europe l'exception par excellence. Elle est, en effet, le seul Etat d'Europe à ne pas s'être doté d'un régime de procédure pénale unique pour l'ensemble de son territoire. Or, aujourd'hui, sur le plan européen, la tendance est, au contraire, à une harmonisation *supra*nationale renforcée des règles portant sur certains aspects de la procédure pénale[101]. Ce constat vaut tant pour le droit de l'UE (cf. le ch. ci-après) que pour la Convention européenne des droits de l'homme où la tendance susmentionnée est particulièrement marquée (cf. infra, ch. 6.2).

101 A ce sujet, cf. *Jean-Marc Verniory*, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Diss GE, Bern 2005, p. 60 ss *(«Bientôt une procédure pénale européenne?»)*; *Robert Esser*, Rahmenbedingungen der Europäischen Union für das Strafverfahrensrecht in Europa, Zeitschrift für europäische Studien, 2004, p. 289 ss

1.7.2 Statut de Rome

Après différentes tentatives qui ont eu lieu par le passé, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale fonde aujourd'hui un régime de procédure pénale, élaboré sur une base universelle et ratifié par une grande majorité de la communauté des Etats[102]. Le Statut pose les fondements d'une Cour pénale internationale permanente, compétente pour juger de crimes particulièrement graves, tels les génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, lesquels concernent la communauté des Etats dans son ensemble. Dans son message du 15 novembre 2000[103], le Conseil fédéral a décrit la réglementation de la procédure pénale devant la Cour pénale internationale comme le produit de la tentative fructueuse de fondre en un tout – utilisable et fonctionnel – la meilleure part des divers systèmes juridiques, en particulier dans les espaces de la *«common law»* et de la *«civil law»*[104]. Compte tenu du contexte particulier dans lequel le Statut de Rome est censé être appliqué, du statut de la Cour pénale en tant qu'organe compétent à titre subsidiaire par rapport aux juridictions pénales nationales, et eu égard à la nature des infractions poursuivies, les dispositions de procédure contenues dans le Statut ne peuvent être comparées que conditionnellement aux normes nationales de procédure pénale. Dans la mesure toutefois où il est possible de tirer des parallèles, on peut constater de larges convergences sur des points capitaux. Cette remarque vaut au premier chef pour le statut et les droits du prévenu et de la victime (art. 55 s., 67 et 68), la procédure de détention (art. 58), l'instauration d'une «Chambre préliminaire» dans la procédure préliminaire, laquelle ne fait pas intervenir de juges d'instruction (art. 53 s. et 57). Le Statut présente cependant une différence essentielle par rapport au projet en prévoyant une procédure spéciale de validation de l'acte d'accusation: celui-ci doit être confirmé par la Chambre préliminaire avant le jugement devant la Chambre de première instance (art. 61). Le projet renonce, quant à lui, à cette procédure intermédiaire (cf. supra, ch. 1.5.4.6). Autre point sur lequel le projet se différencie du Statut: ce dernier ne permet pas la conclusion d'accords entre le ministère public et le prévenu (art. 61, al. 4, et 65, al. 5).

1.7.3 Relation avec le droit européen

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'un des objectifs primordiaux que poursuit l'UE est de constituer un «espace de liberté, de sécurité et de justice». Le droit européen qui se développe de manière dynamique en fonction de cet objectif vise, en particulier, à étendre notablement la coopération policière et judiciaire en matière pénale; en conséquence, les prérogatives concédées à l'UE dans ces domaines sont relativement vastes. Elles s'étendent tant au droit pénal matériel (harmonisation minimale des normes réprimant la criminalité organisée, le terrorisme et le trafic de stupéfiants) qu'à la procédure pénale et aux aspects connexes (art. 31, TUE[105]), en passant par l'entraide judiciaire internationale et l'extradition. Dans les deux premiers domaines cités, le droit de l'UE repose, en particulier, sur le «principe

102 Ratifié par la Suisse le 12 octobre 2001, RS **0.312.1**.
103 FF **2001** 359
104 FF **2001** 396
105 Traité sur l'Union européenne (version consolidée; JOCE C 325 du 24.12.2002, p. 5).

de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires[106]», dont la première application importante été le mandat d'arrêt européen[107]. Eu égard aux dispositions adoptées aux fins de faciliter la coopération judiciaire, ce principe est appelé à jouer un rôle-clef[108].

A l'heure actuelle, le droit de l'UE n'a encore que des retombées partielles sur le droit régissant la procédure pénale dans les Etats membres. Toutefois, l'UE a prévu une harmonisation (minimale) plus poussée des législations nationales en la matière, dans le but de renforcer la confiance réciproque des Etats membres dans la législation nationale de chacun des partenaires. L'évolution qui vient d'être esquissée n'a pas de portée directe pour la Suisse puisque, sur le plan institutionnel, elle se déroule hors du cadre de la coopération instaurée par Schengen.

Les actes législatifs de l'UE qui touchent à la procédure pénale concernent différents aspects de cette procédure. Ils sont conçus comme des normes minimales, d'où la portée juridique variable qu'ils revêtent. L'évolution dans ce domaine est caractérisée par des grands axes auxquels nous consacrons les chiffres qui suivent.

1.7.3.1 Droits procéduraux

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[109], qui a été intégrée en tant que titre II dans la future constitution de l'UE[110], consacre le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal, la possibilité pour toute personne de se faire conseiller, défendre et représenter, le droit à une aide juridictionnelle, enfin la garantie du respect des droits de la défense. La Suisse connaît des dispositions identiques fondées sur la CEDH[111] et sur la Constitution fédérale[112], dispositions qui ont été prises en compte lors de l'élaboration du projet[113].

Afin d'améliorer les droits des suspects et des accusés, la Commission a élaboré une proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne[114]. La consultation du Parlement européen étant achevée, la proposition a été soumise au Conseil pour avis. Le texte proposé règle l'accès à l'assistance d'un avocat, l'accès gratuit aux services d'un interprète et d'un traducteur, la garantie pour les personnes incapables de comprendre la procédure de bénéficier d'une attention adéquate, le droit de communiquer, l'information écrite des suspects au sujet de leurs droits. La

106 Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (JOCE. C 12 du 15.1.2001, p. 10).
107 Décision-cadre 2002/584/JI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JOCE. L 190 du 18.7.2002, p. 1).
108 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19.5.2005 sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États Membres (COM [2005] 195 final).
109 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (JOCE C 364 du 18.12.2000, p. 1).
110 Art. 61 à 114 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (JOCE C 310 du 16.12.2004, p. 1).
111 RS **0.101**
112 RS **101**
113 Cf. infra, ch. 6.1 et 6.2.
114 COM (2004) 328 final.

manière dont ces droits ont été réglés est influencée par la mobilité renforcée des habitants de l'Union. Cela explique que ces droits soient parfois nettement plus développés que ceux que prévoit le présent projet, notamment en ce qui concerne le recours à un traducteur et l'enregistrement du procès lorsqu'il est fait appel à un interprète. Toutefois, le projet qui vous est soumis statue des garanties équivalentes.

1.7.3.2 Statut de la victime dans le cadre de la procédure pénale

Le statut de la victime dans le cadre de la procédure pénale est réglé de manière détaillée par la décision-cadre 2001/220/JI[115] du Conseil. Celle-ci contient notamment des dispositions sur l'audition et la fourniture de preuves, l'information des victimes, les garanties de communication, l'assistance spécifique à la victime ainsi que le droit à une protection. D'autres normes concernent le statut des victimes résidant dans un autre Etat membre et la coopération entre Etats membres. La décision-cadre fixe des standards minimaux que les Etats membres sont tenus de mettre en œuvre. Le présent projet satisfait aux exigences du texte européen, quand bien même il ne règle pas quelques points expressis verbis. La décision-cadre statue, par exemple, que les victimes ne doivent être interrogées que dans la mesure nécessaire à la procédure pénale. Or le projet ne contient pas de disposition générale correspondante; il prévoit seulement une norme qui règle de manière spécifique les auditions d'enfants (art. 151). Toutefois, en statuant l'obligation pour les autorités pénales de garantir les droits de la personnalité des victimes (art. 149, al. 1) de même que les principes généraux du respect de la dignité humaine et de la proportionnalité (art. 3), le projet parvient aux même résultats que la décision-cadre s'agissant de l'audition des victimes. A la différence de la décision-cadre, le projet ne contient pas non plus de disposition prévoyant expressément que, dans l'aménagement des locaux, notamment des locaux judiciaires, il y a lieu de tenir compte de la situation particulière des victimes. Toutefois, l'art. 149 statue que les autorités pénales garantissent les droits de la personnalité des victimes et évitent que la victime soit confrontée avec le prévenu si celle-ci l'exige, ce qui implique un aménagement de locaux en conséquence (149, al. 3). Le présent code ne contient donc aucune disposition qui aille à l'encontre de la décision-cadre.

1.7.3.3 Protection des témoins et régime applicable aux «témoins de la couronne»

Dans une résolution datée du 23 novembre 1995[116], le Conseil a invité les Etats membres à garantir une protection appropriée des témoins et a défini à cette fin un certain nombre de grandes orientations. Il s'agit de protéger les témoins et leurs proches contre toutes les formes de menace, de pression ou d'intimidation directes ou indirectes, avant, pendant et après le procès. Si les personnes en question étaient

115 Décision-cadre 2001/220/JI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (JOCE L 82 du 22.3.2001, p. 1).

116 Résolution du Conseil du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale (JOCE C 327 du 07.12.1995, p. 5).

exposées à une menace d'une extrême gravité, elles devraient pouvoir être autorisées à changer d'identité. Parmi les moyens de protection préconisés figure également la possibilité de déposer dans un lieu différent de celui où se trouve la personne poursuivie, par le recours, si nécessaire, à des procédés audiovisuels. A l'art. 146, le projet prévoit des mesures de protection lors d'actes de procédure en général, notamment la possibilité d'assurer l'anonymat de la personne à protéger (cf. également art. 147), celle de procéder à des auditions en l'absence des parties ou à huis clos, enfin celle de modifier l'apparence et la voix de la personne à protéger ou de masquer celle-ci à la vue. Quant à l'art. 153, il permet de prendre des mesures de protection également après la clôture de la procédure. Pour l'essentiel, les mesures prévues par le présent code correspondent aux grandes orientations préconisées par le Conseil dans sa résolution. Toutefois, comme ces mesures ne sont pas énumérées exhaustivement à l'art. 146, rien n'empêche d'adopter des dispositions supplémentaires si le besoin s'en fait sentir.

Le 20 décembre 1996[117], le Conseil a invité les Etats membres à adopter des mesures appropriées pour encourager à collaborer à l'action de la justice les personnes qui participent ou ont participé à des délits relevant de la criminalité organisée, ainsi qu'à envisager d'accorder, à certaines conditions, des avantages à ces personnes. Le présent projet ne contient pas de dispositions réglant la collaboration avec les autorités judiciaires de personnes impliquées dans des affaires de criminalité; en particulier, l'option a été prise de renoncer à l'institution du «Témoin de la Couronne»[118]. En revanche, le droit pénal matériel (art. 260ter, ch. 2, CP) prévoit l'octroi d'avantages au sens de la résolution susmentionnée, dans le cadre des infractions relevant de la criminalité organisée.

1.7.3.4 Surveillance de la correspondance par télécommunication

Le 17 janvier 1995, le Conseil a adopté une résolution relative à l'interception légale des télécommunications[119]. Il y a invité les Etats membres à soutenir la mise en application des spécifications figurant dans l'annexe à la résolution. Celles-ci constituent un condensé des besoins des autorités compétentes pour la réalisation technique des mesures de surveillance de la correspondance par télécommunication. Même après l'entrée en vigueur du projet de code de procédure pénale unifiée, l'exécution de cette surveillance continuera d'être régie par la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)[120]; le projet ne prévoit pas de modification du régime de surveillance instauré par ladite loi.

L'action commune relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, adoptée par le Conseil le 24 février 1997[121] oblige chaque Etat membre notamment à prendre les mesures nécessaires pour garantir que, en

117 Résolution du Conseil du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée (JOCE C 10 du 11.1.1997, p. 1).
118 Les motifs de cette décision sont exposés au ch. 1.5.4.2.
119 JOce C 329 du 4.11.1996, p. 1.
120 RS **780.1**
121 JOCE L 63 du 4.3 1997, p. 2.

dehors des mesures de contrainte ordinaires, telles que la perquisition et la saisie, des moyens et techniques d'enquêtes adéquats soient mis en œuvre, afin que les infractions visées par l'action commune puissent faire l'objet d'enquêtes et de poursuites menées efficacement. Le projet qui vous est soumis prévoit de n'autoriser la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, le recours à des dispositifs techniques de surveillance et l'investigation secrète que dans le cadre de la poursuite d'infractions énumérées exhaustivement (art. 268, 280 et 285). Les infractions visées par l'action commune figurent dans cette énumération. Sur ce point, le projet est donc en harmonie avec ladite action commune.

1.8 Mise en œuvre

1.8.1 En général

Les projets de code de procédure pénale et de loi régissant la procédure pénale applicable aux mineurs visent à établir une réglementation aussi complète et détaillée que possible pour l'ensemble de la Suisse (cf. supra, ch. 1.5.1.2). Toutefois, la latitude qu'ils confèrent dans l'organisation des autorités judiciaires et le besoin de réglementations complémentaires qu'ils font apparaître, obligeront la Confédération et les cantons à adopter des législations d'exécution ou, du moins, leur laisseront une marge suffisante pour le faire. Le projet qui vous est soumis, contient, en particulier, de nombreuses références à une législation d'exécution – obligatoire ou facultative – que la Confédération et/ou les cantons sont censés établir. La mise en vigueur du régime unifié de la procédure pénale exige que la Confédération et les cantons se soient préalablement dotés des lois introductives nécessaires et que les autorités fédérales aient arrêté différentes ordonnances. En d'autres termes, les autorités cantonales et fédérales devront veiller à ce que les dispositions d'exécution puissent entrer en vigueur à la même date que le code de procédure pénale suisse et la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs.

L'unification aura pour effet d'obliger la Confédération et – dans une mesure plus ou moins forte – tous les cantons à abandonner des règles qui leur étaient familières pour en adopter de nouvelles. A ce propos, il convient de mentionner tout particulièrement les adaptations qui devront être apportées dans le domaine de l'organisation judiciaire. Au nombre de celles-ci figurent les réformes que devra subir l'organisation des autorités de poursuite pénale par suite de l'adoption du modèle «ministère public»[122] de même que l'institution d'un tribunal des mesures de contrainte ad hoc. Des aménagements législatifs et structurels seront également nécessaires pour concrétiser l'appel contre les prononcés de première instance, lorsque cette voie de droit fait encore défaut (cf. infra, ch. 1.8.2).

Quand bien même l'unification pose d'importants problèmes d'organisation, il convient de ne pas surestimer l'ampleur et la portée des adaptations nécessaires pour résoudre ces problèmes. Dans nombre de cas, il devrait être possible d'apporter ces adaptations en tablant sur l'existant et en s'appuyant sur les structures en place. Et lorsque cela se révélera impossible, l'écho très favorable que le projet d'unifier la procédure pénale a suscité, permet d'espérer que le nécessaire sera fait pour permet-

122 S'agissant des expériences faites par les cantons qui ont déjà procédé à ces adaptations, dans un passé récent, ainsi que des incidences financières qu'ils ont eu à supporter, cf. infra, ch. 4.2.

tre à ce projet de devenir réalité. Du reste, nombreux ont été les participants à la procédure de consultation qui se sont déclarés prêts à agir dans ce sens.

On trouvera de plus amples détails sur la législation d'exécution et sur les mesures de réorganisation à prendre, dans le commentaire des dispositions concernées. La partie 4 du présent message contient également des informations supplémentaires à ce sujet.

1.8.2 Mise en place d'une juridiction d'appel au niveau fédéral

Ainsi que nous l'avons déjà exposé, l'appel constituera, en sus du recours et de la révision, l'un des trois moyens de recours prévus dans le cadre de l'unification de la procédure pénale, moyens qui sont à la fois suffisants et indispensables. Or la nouvelle codification est censée remplacer non seulement les lois cantonales de procédure mais encore la procédure pénale fédérale. Matériellement, il ne se justifierait donc pas d'obliger les cantons à instaurer une juridiction d'appel mais de dispenser la Confédération de mettre sur pied une telle autorité. La protection juridique ne doit pas être moins étendue dans les affaires pénales graves et complexes que dans celles qui sont moins lourdes et plus faciles à résoudre[123]. Dans sa prise de position sur l'AP-CPP, le Tribunal fédéral a d'ailleurs plaidé sans ambages pour la création d'un tribunal d'appel fédéral, institution qu'il considère comme étant «inéluctable» ou comme «indispensable au regard des valeurs qui fondent l'Etat de droit». Le Conseil fédéral partage ce point de vue.

Quelle forme concrète convient-il de donner à cette juridiction d'appel au niveau fédéral? La réponse à cette question dépend au premier chef de l'option qui sera prise entre se borner à introduire dans la procédure pénale fédérale la possibilité d'appel ou instaurer, au niveau fédéral, un régime des voies de recours identique à celui qui a cours dans les cantons en matière de procédure pénale.

Si l'on opte pour le deuxième terme de l'alternative, il faudra que les jugements rendus par le tribunal pénal fédéral puissent être déférés à une juridiction d'appel à créer, dont les prononcés puissent faire ensuite l'objet d'un recours devant la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Dans ce cas de figure, on aurait, au niveau fédéral, à l'instar de ce qui vaut pour les affaires pénales relevant de la juridiction cantonale, trois autorités juridictionnelles, dont deux jouiraient d'un plein pouvoir d'examen et la troisième d'un pouvoir d'examen limité aux questions de droit[124]. Sur le plan de l'organisation, il serait concevable d'instituer, au sein de l'actuel Tribunal pénal fédéral, une cour d'appel spécifique, cela en lieu et place d'une juridiction d'appel distincte et géographiquement séparée de ce tribunal.

Une autre solution (seulement deux instances) serait que la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral examine dorénavant non seulement les questions de droit mais encore les aspects factuels, ce qui reviendrait en quelque sorte à transformer en appel l'actuel recours en matière pénale, lorsqu'il est dirigé contre les jugements rendus par le Tribunal pénal fédéral.

123 Cf. également le message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF **2001** 4115.

124 L'art. 191a, al. 3, Cst. constitue la base constitutionnelle permettant d'instituer d'autres autorités judiciaires de la Confédération.

Pour laquelle des deux (voire trois ou plus) variantes faut-il opter? Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question dans le cadre de ce projet. Les travaux d'élaboration de la loi portant introduction au niveau fédéral de la nouvelle procédure pénale permettront de revenir sur cette question et au besoin d'apporter les modifications législatives qui s'imposent. D'ici-là, il sera possible d'effectuer des expériences plus fiables sur les affaires traitées en première instance et des prévisions sur le nombre d'appels qui seront interjetés.

1.9 Classement d'interventions parlementaires

Les deux seules interventions ayant trait à l'unification de la procédure pénale, qui sont encore en suspens[125] seront traitées dans le cadre des commentaires des dispositions pertinentes du présent projet. Le Conseil fédéral propose de classer l'une de ces interventions (Postulat Mugny 01.3288).

2 Commentaire des dispositions du P-CPP

2.1 Titre 1 Champ d'application et principes généraux

2.1.1 Chapitre 1 Champ d'application et administration de la justice pénale (art. 1 et 2)

Art. 1 Champ d'application

Selon la teneur de l'*al. 1,* le nouveau code de procédure pénale suisse (P-CPP) est censé s'appliquer en règle générale à toutes les procédures pénales, du stade des investigations de la police à celui des débats devant les tribunaux de première instance et les autorités de recours, en passant par la procédure d'instruction du ministère public. Les dispositions de ce code régissent les procédures devant les autorités pénales non seulement cantonales, mais aussi fédérales. Rappelons que ces dernières sont, aujourd'hui, réglées essentiellement par la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (PPF)[126].

L'al. 2 réserve, cependant, explicitement l'applicabilité de procédures prévues par d'autres lois fédérales. Il s'agit non seulement des procédures – évoquées au ch. 1.2 – qui sont régies par la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)[127] et par la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM)[128], mais encore des dispositions particulières de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (cf. supra, ch. 1.6.1), de la procédure applicable aux amendes d'ordre réprimant les infractions aux règles de la circulation routière, qui est

125 Cf. infra, ch. 2.4.3.2 (ad art. 170) ad 00.3344 Po. Hollenstein Pia: Modification de l'article sur le secret professionnel du 22.6.2000; ch. 2.3.1.1 (ad. art. 104) ad 01.3288 Po. Mugny Patrice: Pour que les survivants d'un génocide et leurs descendants puissent se constituer partie civile, du 7.1.2001.

126 RS **312.0**

127 RS **313.0**

128 RS **322.1**

définie par la loi fédérale du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre (LAO)[129], enfin de l'activité exercée par le Tribunal fédéral, en sa qualité d'autorité de recours, activité qui est réglée par la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral[130]. Est également exclue du champ d'application du nouveau code de procédure pénale la procédure en cas d'infraction au droit pénal cantonal. Cette procédure – plus précisément celle qui est appliquée lors d'infractions en matière fiscale – ressortit aux cantons en vertu de l'art. 335, nCP[131]. S'il incombe donc aux cantons de codifier cette procédure dans leur législation, il n'en est pas moins souhaitable que, dans les actes législatifs portant introduction du nouveau code de procédure pénale suisse, les cantons statuent que ce code est – sinon en totalité, du moins en partie – également applicable à la poursuite et au jugement d'infractions sanctionnées par le droit cantonal[132].

Art. 2 Administration de la justice pénale

L'art. 2 consacre le monopole de la justice répressive de l'Etat. L'exercice de la justice pénale ressortit à l'Etat et à lui seul. Il ne saurait être délégué par le biais de conventions à des particuliers.

Les procédures pénales sont soumises au principe d'immutabilité. Elles ne peuvent pas être closes de manière informelle, par exemple par une simple mention de leur classement dans le dossier. Elles ne peuvent l'être que dans les formes prévues par la loi, à savoir, en l'espèce, par une suspension de l'instruction ou un classement (art. 314 et 320 ss), une mise en accusation (art. 325 ss) ou encore une ordonnance pénale (art. 356 ss) .

2.1.2 Chapitre 2 **Principes régissant la procédure pénale** (art. 3 à 11)

La procédure pénale est régie par un ensemble de principes qui, d'une part, imposent aux autorités pénales certains devoirs fondamentaux et, d'autre part, garantissent aux particuliers – notamment aux prévenus – impliqués dans les procédures des droits primordiaux. La plupart de ces principes sont statués dans des textes de droit supérieur, en particulier aux art. 7 à 9 et 29 à 32 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999[133], aux art. 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)[134] ainsi qu'aux art. 9, 11 et 14 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)[135]. Toutefois, on trouvera souvent un rappel de ces principes au début des codes de procédure pénale modernes. Les principes énoncés aux art. 3 à 11 sont donc repris tels quels ou presque des dispositions susmentionnées, ce qui n'empêche pas qu'ils soient précisés dans de nombreuses normes du projet.

129 RS **741.03**
130 FF **2005** 3829; futur numéro au RS: **173.110**.
131 FF **2002** 7658
132 Dans le rapport «De 29 à l'unité», p. 75, les experts émettent un avis allant dans le même sens.
133 RS **101**
134 RS **0.101**
135 RS **0.103.2**

Art. 3 Respect de la dignité humaine; procès équitable

Cette disposition reprend une idée qui est à la base de la conception moderne de l'Etat: l'ordre étatique et juridique doivent primordialement assurer le bien-être et la protection de l'individu; l'objectif qu'ils poursuivent n'est donc pas l'Etat pour l'Etat. La collectivité qui constitue l'Etat et le système des valeurs qui sont les siennes reposent sur le *respect de la dignité humaine*[136]. Ce respect revêt une importance toute particulière en droit pénal et dans le cadre de la procédure pénale, domaines dans lesquels la collectivité peut recourir aux moyens de contrainte les plus incisifs aux fins d'assurer le respect des objectifs qu'elle poursuit. Aussi l'autorité a-t-elle l'obligation de respecter la dignité de toutes les personnes impliquées dans une procédure pénale, qu'il s'agisse de prévenus ou de lésés (*al. 1*).

L'al. 2 concrétise la règle générale énoncée à l'al. 1: en évoquant le *principe de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit* (*let. a et b*), il étend expressément à la procédure pénale les maximes statuées pour le droit civil à l'art. 2, CC; la *let. c* reprend le principe capital *du droit de chacun à un procès équitable,* principe qui est déjà consacré à l'art. 29, al. 1, Cst.[137], 6, par. 1, CEDH et 124, par. 1, PIDCP. De manière générale, on peut inférer de cette maxime d'équité impossible à définir in abstracto, que les autorités sont tenues de traiter correctement les personnes impliquées dans les procédures, en respectant leur dignité. Le prévenu, notamment, a besoin d'être protégé parce qu'il est soumis dans une mesure particulièrement forte à la volonté des autorités de poursuite pénale. De la maxime voulant que l'on respecte la dignité humaine découlent d'autres droits dont peuvent se prévaloir les personnes impliquées dans une procédure pénale, par exemple le *droit d'être entendu* (*let. c*). Ce droit également est précisé dans nombre de dispositions du présent projet et ce pour chaque stade de la procédure. Enfin, la *let. d* statue explicitement l'interdiction *de recueillir des preuves selon des méthodes qui sont attentatoires à la dignité humaine.* S'il tombe sous le sens que le recours à la torture ou à des pratiques similaires (par exemple la privation de repas ou de sommeil) est absolument illicite[138], d'autres méthodes font toutefois aussi l'objet d'une interdiction générale, lorsque, même sans atteindre le degré de gravité de la torture, elles n'en sont pas moins propres à diminuer, voire à anéantir la volonté des personnes impliquées dans la procédure. Cette remarque vaut en particulier pour le recours à la narco-analyse ou au détecteur de mensonges et cela même si les personnes concernées ont consenti à l'utilisation de ces moyens (cf. art. 138).

Art. 4 Indépendance

Le principe de l'indépendance du juge est également consacré par le droit de rang supérieur[139]. Il garantit aux personnes impliquées dans les procédures le droit *d'être jugées par un tribunal indépendant et impartial.* Toutefois, pour qu'il y ait indépendance et impartialité, il faut que l'action de l'autorité pénale soit guidée par les seuls droit et recherche de l'équité et ne soit soumise à aucune influence étrangère à la cause ni à aucune instruction d'autres autorités. Une séparation nette des fonctions

136 Art. 7, Cst.
137 *«Toute personne … a droit à ce que sa cause soit traitée équitablement …».*
138 Art. 10, al. 3, et 36, al. 4, Cst.; art. 3 en liaison avec l'art. 15, par. 2, CEDH; art. 7 en liaison avec art. 4, par. 2, PIDCP.
139 Art. 30, al. 1, Cst., 6, par. 1, CEDH et 14, par. 1, PIDCP.

excluant toute prévention illicite de la part du tribunal contribue aussi à parer au risque de partialité.

L'*al. 1,* statue que les autorités pénales doivent être indépendantes. Il s'agit de toutes les autorités pénales auxquelles s'applique la loi, donc, également, des autorités de poursuite pénale énumérées à l'art. 12, en particulier le ministère public. Cette disposition spécifie clairement que l'indépendance en question doit valoir dans l'*application du droit,* ce qui exclut absolument que les autorités politiques puissent s'immiscer dans l'activité qu'exerce concrètement le ministère public en matière de poursuites pénales.

L'indépendance dont doivent bénéficier les autorités de poursuite pénale n'exclut pas que des instructions puissent leur être données. Ces instructions peuvent servir à concrétiser la *surveillance administrative* et, pour le ministère public en particulier, à garantir sa primauté dans le cadre de la procédure préliminaire. Les pouvoirs de donner des instructions doivent être prévus par la loi (*al. 2*). Les instructions qui ont trait à l'exercice de la direction de la procédure préliminaire par le ministère public seront réglées dans cette loi[140]; celles qui concernent la surveillance exercée sur les autorités de poursuite pénale seront réglementées par la Confédération et les cantons dans des actes législatifs distincts, en vertu de l'art. 14, al. 5.

Art. 5 Célérité

Le principe de célérité[141] revêt une importance éminente dans le cadre de la procédure pénale. Le prévenu a un droit – et les lésés et les autres participants à la procédure, pour le moins, un intérêt – à ce que les faits incriminés soient élucidés sans délai et, au besoin, soumis à l'appréciation du juge. *L'al. 2,* s'inspirant des codes de procédure cantonaux les plus récents, insiste sur la nécessité de conduire la procédure en priorité, notamment lorsque le prévenu est placé en détention préventive.

Art. 6 Maxime de l'instruction

Les autorités pénales doivent rechercher d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et le jugement du prévenu (*al. 1*). La procédure pénale a pour objectif la recherche de la *vérité matérielle* (autrement dit l'établissement des faits tels qu'ils se sont déroulés); cet objectif a pour corollaire que les autorités pénales ne peuvent se satisfaire des déclarations des parties ni administrer les preuves sur la base des seules propositions de celles-ci. Cette maxime impose aux autorités de poursuite pénale, en particulier, l'obligation de recueillir avec un soin égal les preuves qui sont à la charge et à la décharge du prévenu (*al. 2*). S'il s'impose de statuer expressément cette obligation dans le futur code de procédure pénale suisse, c'est aussi et précisément parce que celui-ci instaure un système dans lequel la responsabilité de la procédure préliminaire est confiée à la même autorité que celle qui est également compétente pour mettre le prévenu en accusation à l'issue de l'instruction (cf. supra, ch. 1.5.2).

140 Par exemple, art. 15, al. 2, 306, al. 2, ou 312, al. 1.

141 Consacré en tant que droit fondamental du prévenu, notamment par les dispositions suivantes: art. 31, al. 2, Cst., 5, par. 3 et 4, et 6, par. 1, CEDH, 9, par. 3,et 14, par. 3, let c, PIDCP.

Certaines restrictions à la maxime de l'instruction (ainsi qu'à la légalité de la procédure pénale, cf. art. 7) peuvent résulter de la possibilité d'une procédure simplifiée selon les art. 365 ss (cf. infra, 2.8.3).

Art. 7 Caractère impératif de la poursuite

A l'instar de ce qui vaut, en règle générale, pour toutes les lois de procédure pénale qui sont en vigueur en Suisse, le présent projet doit respecter la *maxime d'office.* Selon celle-ci, il incombe à l'Etat d'engager les poursuites pénales et les autorités pénales sont tenues d'exercer d'office le monopole de la justice répressive de l'Etat, que des particuliers aient déposé plainte pénale ou non. L'*al. 1* consacre un principe étroitement lié à la maxime d'office, celui de la *légalité de la procédure pénale.* Celui-ci oblige les autorités de poursuite pénale à ouvrir et à conduire une procédure chaque fois qu'elles ont des indices permettant de présumer qu'une infraction a été commise; si les indices se confirment, elles doivent, en outre, déférer le cas pour jugement à un tribunal en dressant un acte d'accusation.

L'al. 2 reprend, pour l'essentiel, la teneur de l'art. 347, al. 2, nCP[142]. Prises dans un sens large, tant la *let. a* (exclusion ou limitation de la responsabilité pénale des membres d'autorités pour les propos tenus devant le Parlement cantonal) que la *let. b* (subordination à l'autorisation d'une autorité non judiciaire de l'ouverture d'une poursuite pénale contre des membres des autorités supérieures, exécutives ou judiciaires) traitent des obstacles à la poursuite pénale. Ce dénominateur commun justifie que les deux cas de figure continuent d'être réglés dans une seule et même loi[143]. Quant au fond, la réglementation proposée à la let. a ne diffère que sur un point de la disposition du CP susmentionnée: elle permet d'exclure ou de limiter la responsabilité pénale non seulement des membres de l'autorité législative, mais encore de ceux du gouvernement et des autorités judiciaires. Cette différence tient compte du fait que les membres de ces dernières autorités peuvent, eux aussi, être appelés à faire des déclarations devant le Parlement. Pour le reste, et à l'instar de la disposition du CP évoquée, la let. b s'applique aux propos tenus non seulement devant le plénum du Parlement mais encore au sein de commissions parlementaires. Comparativement à la réglementation en vigueur, nous avons renoncé à introduire, à la *let. b*, une disposition qui permette aux cantons de déléguer le jugement à une autorité spéciale après que l'autorisation d'ouvrir une poursuite pénale a été accordée. Si le régime de l'autorisation permet à suffisance de prévenir l'ouverture de poursuites pénales injustifiées ou inopportunes, la délégation du jugement à une autorité spéciale apparaît problématique à différents égards.

Art. 8 Renonciation à toute poursuite pénale

La surcharge chronique à laquelle doivent faire face les autorités pénales de même que le souci de mettre davantage en pratique le principe de la proportionnalité ont incité, depuis quelque temps, les autorités à *restreindre le caractère impératif de la poursuite et la portée de la maxime d'accusation.* La tendance est à substituer de plus en plus souvent le principe de l'opportunité à celui de la légalité. Le projet suit cette tendance, sans aller jusqu'à conférer au principe de l'opportunité l'applicabilité

142 FF **2002** 7658

143 La réglementation uniforme qui sera introduite dans le nouveau code de procédure pénale permettra d'abroger l'art. 347, CP dans sa totalité (le contenu de l'al. 1 de cette disposition est réglé dans d'autres lois fédérales).

illimitée que lui donnent aujourd'hui certaines lois de procédure cantonales et qui permettrait, de manière générale, aux autorités pénales de renoncer à leur gré à ouvrir une poursuite pénale. Se rangeant à l'avis de la commission d'experts[144], les auteurs du projet ont, bien plutôt, opté pour une application mesurée du principe de l'opportunité, telle que la connaissent la majorité des cantons, sous une forme ou sous une autre.

L'*al. 1* énumère d'abord un certain nombre de circonstances qui commandent de renoncer à ouvrir une poursuite pénale, par souci d'opportunité. Ces circonstances sont d'ores et déjà prévues par le droit fédéral matériel. Au nombre des plus importantes d'entre elles, *l'al. 1* cite celles qui sont visées aux art. 52 à 54, nCP[145]. L'*al. 2* permet de renoncer à appliquer le principe de la légalité dans cinq autres cas de figure qui sont d'ores et déjà prévus – avec néanmoins des variantes – dans quelques codes cantonaux de procédure pénale et qui avaient été préconisés par la commission d'experts[146]. En substance, il s'agit de situations dans lesquelles les prévenus font ou ont fait déjà l'objet d'une instruction pénale, ce qui fait apparaître superfétatoire d'ouvrir à leur encontre une nouvelle poursuite pénale pour les mêmes infractions ou pour d'autres infractions. Toutefois, dans ces cas de figure – et à la différence de ce qui vaut pour les conditions visées à l'al. 1 – il n'est licite de renoncer à engager une poursuite pénale que si cette renonciation ne porte pas atteinte aux intérêts prépondérants de la partie plaignante. Par intérêt de la partie plaignante, on entend notamment celui qu'elle a à ce que ses prétentions civiles, ou encore, dans les cas particulièrement graves, à ce que sa plainte pénale soit traitée (tel est par exemple le cas lorsque des infractions à la loi du 19 décembre 1986[147] contre la concurrence déloyale [LCD] font l'objet de la procédure à la suite d'une plainte pénale déposée par la Confédération [art. 23, LCD en liaison avec art. 10, al. 2, let. c, LCD]). Les réglementations prévues aux al. 1 et 2 ont ceci en commun qu'elles rendent impérative la renonciation à la poursuite pénale si les conditions prévues à cet effet sont réunies[148] et qu'elles confèrent aux seuls ministère public et tribunaux la compétence de prendre une telle décision.

L'al. 3 statue sans équivoque que, même dans les cas susmentionnés, l'art. 2, al. 2 est applicable ou, en d'autres termes, que la renonciation à engager une poursuite pénale ne peut être prononcée que sous la forme d'une ordonnance de non entrée en matière ou d'une ordonnance de classement, toutes deux sujettes à recours.

Art. 9 Maxime d'accusation

Le procès pénal moderne est fondé sur la mise en accusation. Sauf s'il relève de la procédure de l'ordonnance pénale (art. 355 ss) ou de la procédure pénale en matière de contraventions (art. 361 ss), le procès ne peut être conduit que si une autorité distincte du tribunal appelé à juger a tout d'abord recueilli les faits et les preuves pertinents, dans le cadre d'une procédure préliminaire, puis exposé ses griefs dans un acte d'accusation adressé au tribunal (*maxime d'accusation)*. Celui-ci ne peut juger que les infractions dénoncées dans l'acte d'accusation; quant à l'accusation, elle ne peut, par principe, plus être modifiée dans le cadre de la procédure judiciaire

144 «De 29 à l'unité», p. 47 ss
145 FF **2002** 7658
146 «De 29 à l'unité», p. 49 s.
147 RS **241**
148 Message sur la révision de la partie générale du Code pénal, FF **1999** 1871 1873.

(principe d'immutabilité); les exceptions sont réglées à l'art. 334; les exceptions sont réglées à l'art. 334.

Art. 10 Présomption d'innocence et appréciation des preuves

Au nombre des principes qui régissent la procédure pénale et qui sont réglés au titre 1 figure la *présomption d'innocence* (art. 11, *al. 1*) qui s'applique *in dubio pro reo*. Maxime fondamentale à laquelle doit obéir une procédure pénale respectant les valeurs qui fondent l'Etat de droit, la présomption d'innocence est, d'ores et déjà, consacrée par la Constitution fédérale (art. 28, al. 1) ainsi que par divers instruments internationaux en matière de droits de l'homme (art. 6, par. 1, CEDH, art. 14, par. 2, PIDCP, art. 40, par. 2, let. b) i) de la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant) ainsi que par le Statut de Rome (art. 66 et art. 67, par. 1, let. i) sans parler des codes cantonaux de procédure pénale assez récents.

Du principe de la présomption d'innocence découlent au premier chef les règles concernant l'administration des preuves. Considéré en relation avec le *fardeau* de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'autorité qui met le prévenu en accusation, d'établir la culpabilité du prévenu et non à celui-ci de prouver son innocence. Si l'autorité de mise en accusation ne parvient pas à établir la culpabilité, il appartient à l'Etat de tirer les conséquences de cette absence de preuves. Sous l'angle de *l'appréciation* des preuves, le principe de la présomption d'innocence induit que le prévenu doit être acquitté également lorsqu'après que les preuves ont été soupesées, il subsiste un doute insurmontable quant à la culpabilité; en pareille occurrence, les tribunaux doivent se fonder sur l'état de fait le plus favorable au prévenu[149]. Le principe de la présomption d'innocence postule aussi l'interdiction de faire des déclarations qui se fondent sur des préjugés ou suscitent le doute quant à l'innocence d'une personne acquittée. Il en découle également des conditions restrictives s'agissant de la mise à la charge des frais en cas d'acquittement ou de classement de la procédure (cf. art. 72, al. 3; art. 433, al. 2).

La norme régissant l'appréciation des preuves qui figure à *l'al. 1* est reprise et précisée à *l'al. 3*. Le doute ne peut porter que sur les conditions factuelles afférentes à l'infraction qui fait l'objet de l'accusation, toutes mais uniquement celles-là. En font partie les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction ainsi que les conditions à l'ouverture de l'action pénale, telles que le dépôt d'une plainte pénale ou la prescription. N'entrent, en revanche, pas en considération d'éventuels doutes quant à l'appréciation juridique des faits, ce qui signifie que le tribunal ne doit pas fonder son jugement sur l'interprétation juridique la plus favorable au prévenu.

La règle selon laquelle *le juge apprécie librement les preuves recueillies*, statuée à *l'al. 2,* est liée avec la norme régissant l'appréciation des preuves. Cette règle reprend la teneur matérielle de l'art. 249, PPF. Elle traduit et concrétise à la fois le principe de la recherche de la vérité matérielle (art. 6) et dispose que le tribunal doit apprécier les preuves non pas selon des paramètres fixes, déterminés à l'avance (par exemple, selon le nombre ou la «hiérarchie» des moyens de preuves) mais selon l'intime conviction qu'il tire des preuves administrées durant l'ensemble de la procédure. Cette disposition statue donc explicitement qu'il s'agit de prendre en compte

149 ATF **127** I 38, 40 s. – Une séparation explicite est opérée à l'art. 66, par. 2 et 3, du Statut de Rome entre réglementation du fardeau de la preuve et réglementation de l'appréciation de la preuve.

non seulement les preuves administrées durant les débats, mais encore celles qui ont été recueillies par le ministère public au cours de la procédure préliminaire. Quant à savoir dans quelle mesure le principe de l'immédiateté doit être respecté, c'est là une question qui est réglée aux art. 344 ss (cf. infra, ch. 2.7.2.3). La liberté dont jouit le tribunal dans l'appréciation des preuves est toutefois limitée par les interdictions totales ou partielles d'utiliser certaines preuves, cela afin de préserver des intérêts publics ou privés dignes de protection (art. 139, cf. infra, ch. 2.4.1.1).

Art. 11 Interdiction de la double poursuite

Les personnes condamnées ou acquittées en Suisse par un jugement passé en force ne peuvent y être poursuivies une nouvelle fois pour la même infraction (autorité de la chose jugée; *ne bis in idem*). Il s'agit là encore d'un principe fondamental du droit pénal, qui est d'ores et déjà consacré dans le droit de rang supérieur (art. 8, Cst.[150], 4 du Protocole n° 4 à la CEDH, et 14, par. 7, PIDCP; cf. également art. 20 du Statut de Rome). Il est exclu d'ouvrir une nouvelle procédure lorsque les faits et l'identité de l'auteur sont connus. Quant à savoir dans quelle mesure les faits doivent être identiques, c'est là une question qui relève de la jurisprudence[151].

Le libellé de *l'al. 1* établit clairement que l'interdiction de la double poursuite ne s'applique que lorsqu'une procédure close a été menée en Suisse. En d'autres termes, la poursuite et le jugement par une autorité étrangère ne font, en principe, pas obstacle à un nouveau jugement du cas par une autorité suisse[152]; en l'occurrence, cependant, il y a lieu de respecter les limites posées par les art. 3 à 7, nCP[153].

L'al. 2 réserve les *exceptions* à l'interdiction de la double poursuite. Il s'agit de cas dans lesquels l'instruction doit être reprise après la clôture de celle-ci par une décision entrée en force (art. 324 et 310, al. 2, en liaison avec l'art. 324; art. 417 ss). Ces exceptions sont en harmonie avec les dispositions de droit supérieur.

2.2 Titre 2 Autorités pénales

Ce titre régit les différentes autorités pénales de la Confédération et des cantons. Il règle leur compétence, leurs attributions, les motifs de récusation et les actes de procédure qu'elles accomplissent. Ces normes ne s'appliquent qu'aux autorités visées par le code de procédure pénale suisse. Elles ne règlent pas l'activité exercée par le Tribunal fédéral comme autorité de recours en matière pénale; celle-ci est statuée dans la loi sur le Tribunal fédéral. Quant à l'activité du Tribunal pénal fédéral, elle n'est régie par le présent projet que dans la mesure où elle porte sur le traitement des recours au sens de ce code, autrement dit lorsque le Tribunal pénal fédéral agit en qualité d'autorité de recours contre les décisions du Ministère public de la Confédération.

150 ATF **128** II 355, 367

151 Cf. *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Bâle 2005, § 84 N 21 ss; arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH (notamment, Fischer c/A vom 29.5.2001; Oliveira c/CH vom 30.7.1998, Rec. 1998-V 1990; Gradinger c/A vom 23.10.1995, série A vol. 328-C).

152 Fait exception la condamnation prononcée par la Cour pénale internationale; art. 20, par. 2, du Statut de Rome.

153 FF **2002** 7658

2.2.1 Chapitre 1 Attributions

2.2.1.1 Section 1 Dispositions générales (art. 12 à 14)

«Autorités pénales» est le *terme générique* qui désigne les autorités fédérales et cantonales actives en matière de poursuite pénale. Il s'agit non seulement des autorités de poursuite pénale proprement dites, énumérées à l'art. 12, à savoir la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions, mais encore des tribunaux au sens de l'art. 13 (tribunal des mesures de contrainte, tribunal de première instance, autorité de recours et juridiction d'appel).

Le projet réglemente les autorités pénales dans les grandes lignes et laisse à la Confédération et aux cantons le soin d'établir les dispositions de détail[154]. La marge de manoeuvre dont ils jouissent en matière d'organisation judiciaire apparaît pour l'essentiel au travers des dispositions suivantes:

- *L'art. 14, al. 1,* confère à la Confédération et aux cantons la compétence de désigner celles de leurs autorités qui assumeront *les fonctions des autorités pénales énumérées aux art. 12 et 13* ainsi que d'en arrêter la dénomination. Cette disposition leur permet, par exemple, de déterminer quelles catégories de fonctionnaires seront chargées de tâches en matière de poursuite pénale. De même, elle leur donne la possibilité de confier les attributions du ministère public à un service ou à un cabinet des juges d'instruction, celles de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions à une préfecture, celles d'un tribunal de première instance à un tribunal de district ou d'arrondissement. En vertu de cette disposition, ils pourront aussi, par exemple, baptiser la juridiction d'appel, tribunal cantonal, Cour suprême ou Cour d'appel. En tout état de cause – et ainsi qu'il en est ressorti nettement de la procédure de consultation – il apparaît souhaitable que la terminologie utilisée soit autant que possible uniformisée dans l'ensemble de la Suisse[155].
- Exception faite de l'autorité de recours et de la juridiction d'appel, la Confédération et les cantons peuvent instaurer *plusieurs autorités pénales de même type.* En pareil cas, ils en définissent les compétences à raison du lieu et de la matière dans les limites des dispositions régissant les fors (*art. 14, al. 4*). Ils définissent également le *nombre de membres des cours composant les tribunaux collégiaux* (art. 14, *al. 2*).
- L'art. 14, *al. 2,* dont l'importance est capitale, prévoit que la Confédération et les cantons adoptent également des dispositions sur les *modalités d'élection des membres des autorités pénales ainsi que sur la composition, l'organisation et les compétences desdites autorités*, à moins que ces questions ne soient réglées exhaustivement par le projet ou d'autres lois fédérales. Ce faisant, ils peuvent, par exemple, décentraliser les tribunaux de première instance, leur attribuer des tâches spéciales. Il en va de même pour ce qui est de l'organisation du ministère public. En effet, l'art. 14, *al. 3,* statue expressément que la Confédération et les cantons peuvent subordonner celui-ci aux instructions d'un premier procureur et/ou d'un procureur géné-

154 Cf. supra, ch. 1.5.1.3.
155 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 22.

ral[156]. Cette faculté permet également de mettre en place une structure hiérarchique à trois niveaux comprenant, par exemple, des procureurs de région, ayant à leur tête un premier procureur subordonné lui-même au procureur général du canton. Toujours au niveau du ministère public, la latitude dont jouissent la Confédération et les cantons dans l'organisation des autorités judiciaires et dans la fixation de leurs attributions, permettrait théoriquement de faire le départ entre les membres chargés uniquement des investigations et ceux dont le rôle se borne à l'accusation[157]. Il est toutefois évident qu'une séparation aussi stricte des fonctions – du moins si elle était pratiquée de manière systématique – ne serait pas en harmonie avec le concept qui est à la base du modèle «ministère public» tel qu'il est censé être appliqué désormais en Suisse. Au surplus une telle séparation ferait disparaître des avantages essentiels que présente ce modèle[158].

– Complétant l'art. 14, al. 2, *l'al. 5* laisse à la Confédération et aux cantons le soin de régler la *surveillance* de leurs autorités pénales, tout en respectant le principe de l'indépendance (art. 4).

– S'agissant d'autorités pénales déterminées, la Confédération et les cantons ont le choix entre créer ces autorités de toute pièce ou en confier les attributions à des autorités existantes. C'est dans cet esprit que l'art. 17, al. 1, notamment, rend *facultative* la création d'une ou de plusieurs autorités pénales compétentes en matière de contraventions.

– Il est également loisible aux cantons *d'instaurer des autorités judiciaires communes,* possibilité qui, à l'avenir, sera expressément prévue à l'art. 191*b*, al. 2, Cst.[159]. Plusieurs petits cantons pourraient, par exemple, créer en commun des tribunaux pénaux économiques ou des tribunaux des mineurs.

Le modèle d'organisation des autorités pénales, tel que proposé, présente la *souplesse* nécessaire pour permettre la mise en place de structures adaptées à la taille de chaque canton en tenant compte des traditions historiques en la matière. L'objectif principal du projet, à savoir assurer une unification aussi poussée que possible du droit de la procédure proprement dit, n'est pas notablement menacé par la latitude laissée aux cantons dans l'organisation de leurs autorités. Au contraire, cette marge de manœuvre permettra d'asseoir l'introduction du code de procédure pénale suisse sur une organisation des autorités respectueuse des spécificités cantonales, ce qui devrait la faciliter.

156 L'institution de premiers procureurs ou de procureurs généraux induit un certain rapprochement du modèle «juge d'instruction II», cf. supra, ch. 1.5.2.1. Toutefois, à la différence de ce qui est le cas dans ce modèle, la mise en accusation et le classement sont toujours le fait du ministère public (dans la terminologie actuelle: juges d'instruction), et non pas des premiers procureurs ou procureurs généraux (selon la terminologie du projet).

157 En ce sens, *André Kuhn*, L'avant-projet de Code de procédure pénale unifiée balaie-t-il véritablement les diversités socioculturelles?, in: Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire – Actes du Colloque organisé le 4 avril 2003 à Neuchâtel, Publication de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, Etudes et colloques, volume 23, Bâle, Genf, München 2003, p. 31, 44. Traduction allemande in: Revue de l'avocat, 8/2004, p. 272.

158 Supra, ch. 1.5.2.3. Voir aussi, rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 22 s.

159 FF **1999** 7831; l'entrée en vigueur est prévue vraisemblablement au 1er janvier 2007.

2.2.1.2 Section 2
Autorités de poursuite pénale (art. 15 à 17)

Art. 15 Police

L'al. 1 statue clairement que le nouveau code de procédure pénale s'applique uniquement à celles des activités de la police qui revêtent le caractère d'enquêtes sur des infractions (donc des activités «en matière de poursuite pénale»). Les autres activités – notamment celles qui relèvent de la sûreté – ne sont pas soumises à ce code.

L'al. 2 définit sommairement les tâches de la police. Il lui incombe principalement d'enquêter sur des infractions, en d'autres termes de *mettre en sûreté les traces et d'appréhender l'auteur*, dès sa première intervention. Les détails sont réglés au premier chef par les art. 305 s. ainsi que par les dispositions qui définissent le rôle de la police dans le cadre des mesures de contrainte (par exemple, art. 195,205 ss, 214 ss).

Comme dans le modèle «ministère public», la responsabilité de l'enquête et de l'instruction incombe au ministère public, il importe que la police soit *soumise à la surveillance et aux instructions de celui-ci (al. 2, 2e phrase)*. Cette subordination matérielle n'implique toutefois pas que, sur le plan administratif, la police judiciaire soit intégrée au sein du ministère public ou rattachée à celui-ci, comme c'est notamment le cas dans le canton de Bâle-Ville. Une telle organisation est possible. Toutefois, eu égard au concept qui sous-tend l'art. 14, elle ne saurait être prescrite[160].

Après la mise en accusation, la procédure passe aux mains du *tribunal* compétent (art. 329). Si, à ce stade, une intervention de la police est encore nécessaire, le tribunal peut donner à celle-ci des instructions (*al. 3*).

Art. 16 Ministère public

Au début du présent message, nous avons dépeint le rôle du ministère public lorsque nous avons exposé les motifs qui nous ont amenés à opter pour un modèle de poursuite pénale déterminé[161]. Sa mission générale est de garantir *l'exercice uniforme de l'action publique* (*al. 1*), cela dans le respect de la maxime d'office et du principe de la légalité (art. 7, al. 1). *L'al.* 2 énumère les trois fonctions que le ministère public remplit dans le cadre de sa mission, à savoir conduire la procédure préliminaire, diriger l'instruction et, au besoin, dresser l'acte d'accusation.

Art. 17 Autorités pénales compétentes en matière de contraventions

A quelle autorité doit ressortir la poursuite et le jugement des contraventions? Il appartient à la Confédération et aux cantons de répondre à cette question d'organisation judiciaire. Ils peuvent confier ces tâches à des *autorités administratives* telles préfectures et tribunaux de simple police ou à d'autres unités administrati-

160 Dans le cadre de la procédure de consultation, une majorité de participants se sont déclarés opposés à une subordination administrative; cf. synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 20.

161 Cf. supra, ch. 1.5.2.

ves mandatées à cet effet[162] ou encore au ministère public et aux tribunaux ordinaires. Sous l'empire du droit actuel, il appartient d'ores et déjà aux cantons d'opter pour la formule qui leur semble la plus adéquate[163]. L'art. 17 permet également l'adoption de *systèmes hybrides*: ainsi les cantons peuvent confier la poursuite des contraventions principalement à des autorités administratives tout en plaçant celles-ci sous la responsabilité d'un ministère public central compétent pour les contraventions ou encore charger un ministère public ad hoc de la poursuite de l'ensemble des contraventions.

A l'instar du ministère public, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions sont indépendantes dans l'application du droit (art. 4, al. 1).

Enfin, la procédure devant lesdites autorités est, de manière générale, régie par les dispositions applicables à l'ordonnance pénale (art. 361, al. 2, cf. infra, ch. 2.8.1.2).

2.2.1.3 Section 3 **Tribunaux** (art. 18 à 21)

Art. 18 Tribunal des mesures de contrainte

Sous l'empire de la nouvelle procédure pénale, le tribunal des mesures de contrainte constitue un indispensable contrepoids aux pouvoirs de la police et du ministère public. D'une certaine manière, ce nouveau tribunal connaît aujourd'hui, dans la plupart des cantons un précurseur en la personne du juge de la détention. Cependant, le tribunal des mesures de contrainte n'aura pas pour seule fonction d'ordonner la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté et d'en contrôler l'exécution. Sa mission s'étendra également à d'autres mesures de contrainte prévues par le projet. Dans ce cadre[164] plus précisément, le tribunal des mesures de contrainte exercera les attributions suivantes:

- ordonner la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté et en contrôler l'exécution (art. 225 et 228);
- autoriser les mesures de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 271), le recours à des agents infiltrés (art. 288), l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (art. 280, al. 3, en liaison avec l'art. 271), les prélèvements d'ADN opérés lors d'enquêtes de grande envergure (art. 255) ainsi que la surveillance des relations bancaires (art. 283).

L'avant-projet de 2001 avait prévu de conférer au tribunal des mesures de contrainte une fonction de contrôle étendue. Il aurait (à quelques exceptions près) été compétent pour connaître des recours contre les décisions arrêtées par la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions, dans l'ensemble de leur domaine d'activité respectif. Ce régime de compétences s'étant heurté à l'opposition d'une nette majorité, le Conseil fédéral renonce à en proposer

162 Ainsi en droit pénal administratif, art. 20 ss, DPA.
163 Art. 339, nCP, qui remplace l'art. 345, ch. 1, al. 2, CP (FF **1999** 1968). Selon le droit en vigueur dans les différents cantons, on trouve les deux modèles.
164 Une des autres compétences du tribunal des mesures de contrainte est celle d'approuver la garantie de l'anonymat, art. 147, al. 2.

l'introduction[165]; il appartiendra donc à l'autorité de recours de statuer sur les recours en question (art. 20, 401 ss).

La grande latitude dont jouissent la Confédération et les cantons dans l'organisation de leurs autorités pénales (art. 14) vaut également en ce qui concerne le tribunal des mesures de contrainte: ils ont toute liberté ou presque de déterminer la juridiction à laquelle ils entendent conférer les attributions du tribunal des mesures de contrainte. Quant à l'organisation, celle qui semble la plus évidente (parce que, dans certains cas, il est possible d'interjeter recours contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte; cf. art. 221, al. 2; art. 278, al. 3; art. 280, al. 3 en liaison avec l'art. 278 al. 3; art. 297, al. 3) est la décentralisation à l'échelon des tribunaux de première instance. Toutefois, cette organisation ne s'impose pas impérieusement. Dans les petits cantons, en particulier, une organisation centralisée est, au contraire, envisageable. Si une telle option était prise, il y aurait lieu de garantir l'exercice des voies de droit prévues par la loi. En revanche, si la Confédération ou les cantons décident de décentraliser le tribunal des mesures de contrainte à l'échelon des tribunaux de première instance, ils ont toute latitude pour charger des fonctions de celui-ci un tribunal de première instance distinct des autres, une chambre du tribunal de première instance, la direction de la procédure ou un juge unique (art. 19, al. 2). Quant à l'organisation interne du tribunal des mesures de contrainte, elle reste aussi, naturellement, du ressort de la Confédération et des cantons. Ainsi, lorsque le tribunal des mesures de contrainte est collégial, certaines décisions ne pourront être arrêtées que dans la composition plénière, alors que d'autres (par exemple, la première décision de mise en détention provisoire) pourront être déléguées à un membre du tribunal.

Afin d'exclure d'emblée toute suspicion de prévention[166], *l'al. 2* dispose que les membres du tribunal des mesures de contrainte ne peuvent statuer dans la même affaire comme juges du fond. Le projet prévoit donc – du moins au niveau des personnes – *une séparation entre fonctions relevant du tribunal des mesures de contrainte et fonctions relevant du tribunal de première instance*[167]. Il va de soi (ce qui explique que la loi n'en fasse pas spécialement mention) qu'un membre du tribunal des mesures de contrainte ne puisse pas siéger également au sein de l'autorité de recours lorsque celle-ci est appelée à statuer sur des recours contre des décisions dudit tribunal.

Art. 19 Tribunal de première instance

La Confédération et les cantons instituent des tribunaux de première instance qui statuent sur toutes les infractions qui ne relèvent pas de la compétence d'autres autorités (*al. 1*); ils déterminent leur compétence à raison de la matière et – dans les limites des art. 29 ss – leur compétence à raison du lieu (art. 14). A titre d'autorité de

165 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 25.

166 Selon la pratique du Tribunal fédéral et de la Cour Européenne à Strasbourg, le juge qui a ordonné la détention n'est généralement pas exclu du jugement de la cause. La récusation du juge au fond est toutefois prévue par exemple lorsque celui-ci a rejeté une demande de mise en détention ou lorsqu'il a ordonné la mise en détention à cause de la présomption de la commission d'un acte particulièrement grave. Le fait que la récusation du juge au fond en cas de double fonction – juge de la détention et juge au fond – est toujours contesté donne suffisamment à penser qu'il faille prévoir, sur le modèle des différentes procédures cantonales, une nette séparation des fonctions.

167 Le projet renonce toutefois à cette séparation devant la juridiction d'appel, cf. art. 231 et infra, ch. 2.5.3.6.

première instance, ils peuvent non seulement instaurer différents tribunaux régionaux, de district ou d'arrondissement, mais encore, pour l'ensemble de la Suisse ou du canton et pour certains types de criminalité, un seul tribunal, par exemple une Cour criminelle ou un tribunal chargé des infractions relevant de la criminalité économique.

Eu égard au libellé très large des art. 13 et 14 s'agissant de la définition des autorités pénales, il ne serait en principe pas exclu que le tribunal de première instance soit constitué sous la forme d'une cour d'assises. Toutefois, en pratique, il est impossible d'instituer une telle cour car les dispositions régissant les débats de première instance (art. 336 ss), qui doivent être considérées comme exhaustives, ne contiennent pas les normes spéciales de procédure indispensables au fonctionnement d'une cour d'assises.

L'al. 2 élargit encore la latitude dont la Confédération et les cantons jouissent en matière d'organisation des autorités pénales, puisqu'il leur permet de prévoir un juge unique qui statue en première instance. La plupart des cantons connaissant d'ores et déjà cette réglementation, dans son principe, celle-ci avait été unanimement approuvée par les participants à la procédure de consultation. S'agissant des sanctions que peut infliger le juge unique, *l'al. 2* tient compte des critiques qui avaient été émises lors de la consultation sur l'avant-projet de 2001 (art. 24)[168]. Selon la nouvelle teneur proposée, le juge unique sera compétent pour statuer sur les contraventions, les infractions qui requièrent une peine privative de liberté n'excédant pas deux ans (au lieu de 3, dans l'avant-projet) ainsi que sur certaines mesures privatives de liberté (au lieu de réserver, de manière générale, le prononcé de mesures privatives de liberté aux seuls tribunaux collégiaux). La limite de deux ans pour la peine privative de liberté a été fixée compte tenu de l'art. 42, al. 1, nCP[169] qui permet de prononcer le sursis jusqu'à cette limite[170]. En ce qui concerne les mesures privatives de liberté, la compétence de prononcer l'internement de même que le traitement dans un établissement fermé (art. 59, al. 3, nCP;) continuera d'appartenir aux seuls tribunaux collégiaux.

Si la Confédération ou les cantons usent de la possibilité d'instituer des juges uniques, ceux-ci seront soumis au régime de compétences prévu à l'al. 2. A cet égard, une réglementation uniforme s'impose également étant donné que, sous l'angle du principe de l'immédiateté ou du défaut d'immédiateté, les prescriptions régissant les débats prévoient des critères différents (pour de plus amples détails, cf. art. 344 et 345) selon que le cas relève du juge unique ou est jugé par un tribunal collégial, de même que des voies de droit différentes, en cas d'appel (art. 413, al. 2, let. b)

Art. 20 Autorités de recours

En sus de la révision (art. 417 ss) qui doit figurer dans tout code de procédure pénale, le projet ne prévoit que deux moyens de droit: l'appel qui, pour schématiser, ne peut être formé que contre les verdicts de culpabilité ou d'acquittement prononcés par les tribunaux de première instance (art. 406) et le recours qui est recevable contre *toutes les autres décisions des tribunaux de première instance*, *les actes de*

168 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 26 s.
169 FF **2002** 7658
170 La limite de 3 ans s'était d'ailleurs fondée sur le projet de révision de la partie générale du code pénal, qui prévoyait alors encore 3 ans, cf. rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 45.

procédure et les décisions de la police, du ministère public, des autorités compétentes en matière de contraventions ainsi que contre certains prononcés du tribunal des mesures de contrainte (*al. 1*). L'autorité de recours assume ainsi les compétences qui sont exercées aujourd'hui, sur le plan cantonal, par la Chambre des recours de la Cour suprême ou du Tribunal cantonal ou encore par le tribunal d'appel et, au niveau fédéral, par la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

Quant à savoir quelle est l'instance supérieure qui assumera le rôle d'autorité de recours, c'est là encore une question qui est laissée à l'appréciation des cantons. Il leur est loisible d'instituer une autorité ad hoc ou de confier les attributions de l'autorité de recours à la juridiction d'appel, à savoir, dans les cantons, au Tribunal cantonal ou à la Cour suprême (*al. 2*). Dans ce dernier cas de figure, comme dans la situation visée à l'art. 21, al. 3, il y aura lieu, par analogie avec l'art. 18, al. 2, de veiller à ce que les fonctions soient clairement séparées.

Art. 21 Juridiction d'appel

Par principe, la procédure pénale unifiée est censée instaurer *une juridiction à deux échelons*. Il en résulte qu'à certaines restrictions près, les jugements rendus en première instance peuvent être attaqués devant une instance supérieure (dénommée juridiction d'appel dans le projet). Afin de parvenir à une unification des voies de droit également, il importe de prévoir aussi les deux échelons pour les infractions relevant de la juridiction fédérale (cf. supra, ch. 1.8.2).

La juridiction d'appel ne statue pas seulement sur les appels formés contre les jugements de première instance mais aussi sur les *demandes de révision* (*al. 1, let. b*). En outre, selon *l'al. 2,* elle peut se voir confier les attributions de l'instance de recours (art. 20, al. 2). Selon la jurisprudence développée à propos de des art. 6, par. 1, CEDH et 30, al. 1, Cst., il n'y a pas violation du principe de l'indépendance lorsque le même juge qui a d'abord rendu un jugement sur le fond, est appelé ultérieurement à statuer sur une demande de révision visant ce même jugement. Ce même principe devrait valoir aussi pour le juge de deuxième instance qui doit d'abord statuer sur des recours dirigés contre des prononcés de nature procédurale, puis sur un appel formé dans la même affaire. Toutefois, dans le souci de garantir une séparation claire et nette des fonctions, il paraît indiqué d'obliger la Confédération et les cantons à opérer – ne serait-ce que sur le plan de l'organisation interne des autorités judiciaires – une démarcation stricte entre les fonctions de membre de la juridiction d'appel, celles de membres de l'instance de recours et celles de magistrat chargé de statuer sur les demandes de révision (*al. 2 et 3*)[171]. Même dans les petits cantons, il devrait être possible de garantir une telle séparation en créant une chambre des recours et de révision dont les membres et le personnel seraient indépendants de la chambre d'appel.

171 Une telle démarcation sur le plan de l'organisation interne du tribunal est aussi prévue à l'art. 17, al. 3, de la loi sur le Tribunal fédéral (où il est exclu qu'un juge qui a siégé dans une cour des plaintes puisse siéger, dans la même affaire, dans une cour des affaires pénales).

2.2.2 Chapitre 2 Délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons (art. 22 à 28)

Art. 22 à 28

Ces dispositions reprennent en majeure partie l'actuelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, modifiée la dernière fois à la faveur du projet dit «d'efficacité»[172] ainsi que les règles existantes sur le transfert de juridiction, règles qui ont été modifiées par la loi sur le Tribunal pénal fédéral[173]:

- *l'art. 22* remplace *l'art.* 338, nCP[174];
- *l'art. 24* remplace l'art. 336, nCP[175];
- *l'art. 25* remplace l'art. 337, nCP; l'adjonction d'un nouvel *al. 3* vise à faire la clarté sur des points jusqu'ici douteux, préservant ainsi l'efficacité de la procédure;
- *l'art. 25, al. 1* remplace l'art. 18, al. 1 et 3, PPF;
- *l'art. 25, al. 2* remplace l'art. 18bis, PPF, en y introduisant une modification d'ordre matériel: le Conseil fédéral propose que l'on renonce à permettre au procureur général de déléguer aux autorités cantonales l'instruction et le jugement d'une affaire de génocide, dans les cas simples. En effet, eu égard aux éléments constitutifs de cette infraction, tels qu'ils sont définis à l'art. 264, CP, il est inconcevable que des cas de génocide puissent être simples.
- *l'art. 26, al. 1,* remplace l'art. 254, al. 2, PPF; par souci de simplification, seul le ministère public de la Confédération doit être habilité à déférer une cause à un canton, cela à la différence de ce que prévoit l'art. 254, al. 2;
- *l'art. 26, al. 2.* remplace l'art. 18, al. 2, PPF;
- *l'art. 26, al. 3,* reprend l'art. 107, PPF en en élargissant quelque peu la teneur;
- *l'art. 28* remplace les art. 18, al. 4, 18bis, al. 2 et 260, PPF.

L'*art. 27* constitue une innovation. Intitulé «Compétence de procéder aux premières investigations», il règle deux cas de figure: *l'al. 1* habilite les autorités cantonales à mener les enquêtes de police et l'instruction dans les cas relevant de la juridiction fédérale, lorsqu'il y a péril en la demeure et pour autant que les autorités fédérales ne soient pas encore intervenues. Inversement, *l'al. 2* confère aux autorités pénales de la Confédération la compétence de procéder aux premières investigations. A certains égards, cette dernière disposition se rattache à *l'art.* 259, PPF. Toutefois, à la différence de ce que prévoit celui-ci, ce n'est pas un droit spécial de haute surveillance attribué à la Confédération qui lui donne la possibilité d'intervenir, mais bien le fait qu'il s'agisse d'une infraction commise, en tout ou partie, dans un ou plusieurs cantons ou à l'étranger, pour laquelle la compétence de la Confédération ou d'un canton n'est pas encore déterminée. Des événements récents ont montré qu'en

172 FF **2000** 84
173 FF **2001** 4000; RO **2003** 2147
174 FF **2002** 7658
175 Il intègre le génocide (art. 336, al. 2, nCP) dans la liste des infractions figurant à l'al. 1 (art. 24, al. 1, let. g).

pareils cas, il pouvait être impérieux qu'une autorité centrale intervienne immédiatement et de manière concertée[176]. Cette nécessité se fait sentir que la Confédération dispose ou non, dans le domaine concerné, d'un droit de haute surveillance.

A la différence de ce que prévoit *l'art. 24, al. 3,* une intervention de la Confédération reposant sur de tels motifs ne fonde pas de compétence juridictionnelle fédérale. Le fait de limiter l'intervention aux *premières* investigations souligne sans ambages que l'intervention des autorités pénales fédérales prend fin dès que le cas peut être déféré à un canton.

2.2.3 Chapitre 3 For

Les dispositions concernant la *compétence ratione loci* des autorités pénales sont regroupées sous le générique de «for» et non plus sous celui de «compétence», terminologie utilisée aux art. 340 ss, nCP[177]. Le terme de «for» correspond à la terminologie française et italienne (*foro*). Ces dispositions reprennent dans ses grandes lignes, la teneur des art. 340 ss, nCP, des modifications n'étant proposées que sur des points mineurs.

2.2.3.1 Section 1 **Principes** (art. 29 et 30)

Sous le nouveau titre *For du lieu de commission, l'art. 29, al. 1 et 2* reprend la teneur de l'art. 340, nCP[178]. Parmi les modifications rédactionnelles apportées au texte de cette dernière disposition, signalons que la notion trop étroite «d'instruction» figurant à l'al. 2 a été remplacée par celle «d'actes de poursuite». La même formulation sera utilisée dans les autres dispositions de ce chapitre (art. 32, al. 2, 33, al. 1, 34, al. 2 et 3). S'inspirant des dispositions figurant dans différents codes cantonaux de procédure pénale, *l'al. 4* permet expressément, pour des raisons objectives, de disjoindre des procédures pénales ou, au contraire, de joindre des procédures pénales qui, théoriquement, devraient être conduites séparément les unes des autres. La prescription imminente d'infractions, par exemple, justifie la disjonction de procédures, lorsqu'une étroite connexité des infractions plaide en faveur d'une jonction des procédures[179].

Sur le fond, *l'art. 30* correspond à l'art. 342, nCP quand bien même son titre a subi une adjonction (*For en cas d'infractions commises à l'étranger ou en cas d'incertitude sur le lieu de commission)*. Parmi les critères qui permettent de déterminer le for, la nouvelle disposition cite dorénavant expressément le lieu où le prévenu a son domicile, celui où il a sa résidence habituelle, suivant en cela la pratique actuelle.

176 Par exemple dans le domaine de la cybercriminalité.
177 FF **2002** 7658
178 FF **2002** 7658
179 S'agissant du second cas de figure, cf. également art. 20, DPA.

2.2.3.2 Section 2 Fors spéciaux (art. 31 à 36)

Art. 31 et 32

Ces deux dispositions, elles aussi, s'inspirent largement de la réglementation figurant dans le code pénal, dont le libellé a toutefois subi des modifications d'ordre rédactionnel: sur le fond, *l'art. 31 (For en cas d'implication de plusieurs personnes*) correspond à l'art. 343, nCP[180]; quant aux *al. 1 et 3* de l'*art. 32 (for en cas d'infractions commises en des lieux différents)*, ils reprennent le contenu de l'art. 344, nCP.

L'al. 2 de l'art. 32 introduit une nouveauté. Cette disposition (de même que les normes parallèles des art. 38, al. 2, et 40, al. 3) apporte une réponse précise à une question que le droit en vigueur ne règle pas clairement alors qu'elle a une réelle portée pratique: jusqu'à quel moment peut-on opérer et exiger la jonction des procédures en cause. Par rapport à la pratique actuelle afférente à l'art. 350, CP, ce moment doit être avancé. En effet, il n'est plus concevable que cette jonction puisse être opérée jusqu'au stade du jugement de première instance[181]; elle ne doit plus être possible qu'aussi longtemps qu'aucun acte d'accusation n'a été dressé dans le cadre de la procédure visant à opérer la jonction. Un élément plaide en faveur de cette position. Il ne faut, en effet, pas oublier que la cause passe de l'autorité de poursuite pénale au tribunal dès que l'acte d'accusation a été dressé. Or l'obligation d'opérer la jonction de procédures jusqu'à et y compris la procédure de première instance pourrait bien avoir pour effet de retarder de manière disproportionnée la clôture de celle-ci.

Art. 33 à 35

Ces dispositions règlent trois autres fors spéciaux.

L'art. 33 (For en matière d'infractions commises par les médias) reprend, moyennant quelques modifications rédactionnelles mineures, la teneur des al. 1 et 2 de l'art. 341, nCP[182].

En revanche, dans cette nouvelle disposition, on peut renoncer à reprendre l'al. 3 de l'art. 341, CP. Cette disposition doit être mise en relation avec l'art. 356, al. 2 et 3, CP qui prévoit que la remise d'un inculpé ou d'un condamné peut être refusée si la cause relève d'un crime ou délit politique ou d'un crime ou délit commis par un média. Pour de pareils cas, l'art. 341, al. 3, nCP statue à titre de for subsidiaire le lieu où l'inculpé a sa résidence. Cette réglementation n'a jamais eu de portée pratique; au surplus, depuis 1993, le concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale[183] oblige les cantons à s'accorder réciproquement assistance, de sorte que d'un point de vue juridique, l'al. 3 de l'art. 341, nCP est devenu superfétatoire[184]. Il en va de même des al. 2 et 3 de l'art. 356, nCP, qui peuvent être purement et simplement biffés[185].

180 FF **2002** 7658
181 Cf. ATF **127** IV 135, avec renvois.
182 FF **2002** 7658
183 RO **1993** 2876. Dans le cadre de l'unification de la procédure pénale, les dispositions de ce concordat seront, pour l'essentiel remplacées par le chapitre du P-CPP consacré à l'entraide judiciaire nationale (cf. infra, ch. 2.2.4).
184 Cf. FF **1999** 1970.
185 Cet avis avait déjà été exprimé dans le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale (renonciation à l'art. 67, aCst.), FF **1997** 346.

La norme concernant le for des *infractions en cas de poursuite et de faillite* et des infractions commises au sein d'une *entreprise* (*art. 34*) est nouvelle. La solution préconisée à l'*al. 1* est conforme à la pratique actuelle: les infractions en cas de poursuite et de faillite doivent être poursuivies au lieu où elles prennent naissance, autrement dit au lieu où le débiteur à son domicile, c'est-à-dire, en règle générale au lieu où l'entreprise concernée a son siège. C'est là, en effet, que les preuves peuvent être recueillies le plus aisément. L'*al. 2* étend cette règle à toutes les infractions commises dans le cadre de l'activité des entreprises.

L'art. 35, al. 1, ne fait que consacrer la pratique actuelle voulant que les *confiscations indépendantes* au sens des art. 58 à 60, CP (art. 69 à 72, nCP), soient exécutées au lieu où se trouvent les objets ou les valeurs patrimoniales à séquestrer. Quant à l'*al. 2,* il reprend sans changement la teneur de l'art. 350bis, CP.

Art. 36 Fixation d'un autre for

Cette disposition s'inspire de l'art. 262, al. 3, et de l'art. 263, al. 3, PPF ainsi que de la pratique suivie jusqu'ici s'agissant de l'application des art. 340 ss et 345, CP ou de l'art. 264, PPF. Cette pratique permet aux autorités pénales, si tant est que des raisons objectives le justifient, de déroger aux dispositions sur les fors et de charger par convention un canton de conduire la procédure quand bien même il n'en aurait pas la compétence.

Cette faculté doit valoir aussi et en particulier pour les tribunaux. Dans les petits cantons, notamment, il doit, par exemple, être possible de charger un tribunal de première instance non compétent ratione loci de juger une affaire, lorsqu'il apparaît que le tribunal compétent à raison du lieu n'est pas exempt de toute prévention en raison de la personnalité de la personne mise en accusation. L'autorité de recours peut procéder à une telle délégation à la demande d'une partie ou d'office.

2.2.3.3 Section 3 Procédure visant à déterminer le for (art. 37 à 40)

Jusqu'ici, la procédure applicable en cas de contestation de l'attribution du for, opposant plusieurs cantons n'était réglée que très sommairement à l'art. 345, nCP[186] et à l'art. 264, PPF. Dans le cadre de l'unification de la procédure pénale, il s'agit de regrouper ces dispositions et d'y apporter, à la lumière de la jurisprudence actuelle, les précisions que requièrent les praticiens de la justice pénale.

2.2.4 Chapitre 4 Entraide judiciaire nationale

Ce chapitre regroupe, moyennant quelques modifications d'ordre formel, les dispositions réglant l'assistance que doivent se prêter les autorités pénales suisses, dispositions qui sont actuellement disséminées dans plusieurs actes législatifs. Elles figurent aux art. 356 à 362, nCP[187], aux art. 252 et 253, PPF ainsi que dans le concordat

186 FF **2002** 7658
187 FF **2002** 7658

du 5 novembre 1992[188] sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (ci-après «le concordat»). Le transfert de ces normes dans le code de procédure pénale suisse, permet de régler l'entraide judiciaire nationale de manière systématique. Les dispositions qui ne concernent pas, à proprement parler, l'entraide judiciaire doivent être intégrées dans une autre partie du présent projet[189], alors que d'autres qui ont perdu toute pertinence doivent être purement et simplement biffées[190].

En revanche, nous avons renoncé à reprendre les dispositions du nCP sur *l'entraide* en matière de police (art. 349 à 354) ainsi que celles de la loi du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération[191]. En effet, le futur code de procédure pénale ne doit contenir aucune disposition qui ne soit pas de nature purement procédurale mais touche à des aspects de technique policière. Le texte approprié pour régler cette dernière matière est la loi sur la police (de la Confédération), actuellement en préparation.

2.2.4.1 Section 1 Dispositions générales (art. 41 à 46)

L'art. 41 délimite *le champ d'application* (*al. 1 à 3*) et définit *la notion* d'entraide judiciaire nationale en matière pénale (*al. 4*). Concrètement, il s'agit au premier chef de l'assistance que doivent se prêter mutuellement le ministère public, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions et les tribunaux. L'entraide englobe également les actes de procédure exécutés par la police sur les instructions des autorités susmentionnées. L'entraide judiciaire comprend, toutefois, aussi des prestations fournies par d'autres autorités de la Confédération ou des cantons (y compris les autorités communales) aux autorités pénales susmentionnées, conformément à l'obligation que leur impose l'art. 27, al. 1, PPF. L'al. 3 autorise l'entraide judiciaire directe entre les autorités de police pour autant qu'elle n'ait pas pour objet des mesures de contrainte. Si de telles mesures sont requises, il appartient au ministère public ou aux tribunaux d'ordonner les mesures d'entraide judiciaire adéquates.

L'art. 42 reprend le principe général qui figure à l'art. 356, al. 1, nCP[192] et selon lequel la Confédération et les cantons, de même que les cantons entre eux, sont tenus de se prêter assistance dans la poursuite d'infractions relevant du droit fédéral. Le même principe est statué à l'art. 2, ch. 1, du concordat. En outre, l'art. 1 de ce texte, formulé tel un programme, dispose que cette obligation de coopérer vise à rendre plus efficace la lutte contre la criminalité[193].

188 RO **1993** 2876
189 Ainsi, le droit de suite (art. 360, nCP) sera dorénavant réglé dans le cadre des dispositions concernant l'arrestation par la police (art. 216).
190 Par exemple, l'art. 362, nCP (obligation qu'ont les autorités d'instruction d'aviser l'OFP lorsqu'elles constatent des objets pornographiques).
191 RS **360**
192 FF **2002** 7658
193 Rappelons, dans le même contexte, l'obligation qu'ont d'autres autorités, cantonales ou extra-cantonales, d'autoriser la consultation de leurs dossiers (art. 191, cf. infra, ch. 2.4.6).

En revanche, nous renonçons à intégrer également l'art. 2, al. 2, du concordat dans le projet d'unification de la procédure pénale. Cette disposition statue que les cantons sont libres d'étendre l'obligation de se prêter assistance à la poursuite d'infractions relevant du droit *cantonal*. La raison qui nous incite à prendre cette décision est de nature formelle et non matérielle. En effet, le code de procédure pénale suisse étant appelé à régler exclusivement la poursuite et le jugement des infractions *prévues par le droit fédéral* (art. 1, al. 1), la faculté d'extension – absolument judicieuse sur le fond – prévue par le concordat doit être statuée dans les lois introductives cantonales.

L'art. 43 (soutien) oblige les cantons à mettre à la disposition des autorités pénales de la Confédération les locaux nécessaires à l'exercice de leur activité officielle et à l'incarcération des personnes en détention provisoire. Il les oblige aussi à prendre les mesures nécessaires pour garantir la sécurité de l'activité officielle desdites autorités (par exemple, maintien de l'ordre par la police durant les audiences de tribunal). La teneur de cette disposition correspond à celle des art. 28 et 29, PPF.

L'art. 44 Communication directe) reprend aux *al. 1 et 2* les réglementations figurant aux art. 357, al. 1, nCP[194] et 15, ch. 1, du concordat. Pour le cas où l'autorité requérante ne peut déterminer avec certitude qui est l'autorité compétente au sein du canton requis, *l'al. 3* prévoit qu'elle adresse sa demande d'entraide judiciaire à la plus haute instance du ministère public du canton requis.

L'art. 45 règle *la prise en charge des frais* engendrés par l'entraide judiciaire nationale. Cette disposition s'inspire de la réglementation figurant à l'art. 358, nCP[195] ainsi qu'aux art. 14 et 23 du concordat, tout en cherchant à la simplifier autant que faire se peut. Il y a lieu tout d'abord de relever que *l'al. 1* reprend le principe en vigueur voulant que l'entraide judiciaire soit gratuite. Par ailleurs, il était de règle jusqu'ici que certains frais soient remboursés au canton requis (art. 358, al. 1, nCP, et 23, ch. 1, du concordat)[196]. Toutefois, dans la pratique, cette facturation de frais est souvent ressentie comme une charge administrative inutile; aussi l'*al. 2* prévoit-il que les frais sont supportés par la Confédération ou le canton lorsqu'ils sont requis et simplement annoncés au canton requérant ou à la Confédération afin qu'ils puissent, le cas échéant, être mis à la charge des parties condamnées aux frais. Enfin, *l'al. 3* règle l'indemnisation du coût des mesures de contrainte exécutées par un canton suite à une demande d'entraide judiciaire émanant de la Confédération ou d'un autre canton. Conformément à la pratique[197], ces coûts doivent être pris en charge par le canton requérant ou la Confédération.

194 FF **2002** 7658
195 FF **2002** 7658
196 Il s'agit notamment d'actes de procédure réglés aux art. 47 à 49, qui sont accomplis à la demande de la Confédération ou d'un canton par les autorités d'un autre canton.
197 Cf. ATF **108** Ia 17; **118** Ia 336; **119** IV 90.

2.2.4.2 Section 2
Actes de procédure accomplis à la demande de la Confédération ou d'un autre canton
(art. 47 à 49)

Ces dispositions règlent la situation dans laquelle des autorités pénales de la Confédération ou des cantons, au lieu d'exécuter elles-mêmes des actes de procédure, demandent – par la voie de l'entraide judiciaire – à des autorités pénales d'autres cantons ou de la Confédération d'accomplir ces actes à leur place. Si cette matière était initialement réglée de manière très rudimentaire à l'art. 352, CP, elle l'est aujourd'hui de manière plus détaillée aux art. 15 à 23 du concordat s'agissant de l'entraide judiciaire intercantonale. Ces dispositions doivent être reprises dans le code de procédure pénale suisse, après avoir été remaniées sur le plan rédactionnel.

L'art. 47, al. 1, statue sans ambages que les autorités requises de la Confédération ou des cantons sont *tenues* de procéder aux actes de procédure demandés. En d'autres termes, elles ne peuvent adopter le point de vue selon lequel l'autorité requérante pourrait tout aussi bien accomplir elle-même directement l'acte de procédure concerné, cela en application de l'art. 50. La 2e phrase souligne – reprenant en cela la teneur de l'art. 19, ch. 2, du concordat – que les actes d'instruction demandés sont exécutés sous la responsabilité de l'autorité fédérale ou cantonale requérante. D'un point de vue formel, lorsque des mesures d'entraide judiciaire ont été demandées dans les règles, l'autorité fédérale ou cantonale requise n'a pas à en examiner la nécessité pas plus que la légalité ou autres aspects, ce qui de toute façon serait totalement impossible dans la majorité des cas. Par voie de conséquence, c'est au canton requérant qu'incombe, le cas échéant, le versement des indemnités dues au titre des mesures d'entraide judiciaire (art. 45, al. 3). *L'al. 2* reprend la réglementation figurant à l'art. 19, ch. 2, du concordat.

L'art. 48 concerne l'exécution des *mesures de contrainte* par voie d'entraide judiciaire. Il reprend partiellement le contenu de l'art. 357 nCP[198] ainsi que des art. 20 et 21 du concordat.

L'art. 49, al. 1 reprend la règle statuée à l'art. 17, ch. 1, du concordat: les parties, leurs conseils juridiques, de même que l'autorité requérante peuvent participer aux actes de procédure accomplis par le canton requis, pour autant que le projet le prévoie (cf. art. 144 s.). Afin de pouvoir exercer leur droit de participation, les personnes et autorités intéressées doivent recevoir de la part de l'autorité requise toutes les informations nécessaires (*al. 2*), ainsi que le prévoit déjà l'art. 17, ch. 2, du concordat.

198 FF **2002** 7658

2.2.4.3 Section 3
Actes de procédure dans un autre canton
(art. 50 et 51)

Ces deux dispositions reprennent, sous une forme simplifiée, la teneur essentielle des art. 3 à 14 du concordat. Depuis quelques années, ce concordat permet aux autorités pénales d'un canton d'accomplir des actes de procédure sur le territoire d'un autre canton sans qu'il soit nécessaire de requérir le consentement de celui-ci, à la différence de ce que prévoit l'art. 359 nCP[199]. Grâce à l'unification de l'ensemble du droit de la procédure pénale, différentes matières qui étaient réglées dans cette partie du concordat n'ont pas besoin d'être intégrées séparément dans les dispositions du projet qui concernent l'entraide judiciaire nationale. Cette remarque vaut notamment pour la langue officielle (art. 5 et 13 du concordat, repris aux art. 44, al. 2, et 65), la notification des actes judiciaires (art. 7 du concordat repris à l'art. 83), les citations à comparaître (art. 8 du concordat, repris à l'art. 199 ss), les perquisitions et les saisies (art. 10 du concordat, repris aux art. 240 ss et 262 ss) enfin pour la communication obligatoire au sens de l'art. 11 du concordat (disposition reprise à l'art. 301, al. 1).

L'art. 50, al. 1, reprend les *principes* statués aux art. 3 et 9 du concordat. Selon le projet qui vous est soumis, les autorités du canton dans lequel les actes de procédure en question seront accomplis continueront de devoir en être avisées. Toutefois, selon l'*al. 2* et à la différence de ce que prévoit le concordat, cet avis ne sera plus nécessaire si les actes en question consistent en de simples demandes de renseignement et de production de pièces (ce dont les banques, par exemple, sont fréquemment saisies).

La réglementation applicable à la prise en charge des frais et des indemnités (*al. 3*) correspond à celle qui est prévue à l'art. 14 du concordat. Cette réglementation est en harmonie avec les art. 45, al. 3, et 47, al. 1, 2e phrase, qui soumettent les mesures prises au titre de l'entraide judiciaire à la responsabilité du canton requérant (et, en l'occurrence, exécutant).

Enfin*, l'art. 51 (Recours à la police)* correspond à l'art. 6 du concordat. Toutefois, dorénavant, l'autorité à laquelle il convient d'adresser la demande sera toujours le ministère public du canton requis et non plus «l'autorité judiciaire du lieu d'exécution».

2.2.5 Chapitre 5
Entraide judiciaire internationale (art. 52 et 53)

L'entraide judiciaire internationale est d'ores et déjà réglée de manière relativement étendue par le droit fédéral. A cet égard, il y a lieu de mentionner tout d'abord la loi du 20 mars 1981[200] sur l'entraide pénale internationale (EIMP) et l'ordonnance d'exécution du 24 février 1982[201]. Il y a lieu de noter, par ailleurs, que l'entraide est également régie par de nombreux instruments internationaux et par un certain nombre de lois portant application de ces instruments, telle la loi fédérale du 3 octobre

199 FF **2002** 7658
200 RS **351.1**
201 RS **351.11**

1975 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale[202]. Ces textes priment le code de procédure pénale unifiée, dont les dispositions dans le domaine concerné ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire (*art. 52*).

L'art. 53 statue plusieurs *règles de compétence:*

Tout d'abord*, l'al. 1* définit le ministère public, éventuellement le premier procureur ou le procureur général, comme étant, au niveau cantonal, l'autorité compétente en matière d'extradition au sens de l'art. 32 ss, EIMP, pour les autres actes d'entraide selon les art. 63 ss, EIMP, pour la délégation de la poursuite pénale au sens des 85 ss, EIMP et enfin pour l'exécution par la Suisse de prononcés pénaux étrangers ou la délégation de l'exécution d'une décision pénale suisse à un Etat étranger selon les art. 94 ss, EIMP. En l'occurrence, sont réservées, d'une part la compétence qu'ont les autorités d'exécution des peines de requérir elles-mêmes de l'Office fédéral de la justice l'extradition d'une personne condamnée. La compétence du ministère public est, d'autre part, limitée par la latitude dont doivent jouir les tribunaux de demander, par exemple, durant les débats, par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la justice, l'audition d'un témoin par commission rogatoire. A noter que dans pareils cas, il est fréquent que l'autorité requérante puisse traiter directement avec l'autorité requise (*al. 2 et 3*).

Au surplus, s'agissant des cas dans lesquels l'EIMP exige le concours d'une autorité judiciaire, *l'al. 4* se borne à prévoir que la seule autorité compétente en la matière est l'autorité de recours, cela tant au niveau fédéral que sur le plan cantonal. Selon l'EIMP, des décisions – cantonales ou fédérales – d'entraide judiciaire seront attaquables, à l'avenir, directement auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral[203], conformément à la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral[204] et pourront même, dans les cas particulièrement importants, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral[205]. Il est donc superflu, selon l'ancien art. 23 EIMP, d'instituer une voie de recours au niveau cantonal.

En conformité avec la doctrine et la jurisprudence relatives au concordat, *l'al. 5* précise que les dispositions sur l'entraide judiciaire nationale (art. 41 ss) sont applicables lorsqu'une autorité pénale cantonale en charge d'une demande d'entraide judiciaire étrangère est amenée à accomplir des actes de procédure dans d'autres cantons.

2.2.6 Chapitre 6 **Récusation** (art. 54 à 58)

La récusation de membres des autorités pénales est aujourd'hui réglée le plus souvent dans les lois de procédure pénale; elle est aussi, partiellement, réglée à la fois pour la procédure civile et la procédure pénale, ainsi qu'éventuellement, pour d'autres domaines du droit procédural, dans des textes régissant l'organisation judiciaire. Afin de favoriser une unification aussi complète que possible, il importe d'intégrer dans le code de procédure pénale suisse des règles uniformes sur la récusation. En outre, dans la perspective de l'instauration d'un code de procédure civile

202 RS **351.93**
203 Cf. nouvel art. 25 EIMP.
204 FF **2005** 3875
205 Art. 84 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; FF **2005** 3829.

suisse, il importe de veiller à ce que les normes sur la récusation dans l'une et l'autre procédure présentent la plus grande similarité possible. Pour le reste, les dispositions prévues au chapitre 6 s'inspirent de celles que contient la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)[206].

Dans nombre de lois de procédure ainsi que dans les ouvrages de doctrine consacrés à la procédure pénale, le terme «récusation» est utilisé comme générique. Au chapitre des motifs de récusation, on établit souvent une distinction entre *causes absolues* et *causes relatives*. Par causes absolues, on entend celles qui font que le membre de l'autorité pénale est eo ipso dans l'incapacité de remplir sa charge (judex «incapax, inhabilis»). Tel est notamment le cas lorsqu'il y a un lien de proche parenté entre le magistrat et l'une ou l'autre des parties: des membres d'autorités judiciaires peuvent toutefois également être récusés pour une cause relative qui ne les exclut pas eo ipso, par exemple lorsque des éléments sont de nature à leur donner l'apparence de prévention durant le procès («judex suspectus»). A la différence de ce qui vaut en cas de récusation pour cause absolue, la personne qui fait l'objet d'une demande de récusation pour cause relative n'est déliée de sa charge que si la demande a été admise.

Art. 54 Motifs de récusation

En conformité avec la réglementation prévue à l'art. 34, al. 1, LTF, *l'art. 54* regroupe sous le même générique de «motifs de récusation» les deux catégories de causes décrites ci-dessus et énumère aux let. a à d les cas les plus importants donnant lieu à récusation. Cette liste est complétée par une clause générale (let. e) qui a pour effet d'entraîner la récusation dans tous les cas où il y a suspicion de prévention.

La let. b vise le cas dans lequel la personne en cause a agi à un autre titre dans la même affaire: un juge qui, antérieurement, a statué sur la même cause doit, par principe, se récuser. Cette règle corrobore la conception qui sous-tend l'unification de la procédure pénale, à savoir que les différentes fonctions qui sont exercées tout au long de la procédure doivent l'être par des autorités différentes (cf. supra, ch, 2.2.1.3 ad art. 18 et 19). Cependant, cette règle ne saurait être appliquée sans aucune exception. Ainsi, la juridiction d'appel peut statuer parfois sur le maintien ou la levée de la détention pour des motifs de sûreté (art. 231); de même, il n'y pas motif à récusation d'un juge lorsque sa décision est annulée par une instance supérieure et que la cause lui est renvoyée pour nouvel examen et nouveau jugement (art. 405, al. 2, 416, al. 1, et 421, al. 2). Ces exceptions s'imposent pour des motifs tenant à l'économie de la procédure et compte tenu du rang qu'occupe chaque tribunal dans la hiérarchie des juridictions[207]; au surplus, elles sont compatibles avec la jurisprudence relative aux art. 30 Cst. et 6 CEDH (droit de chacun d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial)[208].

206 FF **2005** 3829; futur numéro au RS **173.110**, art. 34 à 38.

207 Exemple: lorsqu'il s'agit d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté pendant la procédure d'appel, c'est la juridiction d'appel elle-même qui statue, et non pas le tribunal des mesures de contrainte, en principe compétent pour prendre cette décision.

208 Quant à l'union personnelle entre juge de détention et juge de fond, cf. par exemple arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'affaire Hausschildt c/Denmark, série A vol. 154, para 48; nouveau jugement dans une procédure ordinaire suite à une procédure par défaut: arrêt: CEDH dans l'affaire Thomann c/Suisse, Rec. 1996, p. 806, par. 32 ss

Art. 56 Récusation demandée par une partie

Cette disposition a trait aux demandes de récusation présentées par les parties. Sa teneur correspond là encore à celle de la réglementation prévue par la loi sur le tribunal fédéral (art. 36 LTF). Ces demandes doivent être motivées et elles sont soumises à certaines exigences en matière de délais (*al. 1*). *L'al. 2* oblige la personne concernée par une demande à prendre position sur celle-ci.

Art. 57 Décision

La solution préconisée à *l'al. 1* constitue un moyen terme entre un régime dans lequel les demandes de récusation dont le bien-fondé n'est pas contesté entraînent purement et simplement la récusation des personnes concernées[209], et un système dans lequel l'une des autorités énumérées aux let. a à d doit statuer également sur les demandes qui ne sont pas contestées.

Ce dernier système vise à parer au risque qu'une personne exerçant une activité au sein d'une autorité pénale demande précipitamment et sans motif valable son déport ou encore ne s'oppose pas à la demande de récusation émanant d'une partie, dans le but de se soustraire ainsi à une procédure qui lui est désagréable. En règle générale, ce risque n'existe toutefois que dans les cas visés aux let. a et e de l'art. 54, dont la formulation est large. Ce n'est que pour ces cas que l'al. 1 prévoit l'examen obligatoire de la demande par une autorité. Cet examen a lieu que la personne concernée ait demandée elle-même son déport ou que sa récusation ait été requise par une partie; dans le deuxième cas, il a lieu également même si la personne concernée ne s'oppose pas à la demande.

En outre, il y a examen par l'une des autorités énumérées à *l'al. 1* lorsque la personne concernée s'oppose à la demande de récusation d'une partie, qui invoque l'un des motifs visés aux let. b à d de l'art. 54.

L'al. 3 statue explicitement que tant que la décision n'a pas été rendue, la personne concernée peut et même doit continuer à exercer sa fonction. Cette règle vise, notamment, à empêcher que la procédure soit bloquée par une demande de récusation manifestement infondée qui serait déposée immédiatement avant les débats.

Art. 58 Conséquences de la violation des dispositions sur la récusation

Cette disposition s'inspire dans une large mesure de la réglementation prévue dans la LTF (art. 38). Lorsqu'une personne, membre d'une autorité pénale, se récuse ou est tenue de se récuser en vertu d'une décision au sens de l'art. 57, les actes de procédure auxquels elle a participé ne seront répétés que si une partie le demande (*al. 1*). La demande doit être présentée au plus tard cinq jours après que la partie en question a eu connaissance de la récusation.

209 Solution proposée à l'art. 65, AP-CPP.

2.2.7 Chapitre 7 Direction de la procédure (art. 59 à 63)

Le terme «direction de la procédure» utilisé dans le projet a un double sens. D'abord, il désigne les *personnes* qui, à un stade donné de la procédure, sont responsables de la conduite de celle-ci (*art. 59*). Si ces personnes sont désignées sous le vocable de «direction de la procédure», c'est notamment par souci de simplification linguistique. Dans sa seconde acception, ce terme désigne les *tâches et activités* incombant à ces personnes, telles qu'elles ressortent des art. 60 à 62 ainsi que de nombreuses autres dispositions.

Les compétences en matière de police de l'audience (*art. 61*) visent à permettre à la direction de la procédure de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité, la sérénité et le bon ordre à chaque stade de la procédure, plus précisément durant les audiences. Cette réglementation, considérée en relation avec les pouvoirs disciplinaires que *l'art. 62* confère à la direction de la procédure, est celle que l'on retrouve en général dans la législation suisse. Toutefois, la seule sanction que puisse infliger la direction de la procédure est une amende d'ordre et non, en sus, les arrêts, à la différence de ce que connaissent actuellement quelques lois de procédure et de ce que suggéraient les experts[210]. A noter que selon la conception qui sous-tend la nouvelle Partie générale du CP, il ne sera plus possible de prononcer des sanctions privatives de liberté même en cas de contravention (art. 103, nCP[211]). De telles sanctions apparaissent encore moins justifiables à l'encontre de personnes qui n'ont fait que troubler une audience. S'agissant de la situation visée à l'art. 61, al. 4, (exclusion des débats d'une partie) il y a lieu de tenir compte de l'art. 106, al. 5 (droit d'être entendu).

Conformément aux règles générales prévues par le présent projet (art. 401, al. 1, let. a), les ordonnances rendues par la direction de la procédure du ministère public et des autorités pénales compétentes en matière de contraventions sont sujettes à recours. Quant à la direction de la procédure des tribunaux, ses ordonnances ne peuvent, en règle générale, être attaquées qu'avec la décision finale (*art. 63, al. 2*). Toutefois, s'il s'agit de tribunaux collégiaux, les parties peuvent proposer lors des débats que les ordonnances rendues par la direction de la procédure avant ceux-ci soient abrogées ou modifiées (*art. 63, al. 1*).

2.2.8 Chapitre 8 Règles générales de procédure

2.2.8.1 Section 1 Oralité; langue (art. 64 à 66)

L'art. 65 (langue officielle) contient des dispositions sur la langue dans laquelle doit se dérouler la procédure pénale qui est, en principe orale (cf. *art. 64*).

L'al. 1 fait tout d'abord référence aux normes de la Confédération et des cantons. Ceux-ci régleront éventuellement la question de la langue dans leurs lois introductives. Ils pourront prévoir pour les régions et les arrondissements judiciaires plurilingues des dispositions spéciales telles qu'elles existent aujourd'hui notamment dans les cantons de Berne, de Fribourg et du Valais. S'agissant des procédures devant les autorités pénales de la Confédération, il va de soi qu'il convient de reprendre les

210 De 29 à l'unité, p. 101.
211 FF **2002** 7658

dispositions pertinentes de la loi sur la procédure pénale fédérale (art. 97, al. 1, PPF) et celles de la loi sur le Tribunal fédéral (art. 54, al. 1, LTF[212]).

A l'instar de ce que prévoient la plupart des lois de procédure existant en Suisse, *l'art. 66, al. 1,* statue l'obligation de faire appel à un traducteur[213] lorsqu'une personne ne maîtrise pas la langue de la procédure dans laquelle celle-ci se déroule. La 2e phrase dispose, cependant, que pour les *affaires simples* (par exemple, si l'autorité doit entendre un témoin de langue étrangère dans le cadre d'une procédure pénale en matière de contraventions), on peut renoncer à une telle mesure si la direction de la procédure et le préposé au procès-verbal maîtrisent suffisamment bien la langue de la personne concernée. Toutefois, on ne fera usage de cette clause d'exception qu'avec la plus grande retenue.

L'al. 2 renvoie aux droits particuliers du prévenu, droits qui découlent pour l'essentiel des art. 32, al. 2, Cst., 6, par. 3, let. a et e, CEDH, 14, par. 3, let. a et f, PIDCP ainsi que de la pratique fondée sur ces dispositions[214]. Le prévenu a tout d'abord droit à ce que l'on porte à sa connaissance sans délai, de manière détaillée et dans une langue qu'il comprend, les infractions qui lui sont reprochées. Il a droit ensuite à la traduction des éléments de la procédure qu'il doit absolument comprendre pour pouvoir bénéficier d'un procès équitable. En font partie des informations de portée fondamentale, tels que les points essentiels des dépositions de témoins, les résultats d'expertises et autres moyens de preuves d'une importance considérable, la teneur de l'acte d'accusation, la teneur des plaidoiries et des principales conclusions, enfin la teneur du dispositif du jugement et, au besoin, des passages essentiels de celui-ci. L'al. 2 reflète toutefois expressément la pratique des tribunaux, voulant que nul ne puisse se prévaloir d'un droit à la traduction de l'intégralité des actes de procédure, qu'ils soient accomplis par les autorités ou des particuliers, ni, s'agissant de prévenus représentés par un avocat, d'un droit à la traduction intégrale du jugement.

L'al. 4 élargit la réglementation statuée à l'art. 6, al. 3 de la loi fédérale du 4 octobre 1991, sur l'aide aux victimes (LAVI)[215]. En effet, il prévoit que la personne victime d'une infraction contre l'intégrité sexuelle puisse exiger non seulement d'être entendue par une personne du même sexe mais encore que l'interrogatoire soit traduit par une personne du même sexe.

S'agissant de la désignation des traducteurs et des interprètes*, l'al. 5,* enfin, renvoie aux dispositions relatives aux experts qui sont applicables par analogie. Les traducteurs et les interprètes sont donc, eux aussi, soumis à l'obligation de garder le secret (art. 71 et 181, al. 2, let. e) et aux règles sur la récusation statuées à l'art. 54 (art. 180, al. 3).Ils ont le statut de participants à la procédure (art. 103). Ils doivent être mandatés en conséquence et sont sanctionnés s'ils font intentionnellement une fausse traduction (art. 181, al. 2, let. e et f).

212 FF **2005** 3829

213 Par souci de simplification, le projet renonce à établir une distinction entre les interprètes (traduction orale) et les traducteurs (traduction écrite). Il n'utilise que le terme traducteur pour désigner les deux.

214 De 29 à l'unité, p. 99 s.

215 RS **312.5**. L'art. 6, al. 3, quant à lui, sera intégré à l'art. 152, al. 1, P-CPP.

Art. 67 Principes

L'al. 1 de cette disposition consacre, dans le cadre de l'unification de la procédure pénale, la garantie de la *publicité des audiences*, statuée aux art. 30, al. 3, Cst., 6, par. 1, CEDH et 14, par. 1, PIDCP. Peuvent donc assister aux débats devant les tribunaux non seulement les personnes impliquées dans la procédure pénale mais aussi, en principe, les particuliers qui ne sont pas concernés par cette procédure. Au demeurant, la notion de «débats» implique une procédure orale; le projet prévoit que celle-ci est toujours orale devant le tribunal de première instance (art. 331 ss) et que le principe de l'oralité est soumis en revanche à certaines restrictions lorsque les débats ont lieu devant la juridiction d'appel (art. 412 et 413).

L'al. 2 énumère les cas dans lesquels la procédure pénale n'est pas ouverte au public. La procédure devant le tribunal des mesures de contrainte fait l'objet d'une citation distincte à la *let. b,* le but étant de souligner que cette procédure n'est pas publique même si les débats se déroulent oralement (cf. art. 224, al. 1 et 226, al. 6). Cette réglementation est compatible avec les exigences posées par les textes de droit supérieur cités au paragraphe précédent puisque, contrairement au tribunaux pénaux de première et de deuxième instance, le tribunal des mesures de contrainte ne statue pas sur un acte d'accusation (au sens où l'entend, par exemple, l'art. 6, par. 1, CEDH). La procédure devant l'autorité de recours (*let. c*) n'est pas non plus publique. Dans le cadre de la procédure d'appel, en revanche, il peut être indiqué d'ouvrir les débats au public, d'où la formulation large adoptée à la lettre c («en tant qu'elle (la procédure) est menée par écrit»; cf. art. 413). La *let. d*, enfin, statue que la procédure de l'ordonnance pénale n'est pas publique. Quand bien même cette procédure consiste indubitablement à statuer sur l'acte d'accusation, il suffit, pour que les exigences posées par le droit de rang supérieur soient satisfaites, que la personne concernée ait la possibilité de déférer à un tribunal la décision rendue dans le cadre de cette procédure[216].

L'al. 4 vise à satisfaire les droits légitimes des tiers à l'information en prévoyant que les personnes intéressées peuvent consulter les prononcés rendus en procédure écrite ou, à tout le moins, en audience non publique. Cette réglementation est en conformité avec la jurisprudence voulant que lorsque le tribunal renonce à notifier publiquement le jugement, il doit faire en sorte que le public puisse en avoir connaissance d'une autre manière, par exemple en le consultant au greffe du tribunal[217]. Pour pouvoir ce faire, il n'est pas nécessaire de justifier véritablement d'un intérêt légitime.

Art. 68 Restriction de la publicité de l'audience et huis clos

Les exceptions prévues à *l'al. 1* de cette disposition correspondent à celles qui ont généralement cours en Suisse. Elles concrétisent au niveau de la loi (*let. a*) les principes statués par la Constitution et les instruments internationaux (notamment par les art. 30, al. 3, Cst., 6, par. 1, CEDH et. 14, par. 1, PIDCP. La let. a fait expressément allusion aux intérêts de la victime, dans le but de garantir que ceux-ci soient pris en compte d'office, dans chaque cas. Toutefois, le prononcé du huis clos dans le

216 ATF **124** IV 238
217 Cf. à cet égard également, ATF **124** IV 239 s.

but de sauvegarder les intérêts de la victime exige également que le tribunal se soit livré préalablement à une pesée des intérêts en présence; cette attitude vaut également lorsqu'il doit juger des infractions contre l'intégrité sexuelle. Cette disposition, d'une part, souligne que la direction et la conduite d'un procès pénal repose entre les mains de la direction de la procédure et non des parties ou d'autres participants à la procédure. D'autre part, elle permet de tenir compte du fait que la publicité des audiences judiciaires ne produit pas seulement des effets en faveur ou au détriment des parties ou d'autres participants à la procédure, mais remplit également une fonction de contrôle de l'administration de la justice. Aussi le prononcé du huis clos ne répond-il pas seulement à des intérêts privés. Il porte aussi atteinte à des intérêts publics. D'où l'obligation pour le tribunal de mettre les uns et les autres dans la balance. Le prononcé d'un huis clos ne porte donc pas seulement atteinte à des intérêts privés, mais encore à des intérêts publics. Aussi ne peut-il être loisible à une partie d'exclure la publicité des débats; c'est au tribunal qu'il appartient de mettre dans la balance les différents intérêts en présence.

On peut partir de l'idée que, dans la plupart des cas, il résulte du principe de la proportionnalité que la protection d'intérêts déterminés est compatible avec la *notification du jugement en audience publique.* Aussi *l'al. 4* prévoit-il une telle notification même si les débats ont eu lieu à huis clos. Si, exceptionnellement, il advient, que la protection d'intérêts déterminés exige que l'on renonce à notifier le jugement en audience publique, celui-ci sera éventuellement porté à la connaissance du public sous une autre forme appropriée, par exemple dans un communiqué de presse.

2.2.8.3 Section 3 Maintien du secret, information du public communications à des autorités (art. 71 à 73)

L'art. 67, al. 2, let. a, dispose que la procédure préliminaire n'est pas publique. Il en va de même, en principe, d'un certain nombre d'actes accomplis à d'autres stades de la procédure pénale. Ces obligations de maintenir le secret, dont la transgression est punissable d'une des sanctions visées à l'art. 320, CP (violation du secret de fonction) de même que les restrictions à ces obligations sont réglées aux art. 71 à 73.

Art. 71 Obligation de garder le secret

L'art. 71 statue d'abord le principe du maintien du secret. Est déterminante en l'occurrence, la définition du secret telle qu'elle figure à l'art. 320, CP; a contrario, on en infère que l'obligation de garder le secret ne s'applique pas aux faits de notoriété publique[218]. Il en résulte que l'obligation de garder le secret, qu'elle préexiste selon l'al. 1 ou qu'elle soit imposée selon l'al. 2, devient caduque dès lors qu'il s'agit de faits sur lesquels la direction de la procédure informe le public.

Sont soumis à cette obligation, selon *l'al. 1*, outre les membres des autorités pénales et leurs collaborateurs, les experts désignés par les autorités pénales (mais non pas ceux qui sont mandatés par les parties à titre privé). L'obligation de garder le secret s'étend aussi aux traducteurs puisqu'ils sont soumis aux mêmes dispositions que les

218 Il n'est toutefois pas exclu que des faits dont il a été question lors de débats publics devant un tribunal deviennent des secrets après la clôture de la procédure pénale, cf. ATF **127** IV 129.

experts (cf. art. 66, al. 5). *L'al. 2* est indispensable, en dépit de l'art. 293 CP qui réprime la publication de débats officiels secrets. En effet, cet article présuppose que des secrets aient été livrés «à la publicité» et, partant, à un cercle relativement important de personnes. En revanche, il ne s'applique pas à la communication de faits secrets entre quelques particuliers. L'al. 2 comble cette lacune en permettant aux autorités pénales de soumettre également d'autres participants à la procédure (art. 103) et leurs conseils juridiques à l'obligation de garder le secret dans l'intérêt de la poursuite pénale ou lorsqu'il y va de la protection d'intérêts privés. S'agissant des témoins, la faculté qu'ont les autorités pénales de les soumettre à l'obligation de garder le secret est réitérée à l'art. 162. En l'occurrence cependant, l'autorité compétente n'est pas la direction de la procédure mais bien l'autorité qui mène l'audition, de sorte que la police – pour autant que les conditions visées à l'art. 140, al 2, soient remplies – peut également soumettre les témoins à l'obligation de garder le secret. Pour ce qui est de la surveillance des relations bancaires (art. 283), le projet prévoit une réglementation spéciale puisque, dans ce cadre, le tribunal des mesures de contrainte – et non la direction de la procédure – doit donner aux banques et institutions assimilées à des banques des directives sur les mesures visant à maintenir le secret qu'ils doivent observer (art. 284, al. 1, let. b). En revanche, les médias ne peuvent être soumis à l'obligation de garder le secret selon l'al. 2. L'interdiction qui leur est faite de publier des éléments ressortant de procédures non publiques (cf. art. 66, al. 2) découle de l'art. 293 CP.

Art. 72 Information du public

L'al. 1 règle les *exceptions à l'obligation de garder le secret*. Grosso modo, elles correspondent à celles que prévoient usuellement les lois de procédure que l'on trouve en Suisse. Son compétents pour informer le public, le ministère public et les tribunaux ainsi que, avec leur accord, la police. Celle-ci peut, en outre, publier, de sa propre initiative les communiqués usuels sur des accidents et des infractions (*al. 2*).

L'al. 3 fixe des règles générales sur la manière d'informer le public et sur le contenu de l'information. Ainsi, les autorités pénales sont notamment tenues de respecter le principe de la présomption d'innocence; en d'autres termes, elles doivent s'abstenir d'émettre des préjugés quant à la culpabilité des personnes en cause. Le respect des droits de la personnalité des intéressés exige, notamment, que ne soient rendus publics que les renseignements qui sont nécessaires pour atteindre les objectifs assignés à l'information par l'al. 1.

L'al. 4 reprend la teneur de l'art. 5, al. 2, LAVI, en y apportant toutefois deux modifications d'ordre matériel: premièrement, à la publication de l'identité de la victime, il ajoute expressément la publication d'informations conduisant à son identification; deuxièmement, il subordonne la publication des informations au consentement non plus seulement de la victime mais encore de ses proches survivants[219].

Art. 73 Information d'autorités

L'obligation de garder le secret au sens de l'art. 71 exclut la communication d'informations non seulement aux particuliers mais encore, en principe, à d'autres

219 Les deux modifications reprennent des propositions de la commission d'experts LAVI; celles-ci ont été favorablement accueillies lors de la procédure de consultation (cf. Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 31).

autorités. *L'art. 73* prévoit cependant plusieurs cas de figure dans lesquels il importe d'informer d'autres autorités sur les procédures pendantes, dans la mesure où cela se justifie objectivement. Cette réglementation n'est pas exhaustive. On trouve dans la législation fédérale et dans les législations cantonales des dispositions statuant d'autres droits et obligations d'informer des autorités, ainsi à l'art. 351 ou 368, nCP[220] ou dans les textes cantonaux qui astreignent les autorités pénales à faire les communications nécessaires à l'autorité de surveillance, par exemple lors d'infractions commises par des avocats, des médecins, des fonctionnaires, des étudiants, etc. (*al. 4*).

L'al. 2 oblige les autorités pénales à informer les services sociaux et les autorités tutélaires des procédures pénales engagées, lorsque la protection du prévenu ou du lésé l'exige.

L'al. 3 reprend la réglementation statuée à l'art. 363, nCP, en précisant que l'obligation d'aviser les autorités tutélaires vaut de manière générale lors d'infractions dans lesquelles des mineurs sont *impliqués.*

2.2.8.4 Section 4 Procès-verbaux (art. 74 à 77)

En procédure pénale, il y a *obligation de documenter.* En d'autres termes, tous les actes de procédure qui ne sont pas accomplis par écrit par les autorités pénales et les parties, doivent être consignés au procès-verbal. Cette obligation, conjuguée avec celle de tenir des dossiers bien ordonnés (art. 98), revêt une grande importance. Il s'agit d'une part de mémoriser les actes de procédure accomplis, cela en vue des phases ultérieures du procès, et en particulier du jugement et de la procédure de recours. L'obligation de documenter produit, d'autre part, un effet de garantie, puisque la consignation des actes de procédure au procès-verbal permet de contrôler a posteriori si la procédure s'est déroulée selon les règles et dans les formes prescrites.

La réglementation préconisée aux art. 74 à 77 repose sur une conviction: l'efficacité de l'unification de la procédure pénale passe aussi par l'adoption de prescriptions uniformes concernant la tenue des procès-verbaux. Or, à cet égard, les dispositions cantonales en vigueur et, plus encore, les manières dont celles-ci sont appliquées, présentent de notables différences. Cela explique que le projet prévoie en la matière une réglementation relativement détaillée. Toutefois, compte tenu des critiques formulées dans le cadre de la consultation[221], les dispositions ont été raccourcies dans toute la mesure du possible et leur systématique a été simplifiée.

Art. 74 Dispositions générales

L'al. 1 de cette disposition statue le principe selon lequel tous les actes de procédure doivent être documentés ou *consignés au procès-verbal.* Ce principe s'applique à tous les stades de la procédure, donc également à la procédure d'investigation de la police.

Les *al. 2 et 3* règlent les responsabilités s'agissant de la tenue du procès-verbal.

220 FF **2002** 7658
221 Cf. Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 31.

L'al. 4 statue l'autorisation générale d'enregistrer par des moyens techniques les actes de procédure (et, partant, les auditions dont la consignation est réglée à l'art. 76). Toutefois, ces enregistrements ne peuvent remplacer les procès-verbaux écrits. Ils ne font que les compléter. En d'autres termes, il y a lieu de s'en tenir à la règle selon laquelle les actes de procédure doivent, par principe, être consignés par écrit.

Art. 76 Procès-verbaux des auditions

L'al. 2 dispose qu'en règle générale, le procès-verbal est rédigé dans la langue officielle. Rappelons que l'art. 65, al. 2, 2e membre de phrase, prévoit une exception générale à ce principe. De surcroît, la direction de la procédure peut ordonner que les dépositions essentielles – lorsqu'il est capital d'enregistrer les propos tenus dans la langue originale – soient consignées dans la langue utilisée par la personne entendue, en sus de leur version traduite dans la langue officielle. On peut toutefois partir de l'idée que ce mode de procéder ne sera praticable que pour les langues étrangères les plus courantes, telles que l'allemand, l'italien, l'anglais ou l'espagnol. En outre, il sera toujours possible (et indiqué) de consigner au procès verbal les passages essentiels de dépositions faites en dialecte, et ce dans leur version dialectale.

L'al. 3 s'inspire de la pratique issue de la plupart des lois de procédure qui existent en Suisse, à savoir que les questions et les réponses ne sont, en règle générale, pas enregistrées mot à mot mais sous une forme résumée, la question n'étant parfois pas consignée et plusieurs réponses pouvant être synthétisées en une seule. A noter que cette pratique est différente de celle qui a cours dans d'autres systèmes juridiques, par exemple dans le système anglo-américain. Cette pratique qui peut être justifiée par le souci que les procès-verbaux soient clairs et compréhensibles, n'est pas sans poser de problèmes, car elle peut conduire à une falsification des dépositions. La réglementation proposée à l'al. 3 se borne à obliger les autorités pénales à ne consigner textuellement au procès-verbal que les questions et les réponses déterminantes. Il convient de continuer de laisser à la pratique le soin de fixer les modalités.

2.2.8.5 Section 5 **Prononcés** (art. 78 à 81)

Tout code de procédure pénale doit comprendre des dispositions réglant les formes dans lesquelles la procédure doit être clôturée. Ces normes figurent aux art. 78 à 81.

Art. 78 Forme

Le terme *«prononcé»* qui a cours en Suisse romande est un générique qui désigne toutes les décisions arrêtées par l'autorité, qu'elles tranchent une question de fond ou portent sur un aspect formel. Les prononcés qui tranchent des questions sur le fond, notamment ceux qui portent sur la cause qui fait l'objet du procès, sont appelés *jugements.* Tous les autres prononcés (prononcés de clôture ou prononcés incidents) revêtent la forme de *décisions* lorsqu'ils émanent d'une autorité collégiale, ou d'*ordonnances*, lorsqu'ils sont rendus par une seule personne.

Les *al. 2 et 3* contiennent quelques règles générales de forme que doivent respecter les prononcés. A noter que la teneur de l'al. 3 assouplit les normes fixées à l'al. 2. S'il advient, par exemple, que, durant les débats, l'audition d'un témoin supplémentaire soit refusée, ce prononcé peut être motivé sommairement et notifié oralement

aux parties. En pareils cas, l'adoption de formes simplifiées est tolérable, d'autant que, souvent, le bien fondé de la décision prise par la direction de la procédure sur un point précis peut être contrôlé dans le cadre d'un recours contre le prononcé de clôture.

Art. 79 Teneur des prononcés de clôture

L'art. 79 vise à instaurer une teneur uniforme pour les prononcés de clôture. Aussi énumère-t-il de manière relativement détaillée les éléments que doivent contenir ces prononcés.

Art. 80 Restrictions à l'obligation de motiver

Tout jugement doit être motivé. Le caractère absolu de ce principe fondamental est toutefois relativisé par le fait que, dans certaines circonstances, les personnes participant à la procédure peuvent renoncer à exiger un exposé des motifs. Dans le souci de simplifier et de rationaliser la procédure, plusieurs lois fédérales et cantonales de procédure prévoient d'ailleurs que, dans les causes simples, l'autorité judiciaire peut renoncer à motiver son jugement si les parties n'exigent pas expressément que celui-ci soit motivé. L'art. 80 s'inspire de cette réglementation qui a donné satisfaction. *L'al. 1* permet au tribunal de ne pas motiver son jugement, lorsque certaines conditions cumulatives, qu'il énumère, sont réunies. *L'al. 2* statue, quant à lui *une* restriction supplémentaire. S'inspirant du régime qui a cours dans les cantons, il prévoit que le tribunal notifie ultérieurement aux parties un jugement motivé si une partie le demande dans les délais ou si une partie forme un recours. Comme le délai pour déclarer l'appel commence à courir à compter de la communication du dispositif du jugement (art. 392, let. a), la notification du jugement motivé ne déclenche pas de nouveau délai dans l'hypothèse où une partie ferait appel. Dans les cas relevant de la juridiction fédérale, cas dans lesquels le ministère public de la Confédération est habilité à former recours (art. 389, al. 4), l'instance judiciaire est tenue de remettre également au ministère public – qui a qualité de partie – un exemplaire du dispositif du jugement (cette communication déclenchant le délai pour déclarer l'appel); partant, le ministère public est également en droit de demander qu'on lui notifie un jugement contenant un exposé complet des motifs. La réglementation préconisée rend caducs les al. 2 et 3 de l'art. 267 PPF.

L'al. 4 également répond au souci de simplifier et de rationaliser la procédure. Il permet aux autorités de recours de renvoyer à l'exposé des motifs de l'autorité précédente, lorsqu'il y souscrit.

Art. 81 Explication et rectification des décisions

Il arrive que le dispositif d'une décision soit abstrus, contradictoire ou incomplet. Afin de permettre de remédier à de telles carences de manière relativement simple et sans passer par la procédure de recours, les lois de procédure prévoient en règle générale la possibilité de recourir à l'explication et à la rectification. L'art. 81 consacre cette pratique qui a donné satisfaction.

2.2.8.6 Section 6 Notification et communication des prononcés (art. 82 à 86)

Ces dispositions correspondent grosso modo aux réglementations que l'on trouve aujourd'hui dans les lois de procédure existant en Suisse.

L'art. 82, al. 4, concrétise la maxime de célérité (art. 5). Dans les cas normaux, le tribunal notifie son jugement motivé dans les 60 jours. Exceptionnellement, cette notification peut avoir lieu dans les 90 jours. Toutefois, une telle exception ne se justifie que dans les affaires pénales d'une très grande complexité. Comme l'al. 4 ne vise que les jugements, il est superflu de formuler une réserve en faveur de délais plus courts, tels qu'ils valent en particulier pour les décisions en matière de détention (cf. art. 225, al. 1; 226, al. 5; 227, al. 4).

L'art. 84 prévoit la possibilité de notifier les communications par la voie électronique. Cette réglementation correspond à la teneur de l'art. 60, al. 3, LTF. Toutefois, un tel mode de notification ne peut être utilisé que si la personne concernée y consent. En règle générale, ce consentement vaut seulement pour les actes afférents à la procédure pendante; il peut cependant être général, notamment dans le cas des avocats qui traitent régulièrement avec les autorités pénales. Il incombe au Conseil fédéral de régler les modalités applicables à la notification par la voie électronique (art. 463). A l'instar de ce qui est prévu pour les requêtes (art. 108, al. 2), il s'agira plus précisément de déterminer le format de la transmission.

A *l'art. 85, al. 2,* un point mérite d'être souligné: les parties qui vivent à l'étranger sont tenues de désigner en Suisse un domicile de notification où les actes pourront leur être valablement communiqués. Cette réglementation que nombre de cantons ne connaissent pas encore vise à résoudre les difficultés que cause la notification de communications à des personnes résidant à l'étranger. Au demeurant, *l'al. 4* poursuit le même objectif.

A propos de *l'art. 86, al. 4*, il convient de relever que les ordonnances de classement et les ordonnances pénales sont réputées notifiées même en l'absence de publication, dès lors que l'une des conditions visées à l'al. 1, let. a à c, est remplie.

2.2.8.7 Section 7 Délais et termes (art. 87 à 92)

Ces dispositions règlent les délais et les termes des débats, la computation des délais, leur observation et leur prolongation. Elles régissent aussi le défaut et ses conséquences de même que la restitution des délais et la fixation d'un nouveau terme en cas d'empêchement. En cette matière également, les normes proposées correspondent, pour l'essentiel, aux normes procédurales en vigueur. Point n'est donc besoin de les commenter plus avant. *L'art. 89, al. 3* (délai en cas de transmission par la voie électronique) reprend la teneur de l'art. 48, al. 2, LTF. Quand aux conditions auxquelles la notification peut avoir lieu par la voie électronique, elles sont réglées à l'art. 108, al. 2.

En ce qui concerne la *restitution* (*restitutio in integrum*, rétablissement du statu quo ante, *art. 92*), il y a lieu de déterminer si elle ne doit être accordée qu'à la condition que le défaut ne soit imputable à aucune faute de la personne concernée ou si l'on peut admettre qu'elle puisse l'être si le défaut est dû à une légère négligence de sa

part. *L'al. 1* préconise que la restitution d'un délai fixé par la loi ou par un tribunal soit consentie à la partie qui rend vraisemblable qu'aucune faute n'est imputable à elle-même ou à son représentant en justice, ou tout au plus une faute légère. L'autorité compétente pour traiter une demande de restitution est celle auprès de laquelle l'acte de procédure aurait dû être accompli, si le délai avait été observé. S'il s'agit d'un délai de recours, la compétence revient à l'autorité de recours; en revanche, en cas d'opposition formée dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, la restitution du délai ressortit au ministère public ou à l'autorité pénale compétente en matière de contraventions, car ce sont eux qui devront se ressaisir de l'affaire une fois que l'opposition aura été formée.

2.2.8.8 Section 8 Traitement des données (art. 93 à 97)

L'art. 2, al. 2, let c, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)[222] dispose que celle-ci ne s'applique pas aux procédures pendantes; cette règle vaut également au niveau des cantons. Pourtant, la plupart des lois cantonales de procédure pénale ne contiennent pas de normes générales régissant le traitement des données. Le traitement et la protection des données sont bien plutôt réglés par des prescriptions de détail concernant, par exemple, les avis qui doivent être communiqués à l'issue de mesures de contrainte secrètes, le droit de consulter le dossier ou encore l'application du principe de la procédure préliminaire secrète. Toutefois, ces prescriptions permettent de sauvegarder de manière appropriée les intérêts des prévenus, en premier lieu. On ne saurait, cependant, perdre de vue qu'une procédure pénale moderne passe, notamment durant la phase des recherches, par le traitement d'informations sur des personnes qui, par la suite, ne se révéleront pas être des parties à la procédure.

Pour ce motif, il importe de fixer dans le code de procédure pénale suisse un certain nombre de normes fondamentales, en renonçant à y intégrer une réglementation détaillée, à la différence de ce que prévoit, par exemple, le droit allemand (§ 98a ss du code de procédure pénale).

Dans l'ensemble, les normes prévues correspondent à l'actuel art. 29bis PPF.

Art. 93 Collecte de données personnelles

L'al. 1 reprend la teneur de l'art. 29bis, al. 2, PPF et l'*al. 2* celle de l'al. 3 du même article.

Art. 94 Divulgation et utilisation des données dans le cadre d'une procédure pénale pendante

L'al. 1 confère à l'autorité pénale un simple droit de divulguer des données personnelles, reprenant ainsi la règle statuée à l'art. 29bis, al. 4, PPF. *L'al. 2* règle un point qui donne lieu à controverse entre le Ministère public de la Confédération, d'une part, et l'Office fédéral de la police d'autre part: quelle est la relation qui existe entre l'obligation de fournir des renseignements conformément à la législation fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure et le droit de fournir

222 RS **235.1**

des renseignements conformément à la PPF. Ce point est désormais tranché puisque les obligations de fournir des renseignements vaudront également pour les autorités pénales.

Art. 95 Droit aux renseignements durant la litispendance

Cette disposition définit les conditions auxquelles une autorité pénale est tenue, lorsque la procédure est pendante, de révéler aux parties et aux tiers qui le demandent, si des données les concernant sont traitées. Par rapport à la réglementation statuée actuellement à l'art. 102bis PPF dans le cadre de procédures relevant de la juridiction fédérale, le projet restreint le droit d'accès dans le souci de rendre efficace la poursuite pénale. Dorénavant, seules les parties et les autres participants à la procédure au sens de l'art. 103, et non plus toutes les personnes, pourront demander si des données les concernant sont traitées. Quant à savoir jusqu'à quel point les autorités pénales doivent informer spontanément une personne que des données personnelles la concernant sont l'objet d'un traitement, la réponse à cette question ressort de l'art. 93, al. 2, ainsi que des dispositions régissant l'obligation de communiquer des avis à l'issue de mesures de contrainte secrètes.

Les termes «données personnelles» et «traitement» s'entendent au sens qu'en donne l'art. 3, let. a et e, LPD.

La personne concernée est informée des données personnelles qui sont traitées, du mode de traitement et du nom du responsable du traitement. A cette fin, l'autorité peut soit l'autoriser à consulter le dossier soit répondre directement à ces questions sans produire le dossier. En l'occurrence, il est capital que la communication des informations n'ait pas pour effet d'éluder les limites auxquelles est soumis le droit de consulter le dossier.

Art. 96 Rectification de données

Cette disposition repose sur le principe statué à l'art. 5 LPD voulant que quiconque traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes et que toute personne concernée peut requérir la rectification des données inexactes. La procédure pénale présente toutefois une particularité qui ne saurait être négligée: dans le cadre de cette procédure, il arrive qu'il soit impossible de déterminer en toute certitude si des données sont exactes ou inexactes. Ou mieux encore, la procédure peut avoir (aussi) précisément pour rôle et pour but d'élucider cette question. Aussi, *l'al. 1* doit-il être interprété en ce sens que seules peuvent être rectifiées les données personnelles indubitablement inexactes.

Il ressort de ce qui précède que, dans le cadre de la procédure pénale, le litige porte parfois sur l'exactitude de données. Toutefois, eu égard au fait que le droit régissant cette procédure – à la différence de ce que dispose notamment l'art. 25, al. 2 à 4, LPD – n'institue pas de procédure distincte permettant de constater l'exactitude de données, *l'al. 2* n'instaure pas une obligation d'informer en cas de contestation de l'exactitude des données. Imposer aux autorités pénales l'obligation de communiquer sans délai aux autres autorités que l'exactitude de données est litigieuse serait de nature à les exposer à des difficultés pratiques considérables.

S'il advient, à l'issue de la litispendance, que des données se révèlent inexactes ou que la personne concernée en conteste l'exactitude, la procédure et les droits et

prétentions qui en découlent sont alors régis par la législation de la Confédération et des cantons en matière de protection des données (cf. art. 97).

Art. 97 Traitement et conservation des données personnelles après la clôture de la procédure

L'al. 1 constitue en quelque sorte le pendant de la règle qui figure dans les textes normatifs concernant la protection des données et qui veut que celle-ci ne s'applique pas aux procédures pénales pendantes. Toutefois, une fois la procédure close, sont applicables non seulement les normes régissant le droit d'accès mais encore toutes les dispositions des actes législatifs fédéraux et cantonaux en matière de protection des données, en particulier celles qui concernent le traitement, la procédure et les voies de droit.

Selon l'al. 2, les données personnelles collectées dans le cadre d'une procédure pénale doivent être toujours conservés dans le dossier officiel, car la constitution de «dossiers noirs» est illicite. Deux seules exceptions sont admises: les documents contenant des données signalétiques et les profils d'ADN. Ceux-ci peuvent être conservés séparément du dossier de la procédure (cf. art. 260 ou art. 258 en liaison avec les art. 10 à 13 de la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN[223], et leur effacement est soumis à des délais spéciaux (cf. art. 260 ou 258 en liaison avec les art. 16 et 17 de la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN). Quant à la durée pendant laquelle les autres types de données doivent être conservés, elle découle des prescriptions sur la conservation des dossiers.

La réserve en faveur de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (LOC)[224], qui est formulée à *l'al. 3* permet de répondre à la question – controversée sous l'empire du droit en vigueur – de savoir si les dispositions de la LOC concernant le traitement et la conservation des données ainsi que l'information priment les prescriptions du droit procédural (notamment l'art. 29bis PPF[225]) ou inversement.

2.2.8.9 Section 9 Tenue, consultation et conservation des dossiers (art. 98 à 101)

Art. 98 Tenue des dossiers

Pour chaque affaire pénale, il y a lieu de constituer un dossier auquel seront versées outre les procès-verbaux de procédure et des auditions, toutes les pièces réunies par les autorités pénales et les pièces produites à titre de moyens de preuves. Le dossier doit être ordonné de manière systématique, les documents ne devant pas forcément être classés dans l'ordre chronologique. En effet, lors d'affaires pénales d'une certaine ampleur, notamment celles qui portent sur plusieurs infractions, il peut se révéler plus judicieux d'adopter un autre mode de classement.

223 RS **363**
224 RS **360**
225 RS **312.0**

Selon *l'al. 2*, un dossier bien ordonné doit comprendre un index qui permet d'avoir rapidement la vue d'ensemble du contenu et qui est indispensable pour s'assurer de son intégralité, notamment lorsqu'il est remis aux personnes habilitées à le consulter. Renoncer à établir un tel index n'est admissible que dans les cas simples documentés par quelques pièces qu'il suffit de classer dans l'ordre chronologique.

Art. 99 Consultation des dossiers dans le cadre de procédures pendantes

Le droit de consulter les dossiers qui doit être accordé aux participants à la procédure, dans le cadre d'une procédure pendante, est une composante du droit d'être entendu garanti aux parties par l'art. 29, al. 2, Cst. La règle que l'on trouve dans les lois de procédure pénale les moins récentes, selon laquelle le droit de consulter le dossier, ne peut, en règle générale, être exercé qu'après la clôture de l'instruction[226], n'est plus en harmonie avec la doctrine moderne concernant les droits des parties dans la procédure. Cela explique que les lois de procédure pénale plus récentes autorisent la consultation des dossiers pour autant que le but de l'instruction n'en soit pas compromis.

L'al. 1 définit de manière un peu plus précise le moment à partir duquel le droit de consulter le dossier peut être exercé. Concrètement, cette disposition signifie que, dans une affaire de viol, par exemple, le droit de consulter le dossier doit être accordé après que le prévenu et la victime ont été entendus par le ministère public. Comme le prévenu et son défenseur peuvent assister aux auditions de témoins et poser des questions complémentaires, il peut être souhaitable, dans un cas tel que celui que nous avons pris à titre d'exemple, que le défenseur puisse consulter le dossier avant même que la victime ait été entendue. Bien souvent, en effet, faute de connaître le dossier, le défenseur ne peut exercer que difficilement son droit de poser des questions complémentaires. L'impossibilité de consulter le dossier peut donc assez fréquemment rendre nécessaire une seconde audition des témoins, ce qui ne contribue pas à rationaliser la procédure ni à améliorer la protection des victimes. Il y a lieu, en outre, de relever que, dans le cadre de la procédure de détention devant le tribunal des mesures de contrainte, celui-ci doit accorder au prévenu et à son défenseur le droit de consulter l'ensemble du dossier (art. 224, al. 2).

La consultation du dossier par d'autres autorités (*al. 2*) ou par des tiers (*al. 3*) présuppose une pesée des intérêts. Il s'agit notamment de déterminer si l'intérêt public à ce que le procès se déroule avec célérité et dans la sérénité, l'emporte sur les autres intérêts.

Art. 100 Modalités applicables en cas de demande de consultation des dossiers

Ainsi qu'il découle à la fois de la compétence de la direction de la procédure et de la place qu'elle occupe dans la systématique, cette disposition ne régit que la consultation de dossiers dans le cadre de procédures pendantes.

Selon *l'al. 1*, suivant la situation, différentes mesures sont envisageables pour prévenir les abus et les retards et pour protéger les intérêts légitimes au maintien du secret. Ainsi, la direction de la procédure peut décider que les dossiers ne pourront être consultés que sous surveillance, cela afin d'empêcher la destruction de pièces ou

226 Par exemple, art. 119, al. 2, CPP.

encore limiter le droit de consultation de tiers ou d'autres autorités à des pièces bien déterminées, de manière à protéger des intérêts légitimes au maintien du secret.

L'al. 2 ne fait que reprendre la règle largement répandue voulant que d'ordinaire, les dossiers soient consultés au siège de l'autorité pénale concernée et que seuls les conseils juridiques des parties et les autres autorités aient le droit de se faire notifier les dossiers. Rien n'empêche toutefois l'autorité pénale concernée de faire parvenir le dossier à d'autres personnes (par exemple, aux parties elles-mêmes ou aux conseils juridiques d'autres participants à la procédure). En outre, il est possible de déroger au principe selon lequel les dossiers doivent être notifiés à d'autres autorités ainsi qu'aux conseils juridiques des parties, par exemple lorsqu'ils sont très volumineux ou que l'autorité de poursuite pénale ou encore le tribunal en a simultanément un impérieux besoin (notamment dans les cas de détention).

2.3 Titre 3 Parties et autres participants à la procédure

2.3.1 Chapitre 1 Dispositions générales

2.3.1.1 Section 1 **Définition et statut** (art. 102 à 106)

Art. 102 Parties

Reprenant la proposition de la commission d'experts, l'art. 102 reconnaît la qualité de parties aux principaux participants à la procédure, à savoir le prévenu et la partie plaignante (*al. 1, let. a et b*); il confère également cette qualité au ministère public, aux débats et dans la procédure de recours (*let. c*).

A vrai dire, le terme «partie» ne recouvre que de manière insuffisante le statut effectif des acteurs impliqués dans une procédure pénale; les particuliers participant à la procédure, notamment, ne sauraient être comparés avec les parties à un procès civil puisqu'ils n'ont pas la qualité de parties. Ainsi donc, si le projet utilise constamment le terme de partie pour désigner lesdits participants, c'est par mesure de simplification linguistique et par souci d'accroître la lisibilité du texte[227]. Le vocable choisi correspond à celui qui a cours dans l'aire romane, où l'expression «participants à la procédure» n'est pas usitée.

L'al. 2 est calqué sur la réglementation que l'on trouve aujourd'hui dans plusieurs cantons et qui permet, par exemple, aux autorités d'assistance et d'aide sociale ainsi qu'aux autorités de protection de l'environnement d'intervenir en justice lors d'infractions commises dans le domaine dont elles ont la charge.

Une question se pose en relation avec l'al. 2: faut-il reconnaître des droits de procédure, voire la qualité de parties non seulement aux autorités mais encore aux associations qui se vouent à la protection d'intérêts de la collectivité? Nous pensons, par exemple, aux associations œuvrant dans le domaine de l'écologie ou de la protection des animaux ou encore aux organisations qui se consacrent à la lutte contre le racisme. Cette question a, d'ailleurs, fait l'objet de deux interventions parlementaires:

227 A ce sujet, De 29 à l'unité, p. 88: «La confusion qui règne dans les codes de procédure pénale relativement à la désignation des parties doit être remplacée par une terminologie unifiée».

la motion Schwaab du 13 juin 2000 demandait au Conseil fédéral d'étudier la possibilité de donner aux associations antiracistes la qualité pour agir dans les causes relatives à l'application de l'art. 261bis du CP réprimant la discrimination raciale[228]; allant dans le même sens, la motion Mugny chargeait le Conseil fédéral de présenter une modification de la loi afin qu'en matière de poursuites pénales pour négation, minimisation ou justification d'un génocide (art. 261bis, al. 4, CP), les associations ayant pour but statutaire la lutte contre le racisme ou la représentation des victimes d'un génocide ou de leurs descendants puissent avoir qualité pour se constituer partie civile[229]. Le projet renonce à reconnaître aux associations la qualité de parties et partant, le droit d'agir en justice. Ainsi que le Conseil fédéral l'a relevé dans son avis sur les deux motions, le code pénal et le droit régissant la procédure pénale, à la différence de ce qui vaut dans les domaines de la législation qui reconnaissent la qualité pour agir des associations (par exemple, en matière de lutte contre la concurrence déloyale, art. 10 LCD[230]) instaurent une autorité, le ministère public, qui a pour mission de sauvegarder les droits dans l'intérêt de la société et, partant, doit exercer d'office le monopole de la justice répressive de l'Etat (art. 7 et 16, cf. supra ch. 2.1.2 et 2.2.1.2). Dans le cas où les autorités de poursuite pénale n'engagent pas spontanément une procédure, rien n'empêche toute personne ou association de personnes qui a constaté une infraction de cette nature de déposer plainte pénale, déclenchant ainsi une instruction pénale (art. 302). Au demeurant, l'octroi de droits de procédure à de telles associations porterait atteinte au principe qui prévaut en procédure pénale, principe selon lequel la qualité de parties n'est, en règle générale, reconnue qu'au prévenu, à la partie plaignante et à l'autorité qui engage des poursuites au nom de l'Etat (al. 1). Reconnaître la qualité de parties à d'autres acteurs aurait pour effet de compliquer la procédure de manière disproportionnée par rapport aux avantages induits par cette innovation.

Art. 103 Autres participants à la procédure

Partant de l'art. précédent qui limite la qualité de partie au prévenu et à la partie plaignante, l'art. 103, *al. 1* énumère les autres particuliers qui peuvent jouer un rôle dans le cadre du procès pénal. Il cite en premier lieu le lésé et, partant, aussi la victime (cf. infra, commentaire de l'art. 116). En conformité avec la situation juridique actuelle, l'*al. 2* reconnaît à ces personnes la qualité de parties dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts, lorsqu'elles sont directement touchées par des actes de procédure de l'autorité.

La comparution des différents participants à la procédure de même que la définition de leurs droits et de leurs obligations font l'objet de dispositions détaillées figurant dans plusieurs titres du projet.

Art. 105 *Droit d'être entendu*

L'art. 105, al. 1, dresse la liste des principales composantes du droit d'être entendu, telles qu'elles figurent, par essence, dans toutes les lois de procédure existant en Suisse. *L'al. 2* impose expressément aux autorités pénales l'obligation d'attirer l'attention des parties qui ne sont pas versées dans la matière juridique (il s'agit

228 00.3268
229 01.3288
230 Quant à la qualité pour recourir de telles associations professionnelles et groupements d'intérêts lorsqu'ils ont déposé plainte pénale, cf. ATF **120** IV 154.

généralement de personnes qui ne sont pas représentées en justice) sur leurs droits au sens de l'al. 1. Le terme «autorités pénales» est utilisé dans un sens général, ce qui signifie que cette obligation vaut également dans le cadre de la procédure d'investigation de la police ainsi que dans celui de la procédure devant l'autorité pénale compétente en matière de contraventions.

Art. 106 Restriction du droit d'être entendu

L'art. 106, al. 1, définit les deux cas dans lesquels une restriction du droit d'être entendu est admissible. A noter que dans les deux cas, la restriction du droit d'être entendu englobe également l'exclusion des participants à la procédure qui n'ont pas la qualité de partie (cf. art. 103, al. 2).

Le premier cas visé (*let. a*) est l'abus de droits: la restriction du droit d'être entendu est admissible lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner qu'une partie ou son conseil juridique abuse de ses droits. Ainsi donc il ne suffit plus que «les intérêts de la procédure soient mis en péril» – motif formulé de manière vague, qui figure dans nombre de lois de procédure en vigueur – pour que les autorités pénales puissent restreindre le droit d'être entendu, notamment durant la phase initiale de la procédure préliminaire. Le deuxième cas (*let. b*) est celui dans lequel il est nécessaire d'assurer la sécurité de personnes ou de protéger des intérêts publics ou privés exigeant le maintien du secret. Il s'agit ici de motifs généraux justifiant l'exclusion du droit d'être entendu. Des mesures de protection particulières sont prévues dans d'autres dispositions du projet, par exemple en rapport avec la publicité des débats (art. 68) ou avec les auditions de témoins (art. 146 ss). Ces dispositions priment la norme générale de protection visée à la let. b.

Les restrictions prévues à l'al. 1 doivent être appliquées avec retenue et conformément au principe de la proportionnalité. Aussi *l'al. 3* exige-t-il que ces restrictions soient autorisées temporairement ou limitées à des actes de procédure déterminés, ou encore qu'elles ne concernent que certaines pièces du dossier. Il est fréquent que le motif entraînant la restriction du droit d'être entendu tienne à la personne de la partie elle-même et non de son conseil juridique. Lorsque, par exemple, un rapport d'expertise psychiatrique contient des informations confidentielles sur des tiers, qui ne doivent pas parvenir à la connaissance du sujet de l'expertise, il est judicieux de refuser à celui-ci le droit de consulter le document en question; en revanche, il n'y a aucune raison de refuser ce droit à son défenseur[231]. En d'autres termes, il n'est licite de frapper les conseils juridiques de restrictions du droit d'être entendu que pour des motifs tenant partiellement ou exclusivement à leur comportement (*al. 2*).

Lorsque le motif qui a justifié la restriction du droit d'être entendu disparaît, celui-ci doit être accordé sous une forme adéquate, en règle générale sous celle de l'autorisation de consulter a posteriori les pièces en question. Il est, toutefois, aussi concevable que, pour des motifs tenant à la protection de la personnalité, par exemple, l'autorité pénale soit contrainte d'interdire la consultation de certaines pièces (par exemple un rapport d'expertise) durant toute la procédure. En pareille occurrence, les autorités pénales ne peuvent fonder leurs décisions sur de telles pièces que si la partie concernée a eu communication sinon de la totalité du document, du

231 Selon l'art. 100, al. 1, la direction de la procédure peut donner comme instruction d'interdire au prévenu de prendre connaissance de l'expertise.

moins d'extraits essentiels, ou si la teneur du document lui a été notifiée lors de la conclusion des débats (*al. 4 et 5*).

2.3.1.2 Section 2 Actes de procédure des parties (art. 107 et 108)

Les *art. 107 et 108* constituent le pendant des art. 64 à 101 qui règlent les actes de procédure des autorités. Les normes générales statuées dans cette section peuvent être brèves car des aspects essentiels du rôle dévolu aux parties et à d'autres personnes participant à la procédure pénale sont réglés dans d'autres parties du projet.

Corollaire du droit d'être entendu, l'*art. 107* permet aux parties d'influer sur le cours de la procédure en présentant des requêtes à la direction de celle-ci.

L'*art. 108* statue que, sauf dispositions contraires (par exemple celles qui concernent le dépôt de recours; cf. art. 393 ou 398, al. 1), les actes de procédure des parties ne sont soumis à aucune exigence de forme particulière. Ainsi donc, les requêtes peuvent être présentées par écrit (y compris par messages électroniques) ou oralement; dans ce dernier cas, elles sont consignées au procès-verbal. Une procédure qui, d'une manière générale, n'oblige pas les parties à se faire représenter par un avocat[232] requiert cette liberté de forme. En effet, il faut que les personnes non versées dans la matière juridique puissent néanmoins exercer leurs droits de procédure.

L'al. 2 permet la transmission des requêtes par la voie électronique. Il faut voir dans cette disposition la faculté accordée aux autorités pénales d'accepter ce mode de transmission. En d'autres termes, les autorités pénales n'ont aucune obligation de s'équiper en vue de permettre la transmission par la voie électronique. Pour le cas, toutefois, où elles accepteraient ce mode de transmission, l'al. 2 fixe les exigences auxquelles celui-ci doit satisfaire. Ce faisant, il s'inspire de la solution prévue à l'art. 42, al. 4, PPF. Les requêtes transmises par la voie électronique doivent être munies d'une signature électronique reconnue valable qui en atteste la complétude et l'authenticité. En outre, elles doivent être transmises dans un format lisible par l'autorité pénale. Le soin de déterminer le format de transmission est laissé au Conseil fédéral puisqu'il s'agit là d'une question technique. Ce format sera identique pour tous les cantons. En outre, il, devra pouvoir être coordonné avec celui qui sera choisi par le Tribunal fédéral.

2.3.2 Chapitre 2 Prévenu (art. 109 à 112)

Art. 109 Définition

Reprenant la proposition des experts, le projet, par mesure de simplification linguistique, désigne par le terme de *prévenu,* tout au long de la procédure (c'est-à-dire jusqu'au jugement), la personne contre laquelle le procès pénal est dirigé[233]. Cette option rend superfétatoires les distinguos terminologiques opérés dans nombre de lois de procédure, selon le stade de la procédure considéré. Toute personne qui, dans le cadre d'un acte de procédure, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infrac-

232 Cf. infra, ch. 2.3.4.1.
233 De 29 à l'unité, p. 89.

tion sera donc désignée par un vocable unique: celui de «prévenu». Par principe, le projet appelle également prévenus les personnes condamnées aussi longtemps que leur condamnation n'est pas devenue exécutoire. Afin d'éviter, toutefois, des équivoques, certaines dispositions bien déterminées utilisent le terme «condamné» et non celui de «prévenu», alors même que la condamnation n'est pas encore passée en force de chose jugée[234].

L'al. 2 confère explicitement le statut de prévenu également aux personnes pour lesquelles la procédure est close mais doit être reprise selon l'art. 324 (reprise de la procédure préliminaire clôturée par une ordonnance de classement) ou selon les art. 417 ss (révision d'un jugement entré en force). Ces personnes doivent faire l'objet d'une mention spéciale puisqu'aucune procédure pénale au sens de l'al. 1 n'est plus dirigée contre elles au moment de l'ouverture de la procédure de reprise ou de révision susmentionnée.

Art. 110 Procédure pénale dirigée contre l'entreprise

Initialement, le droit pénal et la procédure pénale étaient uniquement axés sur la responsabilité des personnes physiques. En vertu de l'adage «*societas delinquere non potest»,* les personnes morales n'étaient, en effet, pas punissables et, partant, ne pouvaient pas avoir le statut de prévenu dans une procédure pénale.

Assez récemment, cet adage a été abandonné par le droit pénal suisse également. En adoptant l'art. 102 nCP[235], intitulé «responsabilité de l'entreprise», le législateur a introduit la punissabilité de l'entreprise pour certains comportements délictueux. Ce faisant, le Conseil fédéral s'était, à l'époque, limité à proposer une norme qui circonscrive les conditions auxquelles une infraction commise par un membre d'une entreprise peut être imputée à l'entreprise elle-même[236]. En revanche, le projet du Conseil fédéral ne contenait aucune disposition tenant compte des spécificités de la procédure dirigée contre l'entreprise. Aussi, une norme procédurale a-t-elle été élaborée dans le cadre des débats parlementaires (art. 102*a* CP). Il s'agit toutefois d'une norme minimale qui ne règle que la représentation de l'entreprise en cas de procédure pénale. Hormis une petite adjonction apportée à l'art. 102 CP, le nouveau libellé de ces deux dispositions qui ont été reprises dans la loi fédérale du 21 mars 2003 concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Financement du terrorisme)[237] et leur changement de numérotation en art. 100^{quater} et 100^{quinquies} n'a en rien modifié cette situation[238].

234 C'est ainsi qu'à l'art. 230, al. 1, l'expression «prévenu qui a été condamné» souligne clairement que le tribunal de première instance ne peut ordonner la mise en détention pour des motifs de sûreté en prévision de la procédure d'appel que s'il a rendu à l'endroit du prévenu un verdict de culpabilité.

235 Texte sujet au référendum, FF **2002** 7658. Pour de plus amples détails sur la genèse et la portée de la disposition de nature procédurale de l'art. 102 nCP, cf. – parmi beaucoup d'autres –, *Alain Macaluso*, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, ZStrR 123 (2005) 79 ss; *Niklaus Schmid*, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 21 (2003) 203 ss.

236 Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998, FF **1999** 1787.

237 En vigueur depuis le 1er octobre 2003, RO **2003** 3043.

238 Après l'entrée en vigueur de la Partie générale révisée du Code pénal, ces deux dispositions seront à nouveau introduites aux art. 102 et 102*a*, CP.

D'une part, la norme minimale instaurée par l'art. 100quinquies CP n'est pas satisfaisante car la procédure pénale dirigée contre l'entreprise se distingue à maints égards de celle qui vise une personne physique. D'autre part, le Conseil fédéral estime, cependant, qu'il serait excessif de vouloir régler au niveau de la loi, l'ensemble des problèmes qui pourraient se poser dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre l'entreprise. Ainsi, il n'y a pas lieu de codifier, par exemple, le mode de procéder à adopter lorsqu'une entreprise impliquée dans une procédure pénale tombe en faillite ou fusionne avec une autre. Limiter la réglementation à quelques normes peut se justifier, d'autant que les procédures pénales dirigées contre une entreprise ne devraient pas être légions[239]. Au demeurant, ainsi qu'il ressort des exemples de la faillite ou de la fusion, les points de réglementation laissés en suspens relèvent pour une part du droit pénal matériel; ils ont donc davantage leur place dans le code pénal que dans un code de procédure pénale.

Dans la mesure où le projet ne contient pas de normes régissant spécifiquement les procédures pénales dirigées contre l'entreprise, il y a lieu de partir du principe que les dispositions procédurales qui valent pour les personnes physiques ayant le statut de prévenu valent aussi pour ces procédures ou peuvent leur être appliquées par analogie. Dans cet esprit, le Conseil fédéral propose de n'ajouter à l'art. 100quinquies CP (dont la teneur sera intégrée à l'art. 110) que deux dispositions spécifiquement axées sur la procédure pénale dirigée contre l'entreprise: l'art. 34, al. 2, qui règle le for pour la poursuite des infractions commises au sein d'une entreprise et l'art. 175, let. h, qui permet d'entendre des membres de l'entreprise à titre de personnes appelées à donner des renseignements.

S'agissant de l'actuel art. 100quinquies CP, il convient de le transférer, si possible, tel quel dans le projet, à *l'art. 110*. Cette remarque vaut, tout d'abord, pour l'al. 1, dont on infère, en substance, qu'il appartient, au premier chef, à l'entreprise de désigner son représentant dans la procédure pénale. Celui-ci doit être choisi parmi les personnes «autorisées à représenter l'entreprise en matière civile sans aucune restriction». Dans les sociétés anonymes (qui sont les premières concernées), il s'agira principalement de membres de la direction ou du conseil d'administration, de délégués du conseil d'administration, etc. Ce n'est que si, au terme du délai imparti, l'entreprise n'a pas nommé un tel représentant que la direction de la procédure compétente désignera celui-ci parmi les personnes habilitées à représenter l'entreprise (*al. 2*). La teneur de l'*al. 3* correspond à celle de l'art. 100quinquies, al. 3, CP; cette norme qui vise à éviter les conflits d'intérêts, dispose que si une enquête pénale est ouverte pour les mêmes faits ou des faits connexes à l'encontre de la personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale, l'entreprise doit désigner un autre représentant.

L'al. 4 est une disposition nouvelle: si une procédure pénale est ouverte pour les mêmes faits aussi bien à l'encontre d'une personne physique que d'une personne morale, il est parfois souhaitable que les procédures soient jointes. La jonction prévue n'a rien d'impératif; les deux procédures peuvent rester distinctes si l'économie de la procédure le requiert.

Le libellé de l'al. 2 de l'art. 100quinquies CP en vigueur ne sera pas repris tel quel dans le code de procédure pénale suisse. En effet, cette disposition reconnaît à la personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale les droits et les obligations d'un

239 Bien qu'en vigueur depuis presque 2 ans, une seule procédure relative à l'art. 100quater est à signaler.

prévenu (1re phrase). En outre, elle statue que les autres représentants de l'entreprise visés à l'al. 1 n'ont pas l'obligation de témoigner. La question de l'obligation des membres de l'entreprise de déposer sera dorénavant réglée à l'art. 175, let. h, qui reconnaît la qualité de personne appelée à donner des renseignements aux représentants de l'entreprise au sens de l'art. 110, al. 1 à 3, de même qu'aux collaborateurs directs de celle-ci (cf. infra, ch. 2.4.4, commentaire de l'art. 175, let. h). En vertu de l'art. 177, al. 3, ces personnes peuvent refuser de déposer. Par ailleurs, elles n'ont aucune obligation de participer à la procédure.

Le projet renonce également à statuer spécifiquement pour l'entreprise des obligations de nature procédurale ou encore des obligations de participer à la procédure, cela à la différence de ce qu'a fait, par exemple, le canton de Berne au niveau de l'ordonnance[240]. Le Conseil fédéral estime que l'entreprise, dans son rôle d'entité prévenue, doit pouvoir se prévaloir des mêmes droits de procédure que les prévenus qui sont des personnes physiques, notamment du droit de refuser de participer activement à la procédure. Point n'est toutefois besoin de consacrer explicitement ce principe dans le code de procédure pénale unifiée. L'instauration de telles obligations de participer exigeant l'adoption d'une base légale, il suffit de renoncer à statuer expressis verbis ces obligations. Au demeurant, il va de soi que, lorsque l'entreprise a le statut de prévenu dans une procédure pénale, elle peut se prévaloir des principes généraux qui régissent cette procédure, tels que le droit d'être entendu, la maxime d'accusation ou encore la présomption d'innocence.

Art. 111 Statut

Jusqu'à l'entrée en force de la condamnation, le prévenu bénéficie de la présomption d'innocence au sens de l'art. 10, al. 1. Il en découle concrètement que les autorités pénales doivent instruire avec un soin égal les circonstances qui peuvent être à la charge et à la décharge du prévenu (cf. art. 6, al. 2), traiter le prévenu aussi correctement que les autres parties, enfin s'abstenir de toute précipitation lorsqu'elles sont appelées à prendre une décision d'inculpation. Le principe de la présomption d'innocence n'exclut toutefois pas qu'il suffise de soupçons pour que la police et le ministère public engagent une procédure pénale, voire adoptent des mesures de contrainte à l'encontre du prévenu.

Si le prévenu doit tolérer l'ouverture d'une procédure pénale à son encontre avec les actes de procédure – y compris les mesures de contrainte – qu'elle implique, en revanche il n'est pas tenu de collaborer activement à la procédure ni, partant, de déposer contre lui-même. Il a notamment le droit de refuser de déposer ou de collaborer d'une quelconque autre manière (par exemple en produisant des objets). Ces droits lui sont explicitement reconnus par *l'al. 1.* Quant à *l'al. 2,* il statue que la procédure doit être poursuivie même si le prévenu refuse de collaborer. Cette règle est le corollaire de la maxime de célérité consacrée à l'art. 5, al. 1.

240 Ordonnance du 25 juin 2003 portant introduction de la modification du Code pénal suisse du 21 mars 2003 (responsabilité de l'entreprise, RSB **311.11**). Quant à la problématique liée à cette disposition, cf. *Niklaus Schmid*, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 21 (2003) 206 ss, et se référant à des opinions divergentes dans la doctrine.

Art. 112 Capacité de prendre part aux débats

Abstraction faite des mesures prévues à l'égard des personnes incapables de discernement, une procédure pénale ne peut, par principe, être ouverte qu'à l'encontre de prévenus capables de prendre part aux débats et aptes à les suivre. La punissabilité de l'acte dépendant de la culpabilité de son auteur, il est exclu que celui-ci puisse être sanctionné s'il ne peut être tenu pour coupable en raison de son incapacité de discernement (art. 19 CP[241]).

Toute condamnation présuppose que l'auteur puisse lui-même s'exprimer librement sur son acte et sur la sanction dont il est passible. Aussi, est-il impossible d'ouvrir une procédure pénale à l'encontre de personnes qui sont incapables mentalement ou physiquement d'être entendues (*al. 1*). Si le prévenu est provisoirement incapable de prendre part aux débats, par exemple pour cause de maladie ou d'accident, il suffit que son défenseur soit présent pour les actes de procédure qui ne souffrent pas de report (*al. 2;* cf. également art. 144).

Selon *l'al. 3,* une incapacité durable de prendre part aux débats peut avoir deux conséquences différentes: si l'on peut escompter que le prévenu recouvrera ultérieurement sa capacité de prendre part aux débats, la procédure sera suspendue selon l'art. 314. Dans le cas inverse, elle sera classée (art. 320 ss). La *2e phrase* de l'al. 3 réserve les dispositions régissant la procédure contre les prévenus irresponsables (art. 382 s.; pour de plus amples détails, cf. ch. 2.8.6.2).

2.3.3 Chapitre 3 Lésé, victime et partie plaignante

Ce chapitre est consacré à trois catégories de personnes participant à la procédure. Si ces catégories sont apparentées, elles présentent cependant des différences de statut.

2.3.3.1 Section 1 **Lésé** (art. 113)

Le projet d'unification de la procédure pénale, reprenant en cela la terminologie qui a cours dans les lois actuelles de procédure pénale ainsi que dans la doctrine dominante, utilise le vocable de «lésé». Par là, il faut entendre toute personne *dont les droits ont été touchés directement par une infraction* (*al. 1*). Les droits touchés sont les biens juridiques individuels tels que la vie et l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur, etc. *L'al. 2* apporte une précision en statuant que les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale selon l'art. 30, al. 1, nCP[242], en d'autres termes les titulaires des biens juridiques auxquels on a porté atteinte, doivent toujours être considérées comme des lésés.

Par ailleurs, le Conseil fédéral renonce à régler dans cette disposition des questions prêtant à doute auxquelles donne lieu la notion de lésé. En effet, il estime qu'il faut continuer de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de définir, dans les détails, la qualité de lésé. Cela vaut également pour l'infraction de discrimination raciale dont les éléments constitutifs sont définis à l'art. 261bis CP, en particulier au par. 4 qui punit celui qui, notamment, aura nié, minimisé grossièrement ou cherché à

241 FF **2002** 7658
242 FF **2002** 7658

justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. La motion Mugny[243] chargeait le Conseil fédéral de présenter une modification de la loi afin que les survivants d'un génocide ou leurs descendants puissent avoir qualité pour se constituer partie civile dans les procédures pénales ouvertes pour ce type de crimes. En 2001, le canton de Genève a introduit une telle réglementation dans son code de procédure pénale[244]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les éléments constitutifs définis à l'art. 261bis, par. 4, 2e membre de phrase, sont, toutefois ceux d'un délit contre la paix publique, délit contre lequel les biens juridiques individuels ne sont protégés qu'indirectement et non pas directement, condition nécessaire pour que la personne en cause réponde à la définition de lésé[245]. Toute autre serait la jurisprudence à adopter, si en accord avec une partie de la doctrine et à l'encontre de la systématique du code pénal, l'on considérait que dans la disposition susmentionnée, le bien *directement* protégé n'est pas la paix publique mais bien la dignité humaine. Si tel était le cas, force serait d'admettre que non seulement les survivants d'un génocide et leurs descendants puissent se constituer partie civile (ce que demande la motion en s'inspirant de la norme adoptée par le canton de Genève), mais encore, parce qu'ils ont été touchés directement, tous les proches des victimes.

2.3.3.2 Section 2 **Victime** (art. 114 et 115)

Depuis l'adoption de la LAVI[246], la *victime* a un statut particulier dans le droit suisse régissant la procédure pénale. Selon *l'art. 114, al. 1,* qui s'inspire de la teneur de l'art. 2, al. 1, LAVI, on entend par victime le lésé qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. La définition de la victime est donc plus étroite que celle du lésé. Ainsi donc, si toute victime est aussi un lésé, tout lésé n'a pas forcément le statut de victime.

De ce qui précède, il découle, d'abord, que la victime peut faire valoir tous les droits reconnus au lésé. Aussi, lorsque, dans le projet, il est question des «droits du lésé», cette expression sous-entend-t elle également la victime. La victime ne fait l'objet d'une mention spéciale que chaque fois qu'il est question des droits de procédure qui lui sont spécifiquement attribués. Ces droits font, du reste, l'objet d'une énumération – non exhaustive – dès *l'art. 115.* Ils s'inspirent de la réglementation prévue actuellement par la LAVI, tout en la précisant et en l'élargissant à différents égards. Les dispositions prévues par le projet en la matière tiennent compte, dans une large mesure, des propositions de la Commission d'experts LAVI. Nous reviendrons à certaines de ces dispositions dans le commentaire des différentes subdivisions où elles apparaîtront.

243 Motion 01.3288 du 7.1.2001: Pour que les survivants d'un génocide et leurs descendants puissent se constituer partie civile. Le 5.10.2001, le Conseil national a transmis la motion sous forme de postulat. Cf. également supra, ch. 2.3.1.1

244 Art. 25, al. 2, CPP-GE.

245 ATF **129** IV 95, 105, confirmant ainsi la jurisprudence antérieure et se référant à la doctrine «probablement dominante». Cf. également message du Conseil fédéral relatif à l'art. 261bis CP, FF **1992** III 304.

246 RS **312.5**

2.3.3.3 Section 3 **Partie plaignante** (art. 116 à 119)

Tout lésé a, de par la loi, le statut de partie plaignante. Ce statut acquis automatiquement suffit-il à permettre l'exercice des droits de procédure qui y sont liés? Les réponses apportées à cette question par les lois cantonales de procédure sont variables. Plusieurs d'entre elles répondent par l'affirmative, permettant ainsi au lésé de se prévaloir de son statut de partie plaignante à n'importe quel stade de la procédure, et, le cas échéant, même en relation avec le dépôt d'un recours, lors même qu'il n'a participé à aucune phase antérieure de la procédure (1er modèle). D'autres, en revanche, n'accordent les droits de partie que si le lésé a déclaré expressément vouloir les exercer (2e modèle). Pour désigner cet acte du lésé, on utilise souvent l'expression «se constituer partie plaignante», expression qui souligne bien qu'en même temps qu'il dépose plainte, le lésé doit faire explicitement état de sa volonté de participer à la procédure et d'y défendre ses droits.

La réglementation prévue à *l'art. 116* s'inspire du 2e modèle. Il présente, à la fois pour les autorités pénales et pour le prévenu l'avantage de permettre à un stade relativement précoce, et au plus tard jusqu'à la clôture de la procédure préliminaire (cf. *al. 3*), de déterminer si le lésé entend ou non participer activement à la procédure. Si tel est le cas, il peut cumulativement ou alternativement agir comme demandeur au pénal ou au civil (*art. 117, al. 2*).

Puisque seuls jouissent de droits de procédure les lésés qui ont déclaré expressément se porter partie plaignante (art. 116, al. 1), il est nécessaire d'établir des dispositions assez détaillées sur la forme et le contenu de la déclaration ainsi que sur les délais dans lesquels elle doit être faite. Ces normes figurent aux art. 116 à 119. Leur libellé n'appelle que peu de commentaires. S'agissant de la forme de la déclaration (*art. 117*), il est prévisible que les autorités compétentes éditeront des formules spécifiques qui seront remises automatiquement aux lésés dès l'ouverture de la procédure pénale; les victimes pourront être informées de leur droit de la même manière (art. 304).

S'agissant de la relation entre plainte pénale et déclaration de se constituer partie plaignante, *l'art. 116, al. ,2* statue que la plainte pénale équivaut à une telle déclaration. Complétant les art. 30, al. 5, et 33 nCP[247], l'*art. 118, al. 3,* dispose que la renonciation au statut de demandeur au pénal (art. 117, al. 2, let. a) vaut renonciation à une éventuelle plainte pénale ou retrait de celle-ci; ainsi donc, si la personne qui a déposé plainte pénale renonce ultérieurement à se constituer partie plaignante, la plainte pénale est réputée retirée, a moins qu'elle n'ait limité expressément le retrait ou la renonciation à l'aspect civil. Il découle de ce qui précède que la personne qui dépose plainte pénale se constitue ainsi demanderesse à la fois au pénal et au civil. Quiconque renonce à déposer plainte pénale ou retire celle qu'il a déposée, perd, évidemment, son statut de partie plaignante, puisque, dans ces conditions, aucune procédure pénale ne sera ouverte contre l'auteur de l'infraction en cause. La renonciation à la plainte pénale ou à l'action civile, ou le retrait de celles-ci sont définitifs (art. 118, al. 1, in fine), l'action civile pouvant toutefois à nouveau être intentée sous réserve des restrictions prévues à l'art. 120, al. 4.

L'art. 119 règle la transmission des droits des lésés. Si, de son vivant, le lésé a renoncé, au sens de l'art. 118, al. 1, à se constituer partie plaignante, sa renonciation est définitive, ce qui signifie que même si le délai n'est pas écoulé, les proches du

247 FF **2002** 7658

lésé ne peuvent revenir sur cette décision. En revanche, si le lésé n'a pas encore fait la déclaration requise ou s'il a dit qu'il était disposé à se constituer partie plaignante, les droits de procédure découlant de ce statut passent à ses proches au sens de l'art. 110, al. 1, nCP[248], dans l'ordre de succession (*al. 1*). *L'al. 2* règle les effets de la subrogation, autrement dit du transfert de par la loi de droits déterminés à des personnes qui ne sont pas elles-mêmes des lésés. Ainsi, selon l'art. 14, al. 2, LAVI, lorsque l'autorité a accordé une indemnité ou une somme à titre de réparation morale au sens des art. 11 ss LAVI, le canton est subrogé, à concurrence du montant versé, dans les prétentions que la victime peut faire valoir en raison de l'infraction. Mentionnons encore les cas de subrogation relevant du droit des assurances, tels qu'ils sont prévus, par exemple, aux art. 72, al. 1, de la loi fédérale du 2 avril sur de contrat d'assurance (LCA)[249], 41 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance accidents (LAA)[250] ou dans certains cantons pour les prestations de l'assurance immobilière, lors d'incendies. Dans ces cas, les ayants droit peuvent faire valoir leurs conclusions civiles dans le cadre du procès pénal. Toutefois, ils ne jouissent que des droits de procédure nécessaires pour faire avaliser les conclusions civiles. Concrètement, cela signifie, par exemple, qu'ils ne peuvent consulter que les pièces qui leur sont nécessaires pour motiver l'action civile.

2.3.3.4 Section 4 **Action civile** (art. 120 à 124)

Force est de supputer que les conclusions civiles sont, bien souvent, au cœur des préoccupations des lésés. Cette hypothèse justifie que l'on établisse une réglementation distincte et détaillée pour l'action civile.

Sous le titre *«Dispositions générales», l'art. 120* regroupe des règles bien connues tirées de lois de procédure actuelles. *L'al. 1* corrobore le principe usuel en procédure pénale suisse, selon lequel le lésé peut faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction non seulement dans le cadre d'un procès civil ordinaire, mais encore, *par adhésion, dans celui de la procédure pénale*. *L'al. 2* reprend – par la force des choses – la réglementation statuée à l'art. 2, al. 2, LAVI, selon laquelle les proches de la victime (cf. art. 114, al. 2) peuvent également, en principe, faire valoir, dans le cadre de la procédure pénale, des conclusions civiles à l'encontre de l'auteur de l'infraction.

L'al. 3 est en harmonie avec la règle qui a cours en procédure civile, voulant qu'il y ait entrée en litispendance dès qu'une partie demande à un tribunal, sous une forme déterminée, de protéger ses droits. Il convient d'établir une distinction entre l'entrée en litispendance et le moment auquel les conclusions civiles doivent être chiffrées et motivées. La réglementation statuée à *l'al. 4* est plus généreuse que celle que l'on trouve dans certaines lois de procédure civile. En effet, certaines d'entre elles ne permettent le retrait de l'action civile que dans une mesure très restrictive, allant même parfois jusqu'à exiger que le défendeur ait donné son consentement[251]. Compte tenu du rôle particulier qu'est appelé à jouer le droit de faire valoir les conclusions civiles, par adhésion dans la procédure pénale, il se justifie de renoncer

248 FF **2002** 7658
249 RS **221.229.1**
250 RS **832.20**
251 Telle est également la solution proposée dans le projet d'unification de la procédure civile (désistement de l'action).

à l'adoption de normes aussi rigoureuses. Il importe que la partie plaignante qui retire ses conclusions civiles avant la clôture des débats de première instance, puisse à nouveau les faire valoir par la voie civile. Cette faculté devrait contribuer, dans une certaine mesure, à désencombrer la procédure pénale des actions civiles, puisque, à défaut, le demandeur au civil n'aurait pas d'autre ressource que de mener à chef son action civile dans le cadre de la procédure pénale, s'il voulait éviter une perte de ses droits.

L'art. 121 dispose que les conclusions civiles doivent, le plus tôt possible, être chiffrées et motivées, les moyens de preuves que la partie plaignante entend invoquer étant cités. A vrai dire, la partie plaignante qui ne respecte pas cette obligation, doit s'attendre à subir des conséquences négatives, mais d'une portée limitée. En effet, si elle n'a pas suffisamment motivé ses conclusions ou ne les a pas chiffrées de manière suffisamment précise avant la clôture de la procédure, le tribunal la renvoie à agir par la voie civile conformément à l'art. 124, al. 2, let. b, lui évitant ainsi la décision radicale d'écarter ses conclusions. Il convient, en outre, de noter que la partie plaignante – à l'instar des autres parties – est habilitée à présenter, au stade des débats, des propositions de preuves (cf. art. 332, al. 2 et 3), ce qui lui permet d'invoquer, dans le cadre de la procédure, les moyens de preuves nécessaires pour motiver ses conclusions civiles. Le calcul et la motivation des conclusions civiles peuvent encore être présentés dans les plaidoiries (*al. 2*). Toutefois, dans ce cas, de nouveaux moyens de preuves ne sont pas recevables (cf. 347, «avant de clore la procédure probatoire …»).

L'art. 122 règle des questions de compétence et de procédure. La compétence du tribunal pénal de connaître de l'action civile est déterminée uniquement par le fait qu'il a été saisi de la cause pénale. Si c'est un juge unique qui est compétent pour statuer sur la cause pénale, celui-ci juge également les conclusions civiles quelle que soit leur valeur litigieuse, même si, selon la procédure civile, une autre autorité, notamment une juridiction collégiale, eût été compétente pour juger de conclusions civiles de la même valeur (*al. 1*).

Il va de soi que le prévenu doit pouvoir s'exprimer, sous une forme adéquate, sur les conclusions civiles. A cet égard, *l'al. 2* se borne à statuer que le droit d'être entendu doit être accordé au prévenu au plus tard lors des débats de première instance. Comme il arrive fréquemment que la partie plaignante ne chiffre et ne motive ses conclusions civiles qu'au moment des débats, donc devant le défenseur du prévenu(cf. art. 348) la réponse aux conclusions civiles sera souvent donnée dans le cadre de la plaidoirie de ce défenseur. Quant au prévenu qui n'a pas de défenseur, la direction de la procédure doit lui permettre de s'exprimer sur les conclusions civiles dans le cadre de l'interrogatoire sur sa situation personnelle.

Art. 123: la faculté de faire valoir des conclusions civiles par adhésion dans la procédure pénale offre à la partie plaignante des avantages qu'elle n'aurait pas si elle devait faire valoir lesdites conclusions dans le cadre d'un procès civil. En effet, elle ne sera pas tenue de verser une avance en garantie des frais judiciaires, obligation usuelle dans un procès civil; par ailleurs, dans la procédure pénale, l'état de fait incriminé qui sert de base pour déterminer les conclusions civiles sera élucidé d'office et (dans un premier temps) aux frais de l'Etat. Cependant, il convient de veiller à ce que, par rapport à la situation qui serait la sienne dans un procès civil, la partie plaignante n'obtienne pas, dans le cadre de la procédure pénale, des avantages tels qu'ils défavorisent le prévenu par rapport à ce que lui conférerait son statut de défendeur dans un procès civil. C'est pourquoi, l'art. 123 reprend une institution qui

a cours en procédure civile: les sûretés en garantie des frais de procédure, sûretés que la partie plaignante (à l'exception de la victime) doit fournir à certaines conditions et à la demande de la partie défenderesse. Par analogie avec la réglementation qui a cours en procédure civile, le prévenu peut demander la fourniture de sûretés en garantie des frais de procédure s'il y a des raisons de craindre que la partie plaignante, au cas où elle succomberait (cf. art. 434), ne serait pas en mesure de s'acquitter de ses créances envers le prévenu. Ainsi qu'il ressort du libellé de l'al. 2 («La direction de la procédure …»), la requête en fourniture de sûretés ne peut être déposée qu'à partir du moment où la procédure est pendante devant le tribunal. Cette disposition concorde avec la conséquence de la non-fourniture par la partie plaignante des sûretés fixées. En pareil cas, l'art. 124, al. 2, let c, prévoit que le tribunal renvoie celle-ci à agir par la voie civile.

L'art. 124 règle en 4 alinéas les conditions auxquelles le tribunal pénal a la faculté de juger les conclusions civiles, est habilité à le faire ou est tenu de le faire.

Le jugement des conclusions civiles que le lésé a fait valoir par adhésion dans la procédure pénale est, en règle générale, *impératif* dans les deux cas suivants: premièrement, lorsqu'un verdict de culpabilité est rendu à l'encontre du prévenu (la procédure de l'ordonnance pénale étant réservée) et que les conclusions civiles ont été dûment motivées et chiffrées de manière suffisamment précise; deuxièmement, lorsque le prévenu est acquitté et que l'état de fait est suffisamment établi ou, en d'autres termes, que les preuves recueillies jusque-là, dans le cadre de la procédure, sont suffisantes pour permettre de statuer sur les conclusions civiles (*al. 1, let. a et b, en liaison avec l'al. 2, let. b*). Le fait que les conclusions civiles sont jugées dans le cas d'un acquittement, peut avoir pour effet que l'action civile ne soit pas portée devant le tribunal du domicile du défendeur, ce qui déroge au principe du for du lieu de domicile statué à l'art. 30, al. 2, 1re phrase, Cst. Toutefois une telle dérogation est licite en vertu de la 2e phrase du même alinéa.

L'al. 2 définit les cas dans lesquels il est *exclu* que le tribunal statue sur des conclusions civiles que l'on a fait valoir par adhésion dans la procédure pénale, ce qui l'oblige à renvoyer la partie plaignante à agir par la voie civile:

- la procédure pénale est classée ou close par la procédure de l'ordonnance pénale (*let a*); si le prévenu acquiesce aux conclusions civiles, son adhésion doit, selon l'art. 122, al. 3, être constatée dans la décision finale;
- la partie plaignante n'a pas suffisamment motivé ses conclusions ou ne les a pas chiffrées de manière suffisamment précise (*let. b*). En pareil cas, il serait concevable que le tribunal rejette l'action civile ce qui aurait pour corollaire de faire perdre ses droits au demandeur. Eu égard, toutefois, au caractère particulier de la «procédure par adhésion» qui n'est pas comparable à tous égards au procès civil, il semble approprié de n'assortir cette violation d'obligation que de conséquences relativement douces, option qui est en harmonie avec l'art. 118 qui règle la renonciation à l'action civile et avec l'art. 120, al. 4, qui en règle le retrait;
- le prévenu a été acquitté alors que l'état de fait n'était pas suffisamment établi (*let. d*). Ce cas de figure est réglé de manière variable ou, pas du tout, par les lois de procédure pénales en vigueur. Certaines prévoient que le tribunal n'entre pas en matière sur l'action civile et d'autres, pour le moins, n'excluent pas que le tribunal juge les conclusions civiles en dépit de l'acquittement.

Les *al. 3 et 4* règlent des cas dans lesquels le tribunal pénal qui statue au fond dispose d'une certaine latitude s'agissant du jugement des conclusions civiles. *L'al. 3* introduit une restriction générale par rapport à l'al. 1. Sa teneur a été reprise de l'art. 9, al. 3, LAVI. Toutefois, dorénavant, la faculté de ne traiter les conclusions civiles que dans leur principe s'offre au tribunal pénal que la personne qui intente l'action civile soit ou non une victime au sens de la LAVI. Le travail disproportionné, motif justifiant que les conclusions civiles ne soient traitées que dans leur principe, doit être occasionné par l'administration des preuves et non par la qualification juridique. Un tel cas de figure se produit, par exemple, lorsque de longues expertises sont nécessaires pour chiffrer le montant du dommage en cas de lésions corporelles ou que le processus de guérison n'est pas achevé, ou encore lorsqu'il se pourrait que le dommage corporel subi laisse des séquelles. En pareils cas le tribunal pénal peut, lorsqu'il statue sur l'action civile, se limiter à déterminer si la partie plaignante est fondée à faire valoir des prétentions civiles et pour quels motifs d'ordre juridique[252]. En revanche, il appartient au tribunal civil de fixer le montant desdites prétentions.

L'al. 4 s'inspire de la disposition figurant à l'art. 9, al. 2, LAVI, en permettant au tribunal de scinder les débats en deux parties. Il constitue, par rapport à l'al. 3, une norme spéciale qui permet au tribunal pénal de juger intégralement les conclusions civiles quand bien même il en résulte un travail disproportionné qui, selon l'al. 3, permettrait au tribunal de renvoyer la partie plaignante à agir par la voie civile. Toutefois, l'al. 4 ne vaut que pour les actions civiles de la victime qu'il privilégie par rapport à la partie plaignante «ordinaire». L'octroi de cet avantage repose sur l'idée selon laquelle l'obligation d'en appeler à un tribunal civil pour qu'il détermine le montant des prétentions civiles est de nature à imposer à la victime un fardeau trop lourd puisqu'elle serait confrontée une seconde fois à d'anciens événements douloureux qu'elle s'efforce, parfois, non sans peine, d'oublier. La possibilité de scinder les débats et de juger, dans la seconde partie, intégralement les conclusions civiles dans le cadre d'une procédure pénale, permet de parer à ce risque, risque dont le tribunal se doit de tenir dûment compte lorsqu'il décidera de l'opportunité de scinder les débats. A titre de simplification par rapport à la réglementation actuelle, le Conseil fédéral propose que même si la procédure se déroule devant une juridiction collégiale, la direction de la procédure statue en qualité de juge unique sur les conclusions civiles, dans la deuxième partie des débats. Cette simplification devrait permettre de parvenir plus rapidement à la clôture de la procédure, ce qui répond principalement à l'intérêt des victimes. En effet, il est plus difficile de fixer des dates pour de nouveaux débats lorsque le tribunal est collégial que s'il s'agit d'un juge unique. Par ailleurs le fait de charger un juge unique de statuer sur les conclusions civiles devrait, de manière générale, faciliter l'application de l'al. 4. En effet, force est de supposer que les tribunaux collégiaux seront davantage enclins à tirer parti de la possibilité de scinder les débats, s'ils peuvent laisser à la direction de la procédure statuant en qualité de juge unique le soin de juger des conclusions civiles au lieu d'être obligés de statuer eux-mêmes sur ces conclusions.

252 Selon l'ATF **125** IV 157 ss (avec d'autres renvois), le tribunal est tenu d'indiquer clairement dans le dispositif du jugement les points qui ont déjà été jugés et ceux qui peuvent être portés devant le tribunal civil pour qu'il statue. Parmi ces derniers figure, par exemple, la question de la faute d'une personne responsable, non seulement d'un point de vue pénal mais encore sous l'angle de la responsabilité civile.

2.3.4 Chapitre 4 Conseil juridique

Les particuliers participant à la procédure ont, en principe, le droit d'assurer seuls la défense de leurs intérêts dans le cadre de la procédure pénale; ils peuvent aussi recourir aux services d'autres personnes, notamment d'avocats, qui les assistent et les représentent pour certains actes de procédure. L'assistance et la représentation des parties peuvent prendre plusieurs formes. On distingue tout d'abord la *défense.* Celui qui l'exerce (le défenseur) est aux côtés du prévenu pour l'aider à défendre ses intérêts. Mais il ne peut le représenter que sur des aspects civils. Lorsqu'une personne n'ayant pas le statut de prévenu se fait assister par un tiers pour les aspects tant pénaux que civils, on dit qu'elle recourt à un *conseil juridique.* A l'instar du défenseur, il ne peut représenter son mandant que sur des aspects civils et non pénaux. Enfin, si le rôle du tiers auquel il est fait appel se limite à appuyer la partie plaignante pour lui permettre d'avoir gain de cause sur ses conclusions civiles, il s'agit alors, comme en procédure civile, d'une véritable *représentation.*

Tenant compte de ces caractéristiques différentes, les auteurs de l'avant-projet de 2001 avaient distingué trois catégories de mandataires: le défenseur, le conseil et le représentant[253]. Le projet renonce à établir ce distinguo, préférant utiliser un seul vocable: celui de *conseil juridique*. Si ce terme générique a été choisi, c'est parce qu'il recouvre aussi absolument le rôle du défenseur et, pris dans un sens large, également celui du représentant. Le souci de ne pas amoindrir plus que de mesure la lisibilité du texte allemand et les difficultés que présente l'établissement de définitions exactes et concordantes des trois notions dans toutes les versions linguistiques ont été les principaux éléments qui nous ont incités à opter pour cette simplification terminologique.

2.3.4.1 Section 1 **Principes** (art. 125)

L'al. 1 statue tout d'abord le principe selon lequel les parties à la procédure peuvent se faire assister d'un conseil juridique. Il s'agit-là d'une disposition potestative qui ne fonde donc aucune obligation à recourir au service d'un tel conseil. Seuls font, cependant, exception les cas dans lesquels le prévenu est tenu d'avoir un défenseur (défense obligatoire, art. 128).

L'al. 2 permet aux personnes ayant le statut de parties – autrement dit au prévenu et à la partie plaignante – de se faire assister de plusieurs conseils juridiques. Dans les affaires complexes, notamment, les parties peuvent avoir un intérêt légitime à faire appel à plusieurs avocats, étant chacun spécialisé dans une matière déterminée. Toutefois, afin d'obvier au risque que le procès ne traîne en longueur, les parties ne peuvent user de cette faculté qu'à la condition que la procédure n'en soit pas indûment retardée. C'est pour les mêmes raisons que la partie qui s'assure les services de plusieurs avocats doit désigner parmi eux un représentant principal, la conséquence étant que l'autorité pénale ne devra notifier qu'à celui-ci les citations à comparaître et les autres communications.

Comme sous l'empire du droit actuel, *l'al. 4* permettra, en principe, à un conseil juridique de défendre les intérêts de plusieurs participants à la procédure dans la même procédure. Sont réservées, toutefois, les restrictions prévues par la loi et les

253 Art. 133 ss de l'AP-CPP.

règles sur la profession des avocats au sens large, notamment la condition – évidente – qu'il n'y ait aucune collision entre les intérêts des différents participants à la procédure ni même aucune apparence d'une telle collision, ce qui ne peut être apprécié que cas par cas.

C'est au niveau de la loi qu'il convient de déterminer dans quelle mesure l'exercice de la fonction de conseil juridique doit rester réservée aux avocats autorisés à pratiquer le barreau. L'obligation de «passer» par un avocat est une institution qui, dans une large mesure, est étrangère au droit suisse régissant la procédure pénale, et ce, également, dans le sens que tous les cantons n'exigent pas que le conseil juridique auquel on fait appel soit avocat. Les lois de procédure en vigueur statuent bien plutôt que toute personne digne de confiance, jouissant de la capacité civile et ayant une bonne réputation doit, par principe, pouvoir être investie de cette fonction. *L'al. 4* reprend ce principe en réservant toutefois les dispositions contraires de la législation sur les avocats, ce qui permet de maintenir les restrictions actuelles, notamment celles qui ont trait à la pratique de la représentation *professionnelle* des parties par des avocats.

Compte tenu de l'importance que revêt la *défense* pour le prévenu, le projet propose que l'exercice de cette fonction soit réglé par des dispositions qui vont, en quelque sorte, en sens inverse de la tradition juridique suisse: aux termes de *l'al. 5, 1re phrase,* le droit de défendre les prévenus est*, par principe,* réservé aux avocats qui sont habilités, de par la législation pertinente, à pratiquer le barreau en Suisse où dans le canton où ils sont inscrits. Il s'agit, au premier chef, des avocats qui, en vertu de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur les avocats (LLCA)[254] sont habilités à représenter des parties en justice, c'est-à-dire les avocats suisses inscrits à un registre cantonal des avocats; il peut s'agir aussi d'avocats ressortissants d'Etats membres de l'UE et de l'AELE, dans la mesure où ils remplissent les conditions visées aux art. 21 ss, LLCA. En outre, il ne faut pas perdre de vue qu'il est, dorénavant, loisible aux cantons de créer un brevet d'avocat destiné aux avocats qui n'exercent leur activité que sur le territoire du canton concerné et qui les habilite à assurer la défense de parties devant les autorités pénales de ce canton (cf. art. 3, al. 2, LLCA). *L'al. 5, 2e phrase*, réserve expressément les dispositions contraires du droit cantonal sur la représentation dans le cadre de procédures portant sur des contraventions. Il se peut, en effet, que, dans ce cadre, les cantons préfèrent autoriser également des personnes n'ayant pas le statut d'avocat à exercer la représentation.

2.3.4.2 Section 2 **Défenseur** (art. 126 à 133)

Cette section définit les différents types de défense (ce point n'est pas réglé de manière uniforme par les différentes lois de procédure en vigueur) et fixe, dans les détails, les conditions et modalités applicables à l'exercice de la défense.

Art. 126 Statut

Le début de cette disposition donne des tâches essentielles du défenseur une définition valable pour tous les types de défense, correspondant bien à la conception actuelle du rôle du défenseur. Si la défense est aussi partie intégrante de l'adminis-

254 RS **935.61**

tration de la justice et est au service du droit, le défenseur, à la différence des autorités pénales (cf. art. 6, al. 2) œuvre, toutefois, unilatéralement pour les intérêts du prévenu. Cela étant, cette disposition statue que le défenseur n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, que par les intérêts du prévenu.

Art. 127 Défense privée

L'al. 1 reprend tout d'abord le principe général statué à l'art. 125, al. 1, en le précisant: en règle générale, dans toutes les procédures pénales et à n'importe quel stade de celles-ci, le prévenu a le droit de se défendre ou de charger de sa défense un avocat au sens de l'art. 125, al. 5. Le droit de se défendre soi-même peut être exercé, sauf dans les cas où le prévenu est tenu d'avoir un défenseur (défense obligatoire; art. 128).

L'art. 127 consacre donc un principe fondamental régissant la procédure pénale dans un Etat de droit, principe qui est statué par le droit supérieur (art. 32, al. 2, Cst., 6, par. 3, CEDH et 14, par. 3, let b, PIDCP). Lorsque le prévenu désigne lui-même un défenseur, on parle alors de *défense privée ou de défense librement choisie* (le contraire étant la *défense d'office,* cas dans lequel le défenseur est commis par l'autorité judiciaire; art. 130 ss). Deux éléments sont typiques de la défense privée: d'une part, la liberté de choisir un défenseur ou d'en changer, dont jouit le prévenu, mais d'autre part, l'obligation qui est la sienne de supporter les frais de sa défense.

Art. 128 et 129

Dans ses lignes générales, la réglementation proposée s'agissant de la défense obligatoire figure d'ores et déjà dans les lois de procédure pénale en vigueur en Suisse. Les motifs pour lesquels le prévenu est tenu d'avoir un défenseur (ce qui implique, dans certain cas, que la défense obligatoire soit ordonnée contre la volonté du prévenu) tiennent à la gravité de la peine encourue (*art. 128, let. b*), à la personne du prévenu (*let. c*) ou encore à la situation dans laquelle se trouve le prévenu au regard de la procédure (*let. a et e*). A vrai dire, les réglementations de la défense obligatoire prévues par les codes cantonaux présentent des différences telles, qu'il est indispensable de régler de manière uniforme les motifs justifiant une telle défense.

La let. a représente un moyen terme entre les différentes réglementations en vigueur, certaines prévoyant une défense obligatoire immédiate en cas de détention provisoire, d'autres, la grande majorité, ne déclarant obligatoire la défense qu'à l'expiration d'un certain délai (pouvant aller jusqu'à un mois). La durée de dix jours préconisée par le projet est celle à laquelle ont souscrit la majorité des participants à la consultation[255]. Eu égard à la situation particulière dans laquelle se trouve le prévenu qui a été arrêté et placé en détention provisoire, notamment au début de cette détention, on peut, toutefois, se demander s'il ne serait pas nécessaire d'ordonner une défense obligatoire dans un délai plus court. Une telle disposition serait de nature à inciter l'autorité pénale à user avec retenue de cette mesure de contrainte. Le projet tient compte de ces interrogations en prévoyant que la direction de la procédure ordonne une défense d'office du prévenu indigent, lorsque la détention provisoire a duré trois jours (cf. infra, art. 130, al. 2, let. a).

255 Contrairement à l'autre solution de 5 jours, proposée dans l'AP-CPP (art. 136, let. b); cf. synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 40.

La let b prévoit – cette fois encore, à titre de compromis entre les différentes réglementations en vigueur – que la défense obligatoire doit être ordonnée si le prévenu encourt une peine privative de liberté de plus d'un an ou une mesure entraînant une privation de liberté. Par voie de conséquence, la défense obligatoire peut être ordonnée dans les affaires pénales qui relèvent de la compétence du juge unique (cf. art. 19), autrement dit, dans lesquelles le prévenu encourt une peine privative de liberté oscillant entre un et deux ans ou encore une mesure entraînant une privation de liberté, dont le prononcé ne ressortit pas exclusivement à un tribunal collégial. De même, s'agissant de la gravité de la sanction, il y a lieu de relever que le projet donne à la direction de la procédure la faculté d'ordonner la défense d'office d'un prévenu sans ressources si l'affaire n'est pas de peu de gravité (cf. infra, art. 130, al. 2, let. b).

Les cas visés aux *let. c et d* correspondent à ceux qui sont habituellement réglés par les lois de procédure existantes. La teneur de la let. d se recoupe avec celle de la let. b dans la mesure où les conditions auxquelles le ministère public est tenu de soutenir en personne l'accusation devant le tribunal (cf art. 338, al. 3 et 4) sont identiques aux conditions prévues à la let. b, qui rendent la défense obligatoire. Toutefois, la let. d ne devrait trouver application que si le ministère public, conformément à l'art. 338, al. 1, souhaite comparaître en personne à la barre alors qu'il n'y est pas tenu ou si la direction de la procédure lui enjoint de soutenir en personne l'accusation conformément à l'art. 338, al. 3.

La défense obligatoire en cas de procédure simplifiée (art. 365 ss) vise, conformément à la *let. e*, à empêcher que le prévenu ne soit avantagé de manière excessive lors des négociations avec le ministère public et dans les accords conclus avec lui.

Compte tenu de l'importance des cas qui justifient une défense obligatoire, il importe d'établir aussi des normes qui permettent de mettre en œuvre cette défense à temps. Tel est le but que vise *l'art. 129.* Son *al. 3* fait la clarté sur une question qui a une grande portée pratique et qui jusqu'à présent n'a que rarement été réglée de manière explicite: en cas de défense obligatoire, les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné sont-elles valables? Selon la réglementation préconisée, il convient de distinguer deux cas de figure: celui où, au moment où les preuves en question ont été administrées, la nécessité d'un défenseur aurait pu être admise et celui où elle n'aurait pu l'être. Dans le premier cas, les preuves ne sont pas exploitables et leur administration doit être répétée en présence du défenseur, à moins que le prévenu n'y renonce. Dans le deuxième, notamment lorsque, au début de la procédure préliminaire, il était encore impossible de déterminer si la gravité de l'affaire nécessitait que la direction de la procédure ordonne la défense obligatoire, les preuves administrées restent valables.

Art. 130 à 133

L'art. 130 règle les cas dans lesquels l'Etat peut *commettre un défenseur d'office* au prévenu.

L'al. 1 vise la situation dans laquelle le prévenu, qui doit avoir un défenseur, n'en désigne pas un de son propre chef (*let. a, ch. 1*) ou celle dans laquelle le mandat confié au défenseur privé a expiré pour une raison ou pour une autre alors que le prévenu n'a pas désigné un nouveau défenseur (*let. a, ch. 2*).

L'al. 1, let. b, prévoit, en outre, la commission d'un défenseur (à la demande du prévenu ou d'office) si le prévenu ne dispose pas des moyens nécessaires et si l'assistance d'un défenseur est justifiée pour sauvegarder ses intérêts. Cette disposition est la concrétisation de la jurisprudence développée par les juridictions suprêmes à propos de l'art. 29, al. 3, Cst. (art. 4, aCst.) et de l'art. 6, par. 3, let. c, CEDH. Parmi les cas justifiant la défense d'office, *l'al. 2* cite «notamment» celui où la détention provisoire a duré 3 jours (*let. a*) ainsi que celui où l'affaire n'est pas de peu de gravité et, à titre cumulatif, où elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait surmonter (*let. b*). *L'al. 3* livre quelques éléments permettant d'interpréter la notion d'«affaire qui n'est pas de peu de gravité» Ils sont tirés, d'une part, de la pratique actuelle qui situe à trois mois et jusqu'à cinq mois de privation de liberté la limite au-delà de laquelle on peu considérer que l'affaire n'est pas une «bagatelle» et, d'autre part, ils s'inspirent du nouveau système de sanctions prévu dans la Partie générale révisée du CP, système selon lequel un jour de peine privative de liberté équivaut à 4 heures de travail d'intérêt général ou à une peine pécuniaire d'un jour-amende (art. 39, al. 2, nCP[256]).

L'art. 131 règle les modalités de la désignation du défenseur d'office. La compétence en revient à la direction de la procédure, donc au ministère public au stade de la procédure préliminaire et au tribunal chargé de juger l'affaire, au stade des débats (*al. 1*). Une interprétation objective de l'*al. 2* permet de dissiper tout doute quant à l'attitude de la direction de la procédure et, en particulier du ministère public, qui pourraient être tentés de désigner un défenseur à leur convenance. Cet alinéa dispose, en effet, que lorsqu'elle nomme le défenseur d'office, la direction de la procédure prend en considération les souhaits du prévenu, dans la mesure du possible. Dans la perspective de l'unification de la procédure pénale et compte tenu de la libre circulation garantie aux avocats par la nouvelle loi, il devrait être, dorénavant, possible de donner suite dans une plus large mesure aux souhaits des prévenus qui demandent qu'on leur commette un défenseur provenant d'un autre canton.

L'art. 132, al. 1, dispose que la direction de la procédure révoque le mandat si le motif à l'origine de la défense d'office disparaît. Il en découle a contrario que la défense d'office doit être accordée aussi longtemps que subsistent les conditions qui ont incité la direction de la procédure à l'ordonner, notamment tant que cette défense apparaît se justifier dans l'intérêt de l'administration de la justice[257]. *L'al. 2* règle une question importante dans la pratique, mais qui n'a jusqu'ici guère fait l'objet de normes expresses: celle du changement de défenseur d'office. La direction de la procédure doit autoriser ce changement lorsque la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou qu'une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons. A certains égards, la réglementation prévue va au-delà de la jurisprudence actuelle[258]; elle tient compte du fait que l'efficacité et l'engagement de la défense peuvent être mises en péril non seulement lorsque le défenseur viole objectivement les devoirs de sa charge, mais encore dès lors que la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée, deux cas de figure dans lesquels le prévenu qui aurait, lui-même, choisi un défenseur le remplacerait par un autre.

256 FF **2002** 7658
257 Cf. ATF **129** I 129 (procédure de recours).
258 Le changement de défenseur d'office doit être fondé sur des motifs objectifs, cf. ATF **116** Ia 105, **114** Ia 101.

L'art. 133, enfin, établit quelques règles concernant l'indemnisation du défenseur d'office. Celle-ci se détermine selon le tarif des honoraires d'avocats applicables au for du procès. Ainsi donc, selon le canton concerné, le défenseur d'office touchera soit les mêmes honoraires qu'un défenseur librement choisi, soit des honoraires réduits, applicables au défenseur commis d'office.

En tout état de cause, l'indemnité due au défenseur d'office doit être supportée par l'Etat, même si la direction de la procédure a ordonné une défense d'office pour d'autres motifs que le manque de moyens du prévenu (art. 130, al. 1, let. b). *L'al. 4* vise à assurer qu'un prévenu à qui une défense d'office a été commise ne se trouve pas dans une situation privilégiée par rapport à un prévenu qui aurait été assisté d'un défenseur dans le cadre d'un mandat ordinaire. Il faut distinguer ainsi deux cas de figure. Le premier est celui visé par l'art. 130, al. 1, let. b, selon lequel une défense d'office a été commise au prévenu pour cause de manque des moyens nécessaires. En pareil cas, le prévenu est tenu de rembourser à l'Etat les frais d'honoraires versés par ce dernier dès que sa situation financière le lui permet. Selon cette disposition également, le défenseur peut réclamer au prévenu le manque à gagner qu'il a subi, soit la différence entre le montant des honoraires perçus en cas de défense d'office et ceux qui lui auraient été alloués en cas de défense privée. Le deuxième cas de figure est celui réglé par l'art. 130, al. 1, let. a, ch. 2, selon lequel, en cas de défense obligatoire, le prévenu n'a pas désigné un défenseur. En pareille occurrence, le prévenu se trouve dans une situation de faveur, en contre-partie de laquelle, il se justifie, au terme de la procédure (que ce soit dans une décision ou un jugement) de le condamner au remboursement des frais occasionnés pour la mise en œuvre d'une défense d'office.

2.3.4.3 Section 3 Assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante (art. 134 à 136)

L'art. 29, al. 3, Cst. garantit à toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes le droit à l'assistance judiciaire gratuite ainsi qu'à l'assistance gratuite d'un conseil juridique. *L'art. 134* définit, en harmonie avec la jurisprudence actuelle[259], les conditions auxquelles l'assistance judiciaire est accordée à la partie plaignante et ce que recouvre cette prestation. En faisant expressément référence aux prétentions civiles, il souligne clairement qu'un conseil juridique gratuit ne peut être désigné à la partie plaignante que si celle-ci fait valoir des conclusions civiles dans le cadre de la procédure pénale. Cette règle n'exclut pas que le conseil juridique (dans une plus large mesure que s'il s'agissait d'une simple représentation) intervienne également sur les aspects pénaux. Ce n'est que dans le cas où la partie plaignante entend ne participer à la procédure que pour l'aspect pénal (cf art. 117, al. 2, let. a) que toute assistance judiciaire gratuite est exclue. Cette conséquence est justifiée par le fait que, par principe, le monopole de la justice répressive est exercé par l'Etat, au travers du ministère public[260].

L'art. 136, al. 1, statue clairement qu'en cas d'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, la mise à la charge de l'Etat des frais y afférents n'est pas définitive. En effet,

259 Par, exemple ATF **123** I 145.
260 Quant à la renonciation à la procédure de l'accusation privée, cf. supra, ch. 1.5.4.1.

ainsi que le prévoient la plupart des lois de procédure en vigueur, l'autorité statue en principe sur les frais dans le cadre du prononcé de clôture (cf. art. 428). Selon les cas, les frais peuvent être mis à la charge du prévenu ou de la partie plaignante.

L'al. 2 vise le cas dans lequel le prévenu est condamné à verser des dépens à la partie plaignante, selon l'art. 441. Ces dépens reviennent à la Confédération ou au canton dans la mesure des dépenses qu'ils ont consenties pour l'assistance judiciaire gratuite.

2.4 Titre 4 Moyens de preuves

Les moyens de preuves se subdivisent en deux catégories: d'une part, les preuves relatives aux personnes qui comprennent les dépositions orales et les considérations émises par écrit par des tiers (par exemple, les rapports d'experts); d'autre part, les moyens de preuves matériels, à savoir tous les objets, lieux, états de chose ou processus dont la valeur probante est reconnaissable. Après les dispositions générales qui font l'objet du chap. 1, suivent – comme c'est usuellement le cas dans les codes de procédure pénale existant en Suisse – les normes concernant les preuves relatives aux personnes (chap. 2 à 5), puis les dispositions consacrées aux moyens de preuves matériels (chap. 6).

2.4.1 Chapitre 1 Dispositions générales

2.4.1.1 Section 1 **Administration et exploitation** (art. 137 à 139)

Art. 137 Principes

La teneur de *l'al. 1* est le corollaire des deux principes que sont la libre appréciation des preuves (art. 10, al. 2) et la recherche de la vérité matérielle (art. 6, al. 1): *les moyens de preuves ne sont soumis à aucun numerus clausus*. Il en découle que, pour établir la vérité, les autorités pénales sont habilitées, dans les limites du droit, à mettre en œuvre tous les moyens de preuves imaginables, même s'ils ne sont pas ou, pas encore, expressément prévus par le code de procédure pénale. Elles peuvent donc recourir aux nouveaux moyens de preuves résultant des progrès scientifiques sans qu'il soit nécessaire de compléter le CPP à cet effet, les éventuelles atteintes qui pourraient être ainsi portées aux droits fondamentaux devant toutefois reposer sur une base légale.

Les *al. 2 et 3* dispensent les autorités pénales d'administrer des preuves sur certains faits et de mettre en œuvre certains moyens de preuves. Quant à savoir si les conditions permettant de renoncer à administrer une preuve ou à mettre en œuvre un moyen de preuve sont réunies (il faut que les faits soient non pertinents ou qu'ils aient été déjà suffisamment prouvés), il s'agit là d'une question qui doit être tranchée dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler «l'appréciation anticipée des preuves», mode de procéder qui, tout en étant admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral[261], n'en doit pas moins être utilisé avec retenue[262].

261 ATF **124** I 284 ss

262 *Jürg Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessecht, Berne etc. 1997, N 829; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zurich 2004, N 291.

Art. 138 Méthode d'administration des preuves interdites

Si les moyens de preuves ne sont soumis à aucun numerus clausus, cela ne signifie, toutefois, pas que toutes les méthodes d'administration des preuves soient licites. Au contraire, certaines méthodes paraissent incompatibles avec le respect de la dignité de la personne, statué à l'art. 3. Dans l'administration des preuves, seules peuvent être appliquées les mesures de contrainte autorisées par la loi. En revanche, tout recours à la violence psychique et physique est prohibé. Est notamment interdite l'utilisation de méthodes susceptibles de restreindre la faculté de penser et le libre arbitre de la personne concernée, donc, par exemple, le recours à l'alcool ou aux stupéfiants pour plonger le prévenu dans un état second[263], la narco-analyse ou l'usage de détecteurs de mensonges[264].

Autoriser le recours aux méthodes susmentionnées si le prévenu y a consenti reviendrait à exercer sur lui une contrainte indirecte. En effet, un refus de sa part, risquerait d'être interprété comme un élément suspect. Aussi, *l'al. 2* statue-t-il l'interdiction de recourir à ces méthodes même si le prévenu y a consenti.

Art. 139 Exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement

Les lois de procédure pénale en vigueur ne règlent que peu – quand elles les règlent – les conséquences des violations des dispositions sur l'administration des preuves. Aussi, le projet établit-t-il à ce sujet des normes générales qui laissent à la jurisprudence une marge suffisante pour régler les modalités[265]. L'art. 139 ne réglemente, toutefois, pas la problématique de l'interdiction d'exploiter des moyens de preuves dans son ensemble. Il ne vise que les cas dans lesquels l'administration des preuves avait été déjà entachée d'un vice. Cependant, la question de l'interdiction d'exploiter des moyens de preuves peut aussi se poser lorsque leur administration, conforme au droit, a permis de faire des constatations qui n'ont pas de rapport avec l'infraction à élucider ni avec la personne soupçonnée. Ce problème est communément désigné par le vocable de «découverte fortuite».

L'al. 1 interdit l'exploitation des preuves recueillies selon des méthodes prohibées; cette interdiction générale profite donc plus spécialement au prévenu.

Lorsque les autorités pénales ont administré des preuves en violation de prescriptions d'une portée moins fondamentale, *l'al. 2* autorise l'administration de ces preuves à certaines conditions, permettant ainsi de déroger à l'interdiction absolue statuée à l'al. 1. Cette exception vaut tout d'abord pour les preuves qui ont été administrées de manière illicite par les autorités pénales. Si le comportement illicite se caractérisait également par le recours à l'une des méthodes prohibées par l'art. 138, al. 1, il va de soi que toute exploitation des preuves administrées dans ces conditions est exclue en vertu de l'al. 1. L'exploitation de ces preuves est aussi exclue lorsque le code lui-même considère comme «inexploitables» certains moyens de preuves recueillis (par exemple, art. 147, al. 3, et 155, al. 2). L'al. 2 s'applique toutefois aux cas dans lesquels il n'y a eu que violation d'une norme pénale et non recours simultané à une méthode prohibée d'administration des preuves, par exemple, lorsqu'une

263 En ce sens déjà ATF **90** I 29 ss

264 Quant à l'illicéité du recours à la narco-analyse et aux détecteurs de mensonges, cf. ATF **109** Ia 289.

265 Cette proposition, dans son principe, a été accueillie favorablement par une majorité des participants à la procédure de consultation, cf. synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 43 s.

perquisition a eu lieu en l'absence d'un mandat valable. L'exploitation de preuves est également admissible lorsque celles-ci ont été administrées en violation de règles de validité. Ces règles doivent être distinguées de simples prescriptions d'ordre dont la violation n'empêche en aucun cas l'administration des preuves (*al. 3*). Lorsque la loi ne qualifie pas elle-même une disposition de règle de validité, il incombe à la jurisprudence d'établir la distinction nécessaire en prenant principalement pour critère l'objectif de protection auquel est censée ou non répondre la norme. Si la disposition de procédure en cause revêt une importance telle pour la sauvegarde des intérêts légitimes de la personne concernée qu'elle ne peut atteindre son but que moyennant l'invalidation de l'acte de procédure accompli en violation de cette disposition, on a affaire à une règle de validité[266]. Au surplus, pour que des preuves administrées de manière illicite puissent être néanmoins exploitées, il faut que leur exploitation soit indispensable pour élucider une infraction grave. A noter que les preuves indispensables peuvent être aussi bien à charge du prévenu qu'à sa décharge.

L'al. 4 règle une question dont ne traitent guère les lois de procédure en vigueur: l'effet induit de l'interdiction d'exploiter des preuves obtenues illégalement. Si le droit anglo-américain régissant la procédure pénale statue le principe selon lequel d'autres faits dont les autorités pénales ont eu connaissance à la lumière de preuves inexploitables ne sont pas exploitables non plus, les effets de ces violations indirectes des normes qui régissent l'administration des preuves sont, en revanche, réglées de manière controversée par les législations des Etats de l'Europe continentale: l'argument qui plaide en faveur de l'effet induit est, qu'à défaut, les règles sur l'administration des preuves pourraient être vidées de leur substance. A cet argument, on peut objecter que l'effet induit, en se traduisant par l'interdiction d'exploiter des preuves supplémentaires, pourrait être préjudiciable à la recherche de la vérité matérielle et conduire à l'acquittement choquant de coupables manifestes[267]. Selon l'al. 3, la preuve supplémentaire n'est inexploitable que si elle n'avait pas pu être administrée sans l'administration préalable de la preuve obtenue illégalement, ou en d'autres termes si la première preuve était la condition sine qua non pour obtenir la seconde. Ainsi donc, par exemple, serait exploitable la déposition d'un témoin qui a été trouvé grâce à une déposition du prévenu, qui n'est pourtant pas exploitable parce que l'autorité pénale a omis de l'informer de ses droits. En effet, ce témoin aurait pu être trouvé, même en l'absence de la déposition inexploitable du prévenu. Serait, en revanche, inexploitable un rapport d'expertise fondé sur des déclarations inexploitables du prévenu.

Que doit-il advenir des pièces relatives aux moyens de preuves inexploitables, c'est à dire à ceux qui ont été administrés en violation de l'art. 138 ou de l'art. 139, al. 2? *L'al. 5* apporte à cette question une réponse qui constitue un moyen terme entre deux positions extrêmes: d'une part, celle qui prône une obligation de détruire immédiatement ces pièces et, d'autre part, celle qui veut qu'elles soient conservées dans le dossier mais avec l'interdiction de les prendre en considération. Or ni l'une ni l'autre

266 A propos de cette différence, cf. *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Bâle 2005, § 44 N 51; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zurich 2004, N 608 s.

267 A ce sujet *Jürg Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessrecht, Berne etc. 1997, N 196; *Niklaus Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, Berne 1994, p. 248 ss; *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Bâle 2005 § 60 N 16 ss; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zurich 2004, N 610; *Gérard Piquerez*, Procédure pénale Suisse, Zurich 2000, N 1994 ss

de ces solutions ne semble appropriée. En détruisant immédiatement lesdites pièces, on rendrait impossible tout examen ultérieur par une instance supérieure de la question de la licéité de leur exploitation à titre de preuves. En outre, en tant que moyens de preuves, les pièces versées au dossier peuvent avoir de l'importance dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou pénale ouverte à l'encontre d'une autorité pénale qui aurait administré des preuves selon des méthodes interdites, illicitement ou en violation de règles de validité. Si, en revanche, les pièces inexploitables à titre de moyens de preuves pouvaient être conservées dans le dossier, avec interdiction de les prendre en considération, elles risqueraient néanmoins d'influer sur les décisions de l'autorité. Pour toutes ces raisons, l'al. 5 statue que les pièces relatives aux moyens de preuves inexploitables doivent être séparées du dossier et conservées en sûreté – par exemple, selon leur volume, dans une enveloppe scellée ou dans une armoire – jusqu'à la clôture de la procédure, puis détruites.

2.4.1.2 Section 2 **Auditions** (art. 140 à 143)

Art. 140 Autorités pénales compétentes en matière d'auditions

Compte tenu de la situation qui varie selon les cantons, *l'al. 1, 2e phrase,* permet de déroger à la règle générale voulant que les auditions soient exécutées par le ministère public, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions et les tribunaux. La Confédération et les cantons peuvent en effet établir des réglementations qui confèrent expressément aux collaborateurs desdites autorités, notamment aux greffiers ou aux secrétaires de tribunaux, la compétence de procéder à des auditions.

En principe, la police ne peut entendre que les prévenus et les personnes appelées à donner des renseignements. Elle n'est donc pas habilitée à procéder à l'audition de personnes tenues de dire la vérité et de déposer sous commination des peines prévues par la loi. Les prévenus et les personnes appelées à donner des renseignements ne sont pas tenus de déposer. C'est ce qui ressort de l'art. 155, al. 1, let b, s'agissant des prévenus et de l'art. 177, en ce qui concerne les personnes appelées à donner des renseignements. Selon l'al. 2 de cette dernière disposition, la partie plaignante entendue à titre de personne appelée à donner des renseignements (art. 175, let. a) n'est tenue de déposer que devant le ministère public et les tribunaux et non devant la police. En revanche, les personnes appelées à donner des renseignements, qui sont visées à l'art. 177, al. 1, n'ont aucune obligation de déposer devant quelque autorité que ce soit. En vertu de l'art. 141, al. 1, let c, la police doit aviser tous les comparants, donc également les personnes appelées à donner des renseignements, de leurs droits et obligations. Ce devoir est rappelé à l'art. 178, al. 1.

Dans plusieurs cantons, il est de tradition que certains membres de la police procèdent également à l'audition de témoins (tel est notamment le cas des membres de la police judiciaire en Suisse romande). Aussi, l'al. 2 formule-t-il une réserve en faveur des réglementations prévoyant de telles auditions. Dans les cantons où existe une réglementation allant dans ce sens, la police est habilitée à interroger des témoins sous le sceau du serment de dire toute la vérité, dans le cadre des auditions qu'elle mène par délégation, sur mandat du ministère public, conformément à l'art. 312, al. 2. La partie plaignante qui doit être entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements a un statut similaire à celui de témoin. Aussi, est-elle

également tenue de déposer dans le cadre des auditions que la police mène par délégation (art. 177, al. 2).

Art. 141 Exécution de l'audition

Les règles de base posées par cette disposition doivent être observées non pas seulement lors de la première audition, mais lors de chaque audition. L'interrogatoire, l'information et l'avis prévus à *l'al. 1* doivent – comme du reste l'ensemble des questions – être formulés dans une langue que le comparant maîtrise.

Quand bien même les autorités pénales au sens de l'art. 259, al. 2, peuvent ordonner la saisie des données signalétiques d'une personne à des fins d'identification, *l'al. 3* n'est pas superflu. Il constitue en effet la base légale permettant aux autorités pénales de faire d'autres recherches sur l'identité du comparant, notamment en demandant des renseignements à d'autres autorités.

Al. 6: ainsi qu'il découle de l'art. 189, al. 2, des copies de documents originaux peuvent être effectuées et versées au dossier.

Art. 142 Rapports écrits

En règle générale, les auditions se déroulent oralement, les déclarations étant consignées au procès verbal qui est versé au dossier. C'est principalement lors de délits de masse que l'on peut gagner du temps en demandant des rapports écrits. L'art. 142 permet, par exemple, lors de délits de masse commis au détriment de centaines de lésés, d'envoyer à ces personnes un questionnaire à remplir. Un rapport écrit peut également présenter de l'intérêt dès lors qu'il s'agit de demander des renseignements d'ordre technique qu'il est plus simple de fournir par écrit que par oral. Toutefois, comme la rédaction de tels rapports peut, parfois, prendre plus de temps qu'une simple audition, l'autorité pénale doit avoir la faculté non pas d'obliger les comparants à établir des rapports mais de les inviter à le faire. Quand bien même la possibilité de remettre un rapport écrit peut être accordée à toutes les personnes à auditionner, donc également au prévenu, il convient de ne l'accorder qu'avec la plus grande retenue à celui-ci, de même qu'aux autres comparants chez lesquels il est important de pouvoir constater l'impression qui se dégage de leur personne.

Le fait que l'autorité pénale se fasse remettre des rapports écrits ne doit pas avoir pour effet de restreindre les droits de partie; c'est pourquoi, si le prévenu l'exige, les témoins qui ont remis des rapports écrits, devront aussi être entendus oralement. Toutefois, par le biais des rapports écrits, l'autorité pénale ne doit pas se soustraire à son devoir d'établir la vérité selon l'art. 137, al. 1, ni à celui de clarifier les contradictions selon l'art. 141, al. 5. Lorsque l'autorité pénale a des doutes quant à l'exactitude d'un rapport ou qu'elle souhaite se forger sa propre image de la personne à entendre, elle doit, pour le moins, procéder à une audition complémentaire de celle-ci. Enfin, la faculté d'inviter les comparants à remettre un rapport écrit ne doit pas avoir pour effet de vider de sa substance le droit de refuser de déposer. C'est pourquoi, l'autorité pénale est tenue d'aviser les personnes concernées de ce droit.

Art. 143 Audition de plusieurs personnes et confrontations

L'al. 2 statue d'abord une dérogation au principe établi à l'al. 1, selon lequel les comparants sont entendus séparément. La faculté d'auditionner plusieurs personnes permet aux autorités pénales de les confronter et de les obliger à s'exprimer en présence des autres; ce faisant, elle est souvent à même de mieux apprécier la crédibilité des comparants que lors d'auditions séparées. Il va de soi que, lors d'une audition collective, les personnes qui ont le droit de refuser de déposer peuvent se prévaloir de ce droit, ainsi qu'elles le feraient lors d'une audition séparée. Le fait qu'elles disposent du droit de refuser de déposer ne les dispense toutefois pas de comparaître. Par ailleurs, l'al. 2 constitue la base légale permettant d'organiser des confrontations dans le but d'établir que certaines personnes sont des auteurs présumés de l'infraction ou d'exclure une telle éventualité.

Un exemple illustre bien ce qu'il faut entendre par collision d'intérêts au sens de *l'al. 4, let. a.* Prenons le cas d'un mineur qui se fait accompagner par l'un de ses parents lors de l'interrogatoire par le ministère public. Si le procureur pose au mineur des questions sur le climat qui règne au sein de la famille et sur les relations qu'il entretient avec ses parents, il se peut que ce mineur, par souci de ménager le parent présent, ne dise pas la vérité ou fasse des déclarations incomplètes. En pareille occurrence, il faut que le ministère public ait la possibilité d'entendre le mineur hors de la présence du parent qui l'accompagne. Il en va de même dans les cas où une victime qui s'est fait accompagner par une personne de confiance (cf. art. 149, al. 2) risque, en raison de la présence même de cette personne, d'hésiter entre faire une déposition véridique et complète, et faire montre d'égards pour cette personne. L'exclusion prévue à l'al. *4, let b,* vise à prévenir les collusions entre les personnes citées et à empêcher qu'elles n'influent les unes sur les autres.

2.4.1.3 Section 3 Droits de participer à l'administration des preuves (art. 144 et 145)

Art. 144 En général

Cette disposition régit le droit des parties de participer à l'administration des preuves à laquelle procède le ministère public ou les tribunaux. En vertu de l'art. 312, al. 2, la police est également tenue de respecter ces droits lorsqu'elle administre elle-même des preuves sur mandat du ministère public, après l'ouverture de l'instruction. En revanche, si la police agit dans le cadre de la procédure d'investigation visée aux art. 305 et 306, les parties ne disposent, en principe, d'aucun droit de participation. Cette règle générale est, toutefois, relativisée par l'art. 156, dont l'al. 1 dispose que le défenseur a le droit de prendre part à l'interrogatoire d'un prévenu. Le droit de participer des parties n'est pas limité aux seuls interrogatoires et auditions. Il peut aussi être exercé lors de toutes les administrations de preuves, y compris d'une visite des lieux ou d'une reconstitution. Il appartient à toutes les parties au sens de l'art. 102. Son exercice présuppose, cependant, que la personne concernée ait la qualité de partie dans la procédure en cause. Tel n'est, notamment, pas le cas de la partie plaignante dans la procédure devant le tribunal des mesures de contrainte.

En théorie, l'art. 125, al. 1, suffirait à fonder le droit du conseil juridique de participer à une administration de preuves aux côtés de la partie qu'il assiste. Stricto sensu,

on ne saurait toutefois inférer de cette disposition un quelconque droit pour le conseil juridique de participer à une audition de son mandant. Aussi, en reconnaissant explicitement un droit de participation aux conseils juridiques, l'*al. 1* lève-t-il tout doute. Les droits de participation peuvent être soumis à des restrictions: d'une part, dans les conditions visées à l'art. 106 et d'autre part, par l'adoption de mesures de protection au sens des art. 146 ss Le droit de participer comprend celui d'assister à l'administration des preuves et celui de poser des questions à la personne entendue. Le droit de poser des questions n'est toutefois pas exempt de limites; au contraire, la direction de la procédure ayant pour mission d'assurer le bon déroulement et la légalité de la procédure (art. 60, al. 1), il lui appartient de ne pas admettre certaines questions, notamment celles qui sont inconvenantes ou qui n'ont rien à voir avec l'objet de la procédure.

L'al. 2 souligne clairement que le droit de participer des parties n'induit aucune obligation pour le ministère public ou les tribunaux de n'administrer des preuves qu'en présence des parties.

L'al. 3 relativise l'applicabilité du principe que nous venons d'exposer: en règle générale, une administration de preuves doit être répétée lorsque pour des motifs impérieux, indépendants de leur volonté, une partie et son conseil juridique n'ont pas pu y prendre part. Par motif impérieux, il faut notamment entendre, la maladie, l'absence pour cause de déplacement à l'étranger, mais aussi les restrictions des droits de participation découlant de l'art. 106 ou des art. 146 ss La répétition ne peut être refusée que si elle n'est pas possible (par exemple, parce qu'un témoin qui a été entendu est décédé depuis lors ou est impossible à localiser) ou si elle entraînerait des frais et démarches disproportionnés (par exemple si elle obligeait un témoin à faire un long voyage). Dans le dernier cas cependant, la renonciation à la répétition n'est admissible qu'à la condition que le droit de la partie concernée d'être entendue puisse être satisfait d'une autre manière, par exemple en demandant à un témoin de répondre à des questions complémentaires dans le cadre d'une commission rogatoire. Si cette dernière condition est impossible à remplir, la preuve administrée en l'absence de la partie concernée n'est pas exploitable comme moyen de preuves à charge de celle-ci (*al. 4*).

Art. 145 En cas d'entraide judiciaire

Cette disposition règle les droits de participation en cas d'administration de preuves effectuée à l'étranger par la voie de l'entraide judiciaire. Dans un tel cas de figure, la partie concernée a tout d'abord le droit de formuler des questions à l'adresse de l'autorité requise par le truchement de la direction de la procédure. En outre, après avoir consulté le procès-verbal de l'administration des preuves effectuée par voie d'entraide judiciaire, elle peut poser des questions complémentaires. Dans la mesure où la direction de la procédure y consent, les réponses à ces questions peuvent également être apportées par la même voie. Lorsque l'entraide judiciaire est prêtée entre les autorités nationales (notamment par le biais d'une commission rogatoire), les parties disposent des droits de participation prévus à l'art. 144, al. 1 à 3. En pareille occurrence, celles-ci ont un droit de participation à l'administration des preuves mais il est exclu qu'elles puissent prétendre obtenir l'ajournement de celle-ci. En revanche, le droit de participer comprend celui d'adresser des requêtes par écrit. Une partie peut, par exemple, adresser par écrit à la direction de la procédure des questions qui seront posées par commission rogatoire. Cependant, en règle

générale, le droit de poser des questions complémentaires ne sera pas accordé, son exercice exigeant une nouvelle audition.

En cas d'entraide judiciaire internationale, la partie concernée a, premièrement, le droit d'adresser des questions à la direction de la procédure, à l'intention de l'autorité étrangère requise. En outre, après consultation du procès-verbal de l'administration des preuves exécutée par commission rogatoire, elle peut poser des questions complémentaires. Si la direction de la procédure l'y autorise, la réponse à ces questions sera apportée, une fois encore, par la voie de l'entraide judiciaire.

2.4.1.4 Section 4 Mesures de protection (art. 146 à 153)

La nécessité de prévoir des mesures pour assurer la protection de personnes bien déterminées, participant à la procédure, est justifiée à plusieurs égards. D'abord, dans une recommandation datée du 10 septembre 1997[268], le Conseil de l'Europe préconise que les Etats membres adoptent des mesures aux fins de protéger les témoins. Ensuite, des procédures pénales menées en Suisse à l'encontre de criminels de guerre étrangers ont fait ressortir l'impérieux besoin d'établir des dispositions légales instaurant des mesures de protection des témoins et de réviser la procédure pénale militaire[269]. Cependant, la nécessité d'adopter des mesures de protection ne se limite ni aux procédures pénales militaires ni aux témoins. Aussi, le projet prévoit-il des mesures qui, tout en s'inspirant de celles qui sont statuées par la Procédure pénale militaire, se caractérisent par le fait qu'elles ne sont pas réservées aux seules personnes des témoins. Le projet renonce, toutefois, à établir des dispositions réglant ce qu'il est convenu d'appeler des «mesures ou des programmes de protection hors procédure», l'art. 153 permettant cependant à la Confédération et aux cantons de prévoir de telles mesures.

Les mesures de protection étant de nature à restreindre les droits des parties, notamment ceux de la défense, elles doivent reposer sur une base légale.

Art. 146 En général

Selon *l'al. 1,* pour que des mesures de protection soient ordonnées, il faut que la personne directement concernée ou des personnes au sens de l'art. 165, al. 1 à 3, soient exposées à un danger sérieux pour leur vie ou leur intégrité corporelle ou à un autre inconvénient grave. Partant, la mise en péril de biens patrimoniaux peut également justifier des mesures de protection lorsqu'elle doit être considérée comme un «inconvénient grave». Tel serait, par exemple, le cas, si un témoin courait le risque de voir sa maison de vacances détruite par une explosion criminelle.

La compétence d'ordonner des mesures de protection appartient à la «direction de la procédure», à savoir la direction de la procédure du tribunal qui statue au fond, à celle du tribunal des mesures de contrainte ou encore au ministère public. En revanche, la police n'est pas habilitée à prendre de telles mesures; si, au cours de la procédure d'investigation policière, il lui apparaît nécessaire d'adopter des mesures de

268 Recommandation R(97)13 sur la protection des témoins contre toute manoeuvre d'intimidation et les droits de la défense.

269 Modification de la procédure pénale militaire du 19 décembre 2003, en vigueur depuis le 1er juin 2004 (RO **2004** 2691 2694; FF **2003** 639).

protection, elle doit demander au ministère public de les ordonner. Si le ministère public assure l'anonymat d'une personne à protéger, il doit soumettre cette mesure à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte (art. 147).

L'al. 2 contient une énumération non exhaustive des mesures de protection qui peuvent être ordonnées séparément ou conjointement. Lesdites mesures ayant pour effet de restreindre les droits de procédure, les autorités pénales sont tenues, en vertu de *l'al. 5,* de veiller à ce que le droit d'être entendu des parties, en particulier les droits de la défense, soient garantis d'une autre manière. Ainsi, en dépit des mesures de protection, le prévenu doit, par exemple, se voir autorisé à poser des questions complémentaires à un témoin à charge. En outre, le principe de la proportionnalité exige, selon les cas, que seul le droit d'être entendu du prévenu soit restreint et non celui de son défenseur.

Art. 147 Garantie de l'anonymat

Lorsque l'anonymat est garanti à une personne, il en résulte que sa véritable identité n'est pas révélée durant la procédure et n'apparaît pas dans les pièces du dossier. Le plus souvent, la personne protégée n'apparaît dans le dossier que sous un numéro ou sous un pseudonyme. La mise en œuvre de la garantie de l'anonymat exigera souvent l'adoption de mesures de protection au sens de l'art. 146, al. 2. A la différence de ce qui vaut pour les autres mesures qui sont ordonnées selon la procédure «ordinaire», la garantie de l'anonymat une fois accordée et approuvée lie l'ensemble des autorités pénales, conformément à *l'al. 4.*

Al. 2: étant donné l'effet contraignant que produit la garantie de l'anonymat tout au long de la procédure, cette garantie ne doit pouvoir être définitivement accordée que par une autorité judiciaire. Si le ministère public décide de garantir l'anonymat, sa décision doit être approuvée par le tribunal des mesures de contrainte. Même si le prononcé de ce tribunal est définitif, cela n'exclut pas que la direction de la procédure du tribunal qui statue au fond garantisse ultérieurement l'anonymat, alors même que cette mesure n'avait pas été approuvée par le tribunal des mesures de contrainte. C'est ce que l'on peut inférer du libellé de l'*al. 4,* selon lequel seule une garantie approuvée – et non refusée – lie l'ensemble des autorités pénales.

Al. 3: il va de soi que ne sont pas exploitables non plus les preuves administrées sous la garantie de l'anonymat dont le ministère public n'a pas demandé l'approbation. Il importe que seules ne puissent pas être exploitées les preuves émanant de personnes auxquelles l'anonymat a été garanti. Si, par exemple, le tribunal des mesures de contrainte refuse la garantie de l'anonymat que le ministère public a accordée à un traducteur, ce refus n'a pas pour effet de rendre inexploitables toutes les auditions auxquelles ce traducteur a collaboré. Le traitement à appliquer aux pièces relatives aux moyens de preuves qui sont inexploitables parce que la garantie de l'anonymat n'a pas été approuvée est réglé à l'art. 139, al. 5. Ces pièces doivent être retirées du dossier et conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure.

Les «autorités pénales» dont il s'agit à l'*al. 4,* sont celles qui sont énumérées aux art. 12 et 13, ce qui exclut le Tribunal fédéral. Est également réservée la révocation de la garantie de l'anonymat selon l'*al. 6*.

L'anonymat n'est levé que dans deux cas: lorsque la personne concernée y a renoncé (*al. 5*) ou lorsque le besoin de protection a manifestement disparu (*al. 6*). Le fait que

l'anonymat doit pouvoir être levé dans le dernier cas cité découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[270].

Art. 148 Mesures de protection des agents infiltrés

Cette disposition se réfère aux normes régissant l'investigation secrète (art. 285 à 297) et précise les droits dont jouissent les agents infiltrés auxquels l'anonymat a été garanti (*al. 1*). *L'al. 2* renvoie aux mesures de protection énumérées à l'art. 146, al. 2.

Art. 149 à 151

Les mesures générales visant à protéger les victimes (*art. 151*) de même que les mesures spéciales visant à protéger les victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle (art. 150) correspondent pour l'essentiel à celles qui sont prévues par la LAVI[271]. La condition statuée à l'art. 150, al. 1, relative à l'audition d'une victime par une «personne du même sexe» vaut pour toutes les autorités pénales.

De même, les mesures spéciales visant à protéger les enfants (art. 151) correspondent dans l'ensemble aux dispositions figurant dans la LAVI. S'agissant de la protection des enfants victimes d'une infraction, le projet innove sur quelques points par rapport à la réglementation en vigueur, tenant ainsi compte des expériences qu'ont faites les autorités pénales et des difficultés qu'elles ont éprouvées dans l'application des art. 10*a* à 10*c*, LAVI. Ces innovations sont les suivantes:

– Selon le projet, dorénavant, l'autorité ne déterminera plus si une victime a droit aux mesures spéciales visant à protéger les enfants, en se fondant sur l'âge qu'avait la victime au moment de l'ouverture de la procédure pénale (selon la teneur de l'art. 10*a* LAVI), mais sur celui qu'il avait au moment de l'audition ou de la confrontation (*art. 151, al. 1*). Prendre pour critère l'âge au moment de l'ouverture de la procédure peut avoir pour effet d'obliger à appliquer des mesures de protection spécialement conçues pour des enfants à des personnes qui sont majeures depuis longtemps et, partant, n'ont manifestement plus besoin d'une protection spéciale.

– Selon le droit en vigueur, lors de l'audition d'enfants victimes d'une infraction, il est impératif d'ordonner et de mettre à exécution les mesures spéciales prévues à l'art. 10*c*, al. 2, LAVI (plus précisément: conduite de l'audition en présence d'un spécialiste, enregistrement sur support son et image, et établissement par l'enquêteur et le spécialiste de deux rapports distincts dans lesquels ils consignent leurs observations). Ces obligations occasionnent aux autorités une importante charge de travail, également dans les cas relativement bénins (par exemple, contraventions, infractions aux règles de la circulation routière ou infractions commises par négligence) ou encore dans ceux dans lesquels de telles mesures ne sont nécessaires ni pour protéger la victime ni pour mettre en sûreté les preuves. Aussi *l'art. 151, al. 4,* fait-il dorénavant dépendre l'application des mesures spéciales de protection des enfants de la condition qu'il soit à prévoir «que l'audition ou la confrontation pourrait entraîner un traumatisme psychique pour l'enfant». Sont tout

270 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Visser c/Pays-Bas du 14 février 2002 (requête* n° 26668/95).
271 RS **312.5**.

d'abord visées par cette disposition, les infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle; les mesures de protection spéciales peuvent toutefois s'appliquer dans d'autres cas de figure aussi. La formule «s'il est à prévoir que (…) pourrait entraîner …» entend d'ailleurs souligner qu'il convient de ne pas prendre le critère de la prévisibilité du traumatisme au pied de la lettre et qu'en cas de doute, il y a lieu d'appliquer les mesures de protection prévues.

– Compte tenu de la rigueur de la réglementation actuelle, qui vient d'être évoquée, et de la forte charge de travail qui en résulte, quelques cantons en sont venus à ne plus procéder à un enregistrement sur support son et image si l'enfant ou son représentant légal déclarait par écrit vouloir y renoncer. Or cette pratique n'est pas sans poser de problèmes au regard du but de protection que vise l'obligation de procéder à un tel enregistrement. En effet, cet enregistrement ne sert pas, au premier chef, à assurer la protection de l'enfant, mais bien à sauvegarder les droits de la défense du prévenu. Or ceux-ci sont déjà restreints par le fait que le prévenu ne peut pas être confronté avec l'enfant et que ce dernier ne doit pas être soumis à plus de deux auditions sur l'ensemble de la procédure. Dans ces conditions, une suppression de l'enregistrement sur support son et image ne semblerait se justifier que si *le prévenu (*du moins également lui) y renonçait.

- *L'art. 151, al. 4, let. d,* préconise une autre solution: si aucune confrontation n'a lieu entre la victime et le prévenu, l'audition doit impérativement faire l'objet d'un enregistrement sur support son et image. Celui-ci ne sert pas seulement à sauvegarder les droits de la défense; il peut également contribuer à la manifestation de la vérité en permettant une appréciation optimale des preuves. Aussi un enregistrement sur support son et image peut-il être également ordonné même si une confrontation est organisée, cela en vertu de l'art. 74, al. 4.

Art. 152 Mesures visant à protéger les personnes atteintes de troubles mentaux

La faculté donnée à *l'al. 2* de charger du personnel spécialisé de procéder aux auditions de personnes atteintes de troubles mentaux figure, d'ores et déjà, dans plusieurs codes cantonaux de procédure pénale. De telles auditions doivent aussi être consignées dans un procès-verbal. Dans certains cas, il sera nécessaire d'entendre, de surcroît, en qualité de témoins la personne qui a procédé à l'audition ou les autres personnes présentes lors de celle-ci.

Au nombre des personnes de confiance ou des experts dont la direction de la procédure peut demander le concours pour l'audition figurent notamment le tuteur, des membres du personnel soignant ou encore un psychiatre.

2.4.2 Chapitre 2 Audition du prévenu (art. 154 à 158)

Art. 154 Principe

L'al. 2 concède au prévenu le droit de faire valoir son point de vue de manière complète dans le cadre de la procédure; en revanche, celui-ci n'a aucune obligation de déposer ni de collaborer.

Art. 155 Informations à donner lors de la première audition

En vertu du droit de rang supérieur, tout prévenu a le droit d'être informé des infractions qui lui sont reprochées ainsi que de ses droits. Cependant, la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme différencient ces droits selon que la personne concernée se trouve en liberté ou a été privée de sa liberté. Aux termes de l'art. 32, al. 2, Cst., «toute personne accusée a le droit d'être informée, dans les plus brefs délais et de manière détaillée, des accusations portées contre elle». En outre, conformément aux art. 31, al. 2, Cst. et 6, par. 3, let. a, CEDH, toute personne qui se voit privée de sa liberté a le droit d'être informée des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens.

L'al. 1 concrétise ces principes généraux et pose parfois des exigences supplémentaires. Ainsi, l'obligation d'informer la personne concernée des droits qui sont les siens vaut à l'égard de tous les prévenus et pas seulement de ceux qui se sont vus privés de leur liberté. Cette règle correspond – du moins en ce qui concerne l'information sur le droit de refuser de déposer – à celles que l'on trouve aujourd'hui dans les codes cantonaux de procédure pénale. Elle a, d'ailleurs, été revendiquée par la commission d'experts[272]. Il en résulte que la police est la première autorité à devoir respecter cette obligation d'informer et ce non seulement lors des interrogatoires qu'elle mène sur mandat du ministère public après l'ouverture de l'instruction (art. 312, al. 2). Il ressort bien plutôt de la teneur de l'al. 1, *let. a* («qu'une procédure préliminaire est ouverte contre lui …»), que la police est tenue d'informer dûment le prévenu dès les premiers interrogatoires dans le cadre des investigations qu'elle mène *de manière autonome*. Toutefois, l'obligation d'informer ne vaut que pour les interrogatoires lors desquels les questions et les réponses sont consignées dans un procès-verbal; elle ne s'applique donc pas aux cas dans lesquels la police cherche à se faire une idée de ce qui a pu se passer en posant de premières questions (ce qu'elle fait, par exemple lors d'accidents de la circulation). D'ailleurs, bien souvent, dans de telles situations, le statut des personnes concernées au regard de la procédure n'est encore absolument pas clarifié. En outre, il n'y a obligation d'informer qu'au début de la première audition; en d'autres termes, les informations données une première fois par la police n'ont point besoin d'être répétées ultérieurement par le ministère public.

Les lettres a à d précisent la teneur des informations qui doivent être communiquées au prévenu. Selon la *let. a,* il convient, d'une part, d'attirer l'attention du prévenu sur le fait qu'une procédure préliminaire est ouverte contre lui et, d'autre part, de lui exposer d'une manière aussi complète que possible les infractions qui lui sont reprochées. Il ne suffira donc pas, par exemple, de l'accuser «globalement» de trafic de stupéfiant, voire d'infraction à la législation sur les stupéfiants. L'autorité devra bien plutôt lui rappeler des faits précis (y compris le lieu dans lequel ils se sont déroulés

272 De 29 à l'unité, p. 112.

et l'heure à laquelle ils ont été constatés) qui constituent une telle infraction. En d'autres termes il y a lieu de reprocher aux prévenus des faits décrits de manière aussi complète que possible et l'infraction qui découle de ces faits, mais non de porter, à ce stade, une appréciation juridique précise. La *let. b* renvoie à l'art. 111, al. 1, qui laisse le prévenu libre de déposer contre lui-même et de collaborer à la procédure. La *let. c* se réfère aux art. 127 à 130 et la *let. d* à l'art. 66.

Selon *l'al. 2,* l'omission d'informer le prévenu a pour effet de rendre inexploitables les résultats de l'audition. Cette disposition souligne donc clairement que la norme statuant l'obligation d'informer le prévenu n'est pas une simple règle de validité dont la violation n'exclurait pas toute exploitation du contenu de l'audition, celle-ci restant possible dans les conditions prévues à l'art. 139, al. 2. Cette norme exclut absolument toute exploitation. Compte tenu de cet effet, il y a lieu de consigner au procès verbal que le prévenu a été dûment informé; il serait même recommandé de remettre aux prévenus des formules contenant ces informations contre un accusé de réception à verser au dossier.

Art. 156 Interrogatoires de police dans la procédure d'investigation

En vertu des art. 140, al. 2, et 156, la police est aussi habilitée à entendre le prévenu et ce, également dans le cadre de la procédure d'investigation qu'elle mène. A ce propos, force est cependant de se demander quels droits de la défense il convient d'accorder au prévenu à ce stade initial de la procédure. Plus concrètement, la question se pose en ces termes: à partir de quel moment faut-il autoriser le défenseur d'un prévenu à prendre part à l'administration des preuves et à communiquer librement avec ce dernier lorsqu'il s'est vu privé de liberté? Ces deux questions sont communément résumées par l'expression «avocat de la première heure».

Seul un petit nombre de codes cantonaux de procédure pénale autorisent le défenseur à être présent dès le stade des interrogatoires du prévenu que mène la police, dans le cadre de la procédure d'investigation[273]. Les lois cantonales sont également très réservées s'agissant du moment à partir duquel il convient d'autoriser le défenseur et le prévenu à communiquer librement. Si tant est que cette faculté soit prévue avant le premier interrogatoire détaillé, elle n'est, notamment, accordée qu'à partir du moment où la mise en détention provisoire du prévenu a été ordonnée, ou encore à partir de celui où l'arrestation provisoire lui a été notifiée. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral s'est refusé à inférer directement de la Constitution fédérale ou de l'art. 6, par. 3, CEDH, le droit pour le prévenu qui a été arrêté de communiquer librement avec son défenseur immédiatement après son arrestation[274]. En revanche, tant le Comité des droits de l'homme de l'ONU que le Comité contre la torture de l'ONU (CAT) et le Comité du Conseil de l'Europe pour la prévention de la torture (CPT) recommandent, depuis un certain temps, à la Suisse, d'autoriser les prévenus qui ont été arrêtés à communiquer immédiatement avec leur défenseur[275]. Dans les

273 Art. 7, al. 2, CPP-SO; également dans la jurisprudence du canton d'Argovie, en vertu de l'art. 57, CPP-AG en liaison avec les art. 123, al. 1, et 126, CPP-AG

274 ATF **126** I 153

275 Observations finales du Comité des droits de l'homme du 8 novembre 1996 (CCPR/C/79 Add.70), par. 13 et 24 et du 12 novembre 2001 (CCPR/CO/73/CH), par. 12; Observations finales du Comité contre la torture (CAT) du 27 novembre 1997 (A/53/44), par. 91 et 96; Rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 5 mars 1992, par. 121, du 30 septembre 1996, par. 45, du 9 août 2001, par 29 et 30. Cf. également infra, ch. 6.2.

rapports qu'elle établit à l'intention de ces organes internationaux, la Suisse a évoqué la perspective d'examiner et, éventuellement, de régler la question de la communication du prévenu avec son défenseur, dans le cadre des travaux d'élaboration du code de procédure pénale suisse[276].

L'avant-projet prévoyait de n'accorder impérativement au défenseur un droit de participation que lors des interrogatoires de prévenus sous le coup d'une arrestation provisoire. Dans les autres cas, la police aurait pu décider d'accorder ou non un droit de participation au défenseur. En cas de refus de la part de la police, les déclarations du prévenu n'auraient pu être exploitées que si celui-ci les avait ultérieurement confirmées en présence de son défenseur (art. 168, AP-CPP).

Cette réglementation a été approuvée – dans son principe – par les cantons (à une courte majorité), par tous les partis, et par une minorité des organisations, lors de la procédure de consultation[277].

A y regarder de plus près, ladite réglementation apparaît quelque peu compliquée. En permettant à la police de refuser au défenseur le droit de participer à l'interrogatoire d'un prévenu qui n'a pas fait l'objet d'une arrestation provisoire et en prévoyant qu'en pareil cas, les déclarations du prévenu ne pourront être exploitées que si celui-ci confirme leur exactitude devant le ministère public ou le tribunal, en présence de son défenseur, elle impose une cautèle problématique à deux égards: d'abord, elle limite de facto la liberté de la police d'autoriser ou non la participation du défenseur. Ensuite, elle peut être la source de difficultés dans l'hypothèse où le prévenu ne confirmerait pas ultérieurement l'exactitude de ses déclarations. En pareil cas, en effet, force est de se demander ce qu'il doit advenir des moyens de preuves recueillis grâce aux déclarations du prévenu (qui ne sont plus exploitables). Par ailleurs, il apparaît illogique que les déclarations du prévenu aient été versées au dossier de façon à ce que le ministère public et le tribunal puissent en avoir connaissance, alors qu'il est interdit à ces autorités de les prendre en compte.

Pour les raisons qui viennent d'être évoquées, la réglementation proposée dans le projet n'opère plus – s'agissant de la participation du défenseur – de distinction selon que le prévenu interrogé est sous le coup d'une arrestation provisoire ou se trouve en liberté. Au contraire, elle autorise le défenseur à participer à tous les interrogatoires de police et à poser des questions, qu'elle que soit la situation du prévenu. Dans les faits, cette réglementation ne devrait guère induire de changements par rapport à celle qui était prévue dans l'avant-projet, puisque sous l'empire de cette dernière, la police aurait, dans la grande majorité des cas, fait droit à la demande de participation du défenseur de manière à obvier au risque que les déclarations du prévenu soient inexploitables.

Al. 1: même si le défenseur a le droit de prendre part à l'interrogatoire, il doit faire valoir ce droit. La police n'a donc pas à agir de son propre chef en convoquant un avocat, même si elle connaît le nom de celui qui défend habituellement le prévenu. En outre, le défenseur ne peut prendre part qu'aux interrogatoires de son mandant; il n'est pas autorisé à assister aux interrogatoires d'autres personnes, telles que celles qui sont appelées à donner des renseignements ou des coprévenus.

276 Prises de position du Conseil fédéral sur les rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements dégradants (CPT) du 2 juin 1997, p. 15, et du 27 février 2002, par. 39.

277 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 46.

Eu égard au fait qu'une arrestation provisoire ne peut excéder 24 heures (art. 218, al. 4), et que, partant, l'interrogatoire par la police d'un prévenu sous le coup d'une telle arrestation doit intervenir rapidement, *l'al. 2* statue que le défenseur ne peut prétendre obtenir un ajournement de l'interrogatoire. Si tel n'était pas le cas, rien n'empêcherait le défenseur et le prévenu d'adresser à la police des demandes d'ajournement de manière à ce que les 24 heures s'écoulent sans qu'un interrogatoire ait pu avoir lieu. Le défenseur n'a également aucun droit d'obtenir un ajournement de l'interrogatoire d'un prévenu qui se trouve en liberté. Il y a, cependant, lieu de tenir compte des disponibilités du défenseur. L'application de l'al. 2 ne doit pas avoir pour effet de vider le droit de participation de sa substance. Si l'avocat qui demande à prendre part à l'interrogatoire est disponible dans un délai utile, il convient de repousser l'interrogatoire jusqu'à ce qu'il puisse y assister.

Quant à l'exercice du droit de communiquer librement selon *l'al. 3*, il est étroitement lié à l'interrogatoire. En effet, si, dans le souci de renforcer les droits de la défense, le défenseur est autorisé à prendre part au premier interrogatoire de police, il doit avoir la possibilité de s'entretenir brièvement avec son mandant, avant l'interrogatoire même ou durant une suspension de celui-ci. A défaut, l'efficacité de la défense serait notablement amoindrie. Les entretiens entre le défenseur et le prévenu ne peuvent, cependant, qu'être brefs ne serait-ce que parce que les interrogatoires ont lieu durant une arrestation provisoire qui ne peut excéder 24 heures. Si tel n'était pas le cas, rien n'empêcherait le défenseur et le prévenu, d'adresser à la police des demandes d'entretien de manière à ce que les 24 heures s'écoulent sans qu'un interrogatoire ait pu avoir lieu.

Art. 157 Interrogatoire par le ministère public et par les tribunaux du prévenu qui avoue

Les aveux ne peuvent que porter sur des faits et en aucun cas sur la qualification juridique de ceux-ci.

Cette disposition établit clairement que, même si le prévenu a avoué les faits qui lui sont reprochés, l'autorité compétente n'en doit pas moins les élucider. En continuant d'interroger le prévenu et en administrant d'autres moyens de preuves qui permettent de vérifier la véracité des aveux, l'autorité vise, d'une part, à s'assurer des preuves pour le cas où le prévenu reviendrait sur ses aveux et, d'autre part, à prévenir de faux aveux.

Selon la crédibilité des aveux et des autres moyens de preuves obtenus, le ministère public ou le tribunal pourra se borner à entendre sommairement le prévenu. Il est, notamment, concevable que le tribunal concentre l'audition sur les éléments essentiels qui lui serviront à fixer la peine.

Art. 158 Examen de la situation personnelle dans le cadre de la procédure préliminaire

L'idée qui est à la base de cette disposition est que, en posant au prévenu des questions sur sa situation personnelle, on porte atteinte à sa sphère privée. Aussi, tant qu'il n'est pas sûr que l'instruction débouche sur un acte d'accusation ou une ordonnance pénale, le ministère public ne doit-il, en règle générale, pas interroger le prévenu sur sa situation personnelle. Cette règle souffre toutefois des exceptions. Il peut, par exemple, être nécessaire de connaître la situation personnelle du prévenu

afin de déterminer dans quelle mesure d'autres personnes à entendre jouissent effectivement du droit de refuser de témoigner.

Les restrictions statuées à l'art. 158 ne sont plus applicables au stade des débats; en effet, durant cette phase de la procédure, la protection de la sphère privée du prévenu contre les atteintes qui pourraient lui être portées par d'inutiles questions sur sa situation personnelle peut être assurée par la scission des débats en deux parties, conformément à l'art. 343.

Le fait que le ministère public est expressément mentionné a pour incidence que la police ne peut interroger le prévenu sur sa situation personnelle que dans les limites des mandats qui lui sont impartis par le ministère public, selon l'art. 312.

2.4.3 Chapitre 3 Témoins

2.4.3.1 Section 1 **Dispositions générales** (art. 159 à 164)

Art. 160 Obligation et capacité de témoigner

Quiconque ne remplit pas l'une des conditions visées à *l'al.* 1, doit être entendu en qualité de personne appelée à donner des renseignements (art. 175, al. 1, let. b et c). Pour déterminer si une personne est capable de discernement, il y a lieu d'appliquer les critères fixés à l'art. 16 CC[278]; en procédure pénale également, la capacité de discernement est donc une notion relative. Afin de déterminer si une personne est capable de discernement, la direction de la procédure peut ordonner une expertise, conformément à l'art. 161, al. 2.

L'obligation de témoigner visée à *l'al. 2* comporte deux éléments: l'obligation de déposer et l'obligation de faire des déclarations *véridiques.*

Art. 161 Renseignements sur les témoins

L'al. 1 vise à protéger la personnalité des témoins. S'il importe de faire montre de retenue lors de l'examen de la situation personnelle du prévenu (cf. art. 158), il doit en aller, pour le moins, de même s'agissant des témoins, sur lesquels ne pèse aucun soupçon.

L'al. 2 instaure la base légale nécessaire[279] à la direction de la procédure pour ordonner une expertise de témoins. A y regarder de plus près, l'expertise visant à établir la capacité de discernement n'est, naturellement, pas réservée aux seuls témoins au sens strict, tel qu'il ressort de l'al. 1. Cette expertise vise précisément à déterminer si une personne remplit l'une des conditions permettant de l'entendre en qualité de témoin, à savoir, être capable de discernement. Une telle expertise doit, par conséquent, pouvoir être ordonnée à l'égard de personnes dont on peut supposer, au premier abord, qu'elles devront être entendues en qualité de personnes appelées à donner des renseignements parce qu'elles ne jouissent que d'une capacité de discernement restreinte (cf. art. 175, let. c).

278 RS **210**

279 Quant à la nécessité d'une base légale, *Robert Hauser*, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zurich 1974, p. 121 s.

Il est également possible d'ordonner une expertise aux fins de déterminer si un témoin souffre de troubles mentaux. Un tel constat peut revêtir de l'importance lorsqu'il s'agit de déterminer l'atteinte à l'intégrité psychique causée par l'infraction et, plus particulièrement, d'établir la crédibilité du témoin. Relevons, toutefois, que s'il est une tâche inhérente à l'activité des tribunaux, c'est bien celle d'examiner la crédibilité de témoins dans le cadre de l'appréciation des preuves. Il n'est donc indiqué d'ordonner une expertise sur la crédibilité d'un témoin que si le tribunal a besoin des connaissances spécifiques d'un spécialiste externe pour pouvoir réunir les éléments qui lui permettront de déterminer si le témoin est crédible ou non.

Le fait d'ordonner une expertise d'un témoin porte atteinte aux droits de la personnalité de celui-ci. Aussi, cette décision doit-elle être parfaitement conforme au principe de la proportionnalité. L'al. 2 s'y réfère à plusieurs reprises puisqu'il dispose, d'une part, qu'une expertise ne peut être ordonnée que si l'importance de la procédure pénale le justifie, ce qui signifie qu'elle ne le sera que s'il s'agit de poursuivre des infractions d'une certaine gravité et non des délits mineurs. En outre, il faut que le témoignage que l'on escompte paraisse important pour la manifestation de la vérité. Enfin, seule est autorisée l'expertise ambulatoire. Une hospitalisation à des fins d'expertise ne pourrait donc être ordonnée qui si la personne concernée y a consenti.

Art. 162 Devoir de discrétion des témoins

Lorsque plusieurs témoins sont entendus sur les mêmes faits, il est, souvent, nécessaire, pour permettre la manifestation de la vérité, de les enjoindre de garder le silence sur les auditions effectuées, voire sur le simple fait qu'ils ont été cités à comparaître en vue d'une audition. La plupart des codes cantonaux de procédure pénale confèrent aux autorités une simple faculté d'inviter les témoins à garder le silence et non de leur imposer véritablement l'obligation de le faire.

L'obligation de garder le silence ne doit être imposée à un témoin que s'il existe un risque réel, qu'à défaut, la procédure soit influencée, ce qui pourrait faire obstacle à la manifestation de la vérité. Par conséquent, une commination de peines ne doit pas figurer nécessairement sur toutes les citations de témoins à comparaître.

Art. 163 Audition du lésé

Toute personne lésée par l'infraction entre dans la définition du témoin au sens de l'art. 159 et doit donc, par principe, être entendue en cette qualité (*al. 1*).

Al. 2: si le lésé se constitue partie plaignante dans le cadre de la procédure, il acquiert la qualité de partie (art. 102, al. 1, let. b). Comme l'issue de la procédure présente pour le lésé un intérêt direct qui lui est propre, il semble problématique de le faire déposer sous la foi du serment. L'issue de la procédure présentera, en particulier, un tel intérêt si la partie plaignante intente également une action civile. En pareil cas, les prétentions civiles passent souvent au premier plan des préoccupations et le statut de la partie plaignante est comparable à celui d'une partie dans un procès civil, procédure dans laquelle il est précisément hors de question d'entendre une partie en qualité de témoin[280]. Pour cette raison, la partie plaignante, dans le cadre d'un procès pénal, doit être entendue en qualité de personne appelée à donner des

[280] Cf. art. 160 de l'avant-projet de procédure civile suisse, daté de juin 2003.

renseignements. De surcroît, cette règle permet d'éviter à la partie plaignante d'être confrontée à des situations conflictuelles dans lesquelles elle pourrait être amenée à opter entre les deux termes de l'alternative suivante: sauvegarder ses propres intérêts ou bien respecter l'obligation de faire des déclarations véridiques pour ne pas s'exposer aux peines prévues en cas de violation de cette obligation. A l'audition du lésé en qualité de personne appelée à donner des renseignements, on peut objecter qu'elle se traduira souvent par l'exclusion des seuls témoins qui, parce qu'ils sont soumis à l'obligation de déposer et de dire toute la vérité, pourraient contribuer dans une large mesure, voire de manière décisive, à l'élucidation des faits. Aux tenants de cette opinion, on peut répliquer qu'à priori, on ne saurait accorder moins de valeur aux déclarations de personnes appelées à donner des renseignements qu'à celles de témoins. Au contraire, le tribunal est tenu d'apprécier soigneusement les déclarations émanant des unes et des autres. En outre, il convient de ne pas perdre de vue que lorsque la partie plaignante est entendue également en qualité de personne appelée à donner des renseignements, elle est tenue de déposer en vertu de l'art. 177, al. 2. Certes, à la différence de ce qui vaut pour les témoins, cette obligation de déposer n'est pas assortie d'une commination de peines; toutefois, si la partie plaignante se refuse à déposer sans pouvoir se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner, ce comportement peut être apprécié en sa défaveur. Enfin, les personnes entendues à titre de personnes appelées à donner des renseignements sont avisées par l'autorité pénale des conséquences pénales possibles de déclarations mensongères (art. 178, al. 2).

2.4.3.2 Section 2 Droits de refuser de témoigner (art. 165 à 173)

L'obligation de témoigner selon l'art. 160, al. 2, est levée lorsque la personne concernée dispose de l'un des droits de refuser de témoigner énumérés dans la section 2. Cette énumération est exhaustive.

La réglementation prévue reprend, pour l'essentiel, les droits de refuser de témoigner tels qu'ils sont statués par les codes cantonaux de procédure pénale. Par rapport aux règles établies par la plupart de ces codes, le projet, dans le souci de permettre la manifestation de la vérité, instaure une restriction du droit de refuser de témoigner pour cause de relations personnelles (art. 165), pour protéger des proches (art. 166, al. 2) ou encore, lorsqu'il s'agit de poursuivre de graves infractions (art. 165, al. 4, et 166, al. 2, 2e membre de phrase).

Art. 165 Droit de refuser de témoigner pour cause de relations personnelles

Ce droit de refuser de témoigner vise à éviter à des personnes qui ont des relations étroites avec le prévenu de devoir choisir entre contribuer activement à ce qu'un proche soit confondu et faire un faux témoignage au sens de l'art. 307 CP[281].

Les *al. 1 à 3* contiennent une énumération exhaustive des personnes qui peuvent refuser de témoigner en raison des liens étroits qu'elles ont avec le prévenu. Le cercle de ces personnes correspond, grosso modo, à celui qui est défini dans les codes de procédure pénale en vigueur en Suisse. Ainsi que les experts l'ont proposé

281 Cf. ATF **118** IV 180.

dans leur rapport[282], le projet renonce à accorder le droit de refuser de témoigner à des personnes qui sont simplement fiancées. En revanche, selon *l'al. 1, let. a,* il convient d'accorder ce droit à la personne qui fait durablement ménage commun avec le prévenu. La notion de «faire durablement ménage commun» a été introduite dans différentes lois de procédure par la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat (LPart[283]). Elle désigne le fait que deux personnes du même sexe ou de sexes différents qui n'entendent ni se marier ni conclure un partenariat enregistré constituent une communauté de vie similaire au mariage. Cependant, le «ménage commun durable» ne déploie pas les mêmes effets que le mariage ou le partenariat enregistré, s'agissant des droits de refuser de témoigner. Le fait que «le ménage commun durable» n'est pas mentionné à l'al. 2 a pour conséquence que seule la personne qui fait durablement ménage commun avec le prévenu a le droit de refuser de témoigner, mais non les frères et sœurs ou les parents de celle-ci. En outre, le droit de refuser de témoigner dont dispose la personne qui fait durablement ménage commun avec le prévenu, devient caduc en cas de dissolution de la communauté. En revanche, le droit de refuser de témoigner subsiste également après la dissolution du mariage ou du partenariat enregistré (*al. 3*). Cette différence de traitement s'explique essentiellement par les difficultés qu'il peut y avoir à prouver la durée du ménage commun: s'il est possible d'établir de manière indubitable la durée d'une communauté conjugale ou d'un partenariat enregistré grâce aux inscriptions portées dans le registre de l'état civil, en revanche, à défaut de telles inscriptions, il peut se révéler très difficile de déterminer avec exactitude la durée d'un ménage commun.

L'al. 1, let. b, accorde le droit de refuser de témoigner à la personne qui a des enfants communs avec le prévenu. Il n'est pas nécessaire que cette personne fasse durablement ménage commun avec le prévenu; par contre, la seule *affirmation* de la part de la personne à entendre en qualité de témoin qu'elle a des enfants communs avec le prévenu ne suffit pas; encore faut-il qu'un lien de filiation soit établi selon les règles du code civil.

Al. 1, let. c: la parenté par adoption est assimilée à la parenté (art. 267, CC). La demi-parenté, soit le rapport entre un enfant et son demi-parent (par exemple, un fils avec le deuxième époux de sa mère) est assimilée à un lien d'alliance, au sens de l'art. 21, al. 1, CC. Il est donc superflu de mentionner expressément le rapport de demi-parenté entre enfants (cf. al. 1, let. d et e).

L'al. 4 statue une restriction du droit de refuser de témoigner que l'on ne trouve que dans quelques codes cantonaux de procédure pénale mais qui avait été également suggérée par la commission d'experts[284]. Cette restriction repose sur l'idée selon laquelle, lors de graves infractions qui se sont déroulées dans le cercle familial, le droit de refuser de témoigner doit s'effacer derrière l'intérêt qu'a l'Etat à engager des poursuites pénales. Encore faut-il que le témoin doive être entendu dans le cadre de la procédure visant à élucider l'infraction au sens de la let. a. Tel est, par exemple, le cas lorsque la fille est entendue dans le cadre de la procédure dirigée contre son père, accusé d'être le meurtrier de son épouse et, par conséquent, de la mère du témoin.

Même si les conditions visées aux let. a et b sont remplies, la restriction du droit de refuser de témoigner ne vaut pas pour les victimes lorsque les questions posées ont

282 De 29 à l'unité, p. 104.
283 FF **2004** 2935; futur numéro au RS **211.231**.
284 De 29 à l'unité, p. 104.

trait à leur sphère intime. Il découle de l'art. 166, al. 4, qu'en pareille occurrence, le droit de refuser de témoigner de la victime prime («…, dans tous les cas, …»).

Art. 166 Droit de refuser de témoigner pour sa propre protection ou celle d'un proche

L'idée qui est à la base du droit de refuser de témoigner selon les al. 1 et 2 est identique à celle sur laquelle repose le droit du prévenu de refuser de déposer. Nul ne doit être tenu de s'incriminer soi-même par ses propres déclarations. Toutefois, les *al. 1 et 2* vont encore plus loin: pour fonder un droit de refuser de témoigner, il suffit, d'une part, que, par ses déclarations, le témoin risque de rendre pénalement responsable les personnes qui lui sont proches au sens de l'art. 165 et que, d'autre part, il risque lui-même d'être rendu civilement responsable, autrement dit de subir des préjudices d'ordre patrimonial. En revanche, il ne suffit pas que par ses déclarations, le témoin risque de porter exclusivement atteinte à son honneur. L'octroi du droit de refuser de témoigner au motif que, par ses déclarations, le témoin pourrait être rendu civilement responsable présuppose cependant que les intérêts patrimoniaux à protéger l'emportent sur l'intérêt de la procédure pénale. Selon le stade de la procédure, il appartient à l'autorité compétente en matière d'audition ou au tribunal de trancher cette question (art. 171, al. 1).

S'agissant du risque de mettre en cause un proche, *l'al. 2* formule, de surcroît, une réserve en faveur de l'art. 165, al. 4, ce qui permet d'empêcher que des témoins qui, en vertu de l'art. 165, al. 4, sont tenus de déposer contre un proche, puissent se prévaloir du droit de refuser de témoigner pour leur propre protection. Cependant, l'art. 165, al. 4, ne peut, notamment, primer le droit de refuser de témoigner pour sa propre protection selon l'art. 166 que s'il s'agit, dans le cadre de la procédure, d'une audition dirigée contre un proche du témoin pour l'une des infractions énumérées à l'art. 165, al. 4, let. a[285].

Le droit de refuser de témoigner ne peut être accordé qu'exceptionnellement à une personne tenue de déposer, si ses déclarations sont susceptibles d'exposer sa vie ou son intégrité corporelle à une menace sérieuse ou de l'exposer à un autre inconvénient majeur (*al. 3*), qu'à la condition qu'il ne soit pas possible d'assurer la protection de cette personne par d'autres moyens, notamment en prenant les mesures de protection prévues aux art. 146 à 150. Les personnes à l'endroit desquelles de telles mesures ont été ordonnées, ne peuvent se prévaloir du droit de refuser de déposer, au sens de l'al. 3.

L'expression «dans tous les cas» qui figure à *l'al. 4,* souligne clairement que le droit de la victime de refuser de témoigner prime tant une obligation de déposer au sens de l'al. 2 qu'une obligation de déposer au sens de l'art. 165, al. 4.

285 Exemple: dans une procédure engagée contre X pour vol, une collègue de X est entendue comme témoin. Celle-ci déclare se souvenir encore précisément que X n'était pas chez elle le soir de la commission de l'infraction. Son souvenir est d'autant plus précis que son père, ce soir-là, a tenté de tuer sa mère lors d'une dispute. Toute la famille a tenu cet incident secret jusqu'alors. Lors de son audition dans le cadre de la procédure ouverte contre X, le témoin auquel le ministère public demande pourquoi il se souvient encore précisément de la date de la soirée en question, peut invoquer le droit de refuser de témoigner pour sa propre protection. En effet, le témoin n'est pas tenu de déposer à charge de son père puisqu'il n'est pas entendu dans une procédure contre lui.

Art. 167 Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret de fonction

Selon l'art. 320 CP et les dispositions pertinentes du droit administratif, les fonctionnaires et les membres d'autorités sont soumis au secret de fonction. Il en résulte qu'il leur est interdit de déposer en qualité de témoins sur des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur emploi ou de leur charge.

Selon *l'al. 2,* cette interdiction n'a pas un caractère absolu. Les personnes en question sont, en effet, tenues de témoigner si elles sont soumises à une obligation de dénonciation fondé sur le présent projet (cf. art. 301) ou sur d'autres lois. L'obligation de dénonciation statuée à l'art. 301 fait que les membres des autorités de poursuite pénale sont tenus de déposer sur les constatations qu'ils ont faites dans le cadre de la procédure pénale, par exemple, celles que la police a faites sur le lieu de l'infraction. Cette disposition rend superflue la nécessité d'être délié du secret de fonction par l'autorité supérieure, nécessité qui a cours dans nombre de cantons. Toutefois, une autorisation de témoigner restera nécessaire s'il s'agit de déposer sur des faits qui sortent du cadre strict du devoir de dénonciation ou pour les personnes qui ne sont pas soumises à un tel devoir.

L'al. 3, suivant en cela la doctrine et la jurisprudence actuelle, oblige l'autorité supérieure à accorder l'autorisation de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret.

Art. 168 Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel

Le droit de refuser de témoigner visé à *l'al. 1* vaut pour toutes les personnes mentionnées à l'art. 321 CP, à l'exception des réviseurs qui, en vertu du code des obligations, sont tenus de garder le silence sur leurs constatations. Cette exception est conforme à la doctrine et à la jurisprudence qui prévalent. De surcroît, elle n'est pas en contradiction avec le reste du droit fédéral puisque l'art. 121, ch. 3, CP réserve expressément les dispositions de la législation fédérale statuant une obligation de témoigner en justice.

Par ailleurs, les personnes qui ne sont pas mentionnées à l'art. 321 CP ne peuvent se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner fondé sur cette disposition. Certes, il est parfaitement concevable que, dans l'exercice de leur activité, certaines personnes qui ne sont pas soumises au secret professionnel se voient confier des secrets dignes d'être sauvegardés. Nous pensons, notamment, aux psychothérapeutes non-médecins ou aux psychologues. Dans sa motion datée du 22 juin 2000[286], la conseillère nationale Pia Hollenstein charge le Conseil fédéral de modifier l'art. 321 CP, afin que tous les professionnels de la santé soient astreints au secret professionnel. De ce mandat découle l'exigence que tous les professionnels de la santé soumis au secret professionnel en vertu de l'art. 321 CP disposent également du droit de refuser de témoigner. Dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal, le Conseil fédéral a laissé entendre que pour faire suite à l'intervention parlementaire susmentionnée, un éventuel allongement de la liste des personnes soumises au secret professionnel selon l'art. 321 CP serait examiné à la faveur des travaux d'unification de la procédure pénale[287].

286 2000 P 00.3344

287 Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF **1999** 2028 ss

Or, le Conseil fédéral a renoncé à ajouter d'autres professionnels à la liste figurant à l'art. 321 CP et à leur accorder le droit de refuser de témoigner au sens de l'art. 168. Les raisons de cette décision sont les suivantes: à la différence des professionnels cités à l'art. 321 CP, qui disposent du droit de refuser de témoigner selon l'art. 168, les psychothérapeutes non-médecins et les psychologues ne sont pas tous soumis à une autorité de surveillance au sens de l'art. 321, ch. 2, CP, qui puisse, au besoin, les délier du secret professionnel. A défaut de compétences législatives en la matière, la Confédération est également dans l'incapacité d'instaurer une autorité de surveillance pour toutes les professions qui pourraient être incluses dans le champ d'application de l'art. 321 CP. Toutefois, si les spécialistes en question se voyaient accordé le même droit de refuser de témoigner que les professionnels cités à l'art. 168, ces spécialistes, parce qu'ils ne sont pas soumis à une autorité de surveillance, ne seraient tenus de déposer que s'ils y ont été autorisés par le détenteur du secret. Par voie de conséquence, le patient d'un psychologue, par exemple, serait dans une position plus forte que celui d'un médecin. En effet, il serait le seul à pouvoir délier le psychologue du secret professionnel et, partant, à décider s'il y a lieu de l'obliger à déposer. Le médecin, en revanche, serait tenu de déposer, même contre la volonté de son patient, dans la mesure où il a été délié du secret professionnel par l'autorité de surveillance. Or, une telle différence de traitement n'est objectivement pas justifiée.

Par ailleurs, l'adjonction de nouvelles catégories professionnelles à l'art. 321 CP et l'octroi aux membres de celles-ci d'un droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel ne sont pas les seules solutions propres à permettre à d'autres spécialistes que ceux mentionnés à l'art. 321 CP de garder le silence et, partant, de ne pas divulguer des informations confidentielles émanant de leurs patients.

Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que même les professionnels qui ne sont pas mentionnés à l'art. 321 CP, sont soumis à un devoir de discrétion et s'exposent à des sanctions en cas de violation de celui-ci. Dans ce contexte, la norme la plus importante est, sans doute, l'art. 35 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)[288]. Elle s'applique incontestablement aussi aux psychologues, aux psychothérapeutes, aux travailleurs sociaux, aux membres du personnel soignant, aux diététiciens hospitaliers ainsi qu'aux éducateurs[289].

Ces motifs plaideraient plutôt pour un rejet de la motion Hollenstein (2000 P. 00.3344). Si le Conseil fédéral renonce cependant à rejeter cette motion, c'est eu égard aux travaux en cours relatifs à une loi fédérale sur les professions de la psychologie. L'avant-projet de mai 2005 prévoit de soumettre les psychologues au secret professionnel, selon l'art. 321 CP. Les résultats des délibérations relatives à cette loi montreront si les objections dont il a été question ci-dessus (en particulier l'absence d'une autorité de surveillance) vont devenir caduques au point qu'il semble justifié de mettre les psychologues sur pied d'égalité avec les autres personnes habilitées à refuser de témoigner en vertu de l'art. 168 P-CPP. En pareil cas, l'art. 168 devrait être adapté en conséquence.

En revanche, il convient de relever que les personnes appartenant aux catégories professionnelles susmentionnées disposent, selon le projet de code de procédure pénale, d'un droit de refuser de témoigner, même s'il est atténué. Les personnes soumises au devoir de discrétion selon l'art. 35 LPD, disposent d'un droit de refuser

288 RS **235.1**
289 FF **1999** 1958 s.

de témoigner fondé sur l'art. 170. Si certains codes cantonaux de procédure pénale reconnaissent, d'ores et déjà, des droits de refuser de témoigner aux membres de catégories professionnelles non mentionnées à l'art. 321 CP, la diversité des réglementations cantonales aboutit, toutefois, aujourd'hui à une situation dans laquelle, notamment, les personnes soumises au devoir de discrétion selon l'art. 35 LPD, ne bénéficient pas, dans toute la Suisse, d'un droit de refuser de témoigner. L'unification du droit régissant la procédure pénale permettra de mettre un terme à cette différence de traitement qui ne se justifie pas objectivement.

L'al. 2 restreint la portée du droit de refuser de témoigner, en statuant que les personnes soumises à un devoir de dénonciation sont tenues de témoigner sur des faits entrant dans le cadre de ce devoir. Tel est, par exemple, le cas des médecins qui ont l'obligation de signaler tout décès suspect. Sous réserve de l'al. 3, toute personne soumise à un devoir de discrétion est également tenue de témoigner si elle a été déliée de l'obligation de garder le secret par le détenteur de celui-ci ou par l'autorité de surveillance.

S'agissant des avocats, la réglementation qui vient d'être exposée est en contradiction avec la teneur actuelle de l'art. 13, al. 1, LLCA[290] qui statue que le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés. Le Conseil fédéral estime que l'octroi d'un tel droit de refuser de faire des déclarations, droit qui va même jusqu'à l'emporter sur la volonté expresse des mandants, ne se justifie pas objectivement. C'est pourquoi, il y a lieu de modifier l'art. 13, al. 1, LLCA dans le cadre de l'adoption du code de procédure pénale suisse. Dans le détail, ce sont les considérations suivantes qui incitent le Conseil fédéral à mettre les avocats sur le même pied que les autres détenteurs de secrets professionnels, en les soumettant à l'obligation de témoigner dans la mesure où ils ont été déliés du secret: tout d'abord, il convient de rappeler que la réglementation qui figure actuellement à l'art. 13, al. 1, LLCA a été ajoutée par le Conseil national au stade des délibérations parlementaires. Le Conseil des Etats, quant à lui, ne s'est rallié à cette nouvelle norme que durant la procédure d'élimination des divergences et ce, non pas parce qu'il était convaincu de sa pertinence, mais bien par souci de ne pas faire échouer l'ensemble du projet. Du reste, la commission du Conseil des Etats a invité expressément le Département fédéral de justice et police «à étudier à fond le problème du secret professionnel et du refus de témoigner dans le cadre de l'unification des procédures civiles et pénales et, si nécessaire, à ne pas hésiter à modifier la norme que nous adoptons aujourd'hui à contrecoeur»[291].

Un premier élément plaide contre l'octroi aux avocats d'un droit absolu de garder le secret: on ne voit pas pourquoi eux seuls – et non les autres détenteurs de secrets professionnels mentionnés à l'art. 321 CP – bénéficieraient d'un tel avantage. L'argument qui a été invoqué au sein du Parlement en faveur de la nouvelle norme figurant à l'art. 13, al. 1, LLCA était que, même s'ils étaient déliés du secret professionnel par leurs mandants, les avocats devaient rester les seuls maîtres de ce secret car eux seuls sont en mesure d'apprécier les conséquences d'une divulgation[292]. Or cet argument vaut également pour tous les autres détenteurs de secrets professionnels. Cependant, il serait erroné de laisser à tous ces détenteurs la liberté de refuser de témoigner quand bien même ils ont été déliés du secret. Cette décision – à l'instar

290 RS **935.61**
291 Intervention du Conseiller aux Etats Dick Marty, BO **2000** 398.
292 Intervention du Conseiller aux Etats Samuel Schmid, BO **2000** 240.

de ce qui vaut pour tous les autres droits de refuser de témoigner – doit appartenir aux autorités pénales et, éventuellement, à l'autorité de recours (cf. art. 171, al. 2), à défaut de quoi on laisserait à un particulier, et à lui seul, le soin de déterminer si l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. De surcroît, l'argument selon lequel le mandant n'est pas en mesure d'apprécier les conséquences éventuelles d'une décision de délier son avocat du secret professionnel ne tient précisément pas compte qu'il incombe à l'avocat d'exposer à son client les éventuelles incidences d'une telle décision. Pour le cas où, malgré tout, le maître du secret n'aurait pas conscience des répercussions que pourrait avoir le fait d'en délier le détenteur et où une déposition du détenteur du secret serait de nature à lui nuire, l'al. 3 permet de déroger à l'obligation de témoigner.

Toutes ces considérations nous incitent à soumettre, par principe, à l'obligation de témoigner également les avocats qui ont été déliés du secret professionnel.

L'al. 3 restreint à nouveau la portée de cette obligation de témoigner après que le détenteur du secret en a été délié. Cette disposition pourrait s'appliquer, par exemple, dans le cas suivant: un patient a délié son médecin du secret professionnel; toutefois, si, au cours de l'audition, le médecin révèle l'intégralité du diagnostic, on peut craindre qu'il n'en résulte une aggravation de la maladie. S'il est vrai que l'al. 3 peut également s'appliquer lorsque le détenteur du secret en a été délié par l'autorité de surveillance, en pareil cas, toutefois, la portée pratique de cette disposition devrait être moindre. On peut, en effet, supposer, que dans sa décision, l'autorité de surveillance aura déjà pris en compte les éventuelles raisons qui s'opposeraient à ce que le détenteur du secret en soit délié. Si, pour reprendre l'exemple ci-dessus, le médecin rend plausible un tel risque, il a le droit de refuser de témoigner. Quant aux critères permettant d'établir la plausibilité, il convient d'éviter qu'ils ne soient pas par trop stricts, faute de quoi, on courrait le risque que doive être révélé le secret que l'on veut précisément sauvegarder. En l'occurrence et conformément à l'art. 171, la décision incombe, selon le stade la procédure, soit à l'autorité compétente en matière d'auditions, soit au tribunal.

Art. 169 Protection des sources des professionnels des médias

Sur le fond, cette disposition correspond parfaitement à la réglementation de l'art. 28*a* nCP[293].

Art. 170 Droit de refuser de témoigner fondé sur d'autres devoirs de discrétion

L'art. 168 limite l'exercice du droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel aux seules personnes énumérées à l'art. 321 CP. Récemment, toutefois, ont été instaurés des secrets professionnels supplémentaires, protégés pour la plupart par le droit pénal, et dont la violation est réglée dans le code pénal même (par exemple, aux art. 321bis et 321ter) ou dans d'autres lois (notamment à l'art. 35 LPD). L'art. 170 tient compte de cette évolution en statuant une réglementation différenciée.

L'al. 1 confère aux personnes qui y sont énumérées exhaustivement une position forte puisqu'il les autorise, par principe, à refuser de déposer. Elles ne sont tenues de

293 FF **2002** 7658

témoigner que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret, ce que la direction de la procédure doit démontrer. Par rapport au régime actuel, cette nouvelle réglementation qui s'applique, par exemple, aux professionnels œuvrant dans les centres de consultation en matière de grossesse et dans ceux qui sont destinés aux victimes, fait dépendre le droit de refuser de témoigner d'une pesée d'intérêts. Elle tient compte ainsi du fait que toute extension des droits de refuser de témoigner rend plus difficile la manifestation de la vérité[294]. Par ailleurs, cette pesée d'intérêts paraît se justifier eu égard aux droits de refuser de témoigner d'autres catégories de personnes. Ainsi, selon les cas, même des proches du prévenu (cf. art. 165, al. 4) ou d'autres professionnels (cf. art. 167, al. 2 et 3) peuvent être tenus de témoigner contre leur volonté et celle du maître du secret.

L'al. 2 étend les droits de refuser de témoigner fondés sur le secret professionnel à tous les détenteurs d'autres secrets protégés par le droit fédéral ou cantonal, notamment en vertu de l'art. 35 LPD ou selon l'art. 321ter CP. Alors que les personnes énumérées à l'al. 1 sont en principe habilitées à refuser de témoigner, celles qui sont visées à l'al. 2 ont, en règle générale, l'obligation de déposer. Elles ne peuvent être libérées de cette obligation que par une décision expresse de la direction de la procédure. Au besoin, l'autorité compétente, selon l'art. 171, pour prendre la décision sur l'admissibilité du droit de refuser de témoigner peut exiger du professionnel concerné qu'il expose jusqu'à quel point l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Ainsi donc, à l'instar de ce qui est prévu à l'al. 1, l'admissibilité du droit de refuser de témoigner dépend, elle aussi, d'une pesée d'intérêts. En dépit de cette réglementation, il convient de ne pas s'écarter de la doctrine et de la jurisprudence qui – de manière quasi unanime – considèrent qu'il ne faut pas accorder le droit de refuser de témoigner lorsque l'obligation de garder le secret porte sur des données de nature essentiellement économique[295]: à l'avenir, également, il importe de s'opposer, par principe, à ce que le secret bancaire au sens de l'art. 47 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques[296], le secret que sont tenus d'observer les réviseurs (art. 730 CO[297], 321, CP[298], et 54 de la loi fédérale du 18 mars 1981 sur les fonds de placement[299]), le secret de fabrication et le secret commercial au sens de l'art. 162 CP ou le secret professionnel au sens de l'art. 43 de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses[300] fondent un droit de refuser de témoigner.

Enfin, les personnes qui sont soumises à des devoirs de discrétion uniquement sur la base d'un contrat, ne jouissent pas du droit de refuser de témoigner.

Art. 171 Décision sur l'admissibilité du droit de refuser de témoigner

Al. 1: dans le cadre de la procédure préliminaire, les auditions de témoins ne peuvent avoir lieu qu'après l'ouverture de l'instruction par le ministère public et non au stade de la procédure d'investigation de la police. En règle générale, les témoins sont

294 La commission d'experts est aussi sceptique quant à l'extension du droit de refuser de témoigner; cf «De 29 à l'unité», p. 104.
295 ATF **123** IV 166; **119** IV 175; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zurich 2004, N 645; *Hauser/Schweri/Hartmann,* Schweizerisches Strafprozessrecht, 6 A., Bâle 2005, § 62 N 28; *Gérard Piquerez*, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, N 2163 ss
296 RS **952.0**
297 RS **220**
298 RS **311.0**
299 RS **951.31**
300 RS **954.1**

entendus par le ministère public. Lors de ces auditions, c'est lui qui décide de l'admissibilité du droit de refuser de témoigner. Le ministère public peut également charger la police de procéder à ces auditions, pour autant que la Confédération ou le canton concerné ait désigné des membres du corps de police habilités à entendre des témoins (art. 140, al. 2). En pareil cas, il appartient à la police de décider de l'admissibilité du droit de refuser de témoigner. Compte tenu de la faculté qu'a le témoin de déférer la décision à l'autorité de recours (*al. 2*) et de l'effet induit par ce recours (*al. 3*), la réglementation prévue à l'al. 1 paraît parfaitement soutenable.

Lors des débats, la direction de la procédure procède aux auditions (art. 342, al. 1), les autres membres du tribunal pouvant, toutefois, faire poser des questions complémentaires (art. 342, al. 2). L'effet juridique de la décision sur l'admissibilité du droit de refuser de témoigner est comparable à celui de la décision sur les propositions relatives aux moyens de preuves. Aussi, paraît-il approprié, dans les deux cas (cf. art. 344, al. 2 et 3), que la décision ressortisse au tribunal et non à la seule direction de la procédure.

Il convient, toutefois, de ne pas perdre de vue que ni le ministère public ni la police ne dispose d'un pouvoir de décision dans les cas visés aux art. 167, al. 2, et 168, al. 2. Si les témoins soumis au secret de fonction ou au secret professionnel en ont été déliés par leur autorité supérieure, par le maître du secret ou par l'autorité de surveillance, ils ont, de par la loi, l'obligation de témoigner.

Dans certains cas de figure, la faculté donnée à *l'al. 2* de déférer à l'autorité de recours la décision sur l'admissibilité du droit de refuser de témoigner répond – semble-t-il – à une exigence posée par l'art. 13, CEDH. Lorsque la décision sur l'admissibilité du droit de refuser de témoigner est négative et porte atteinte à des droits qui sont garantis par la CEDH (notamment au droit au respect de la vie privée et familiale, au sens de l'art. 8 CEDH). L'art. 13, CEDH exige que cette décision puisse faire l'objet d'un recours effectif.

Seul le témoin peut demander le réexamen de la décision. Le ministère public et les autres parties n'en ont pas le droit. Par voie de conséquence, seules sont attaquables les décisions qui dénient le droit de refuser de témoigner dont se sont prévalus des témoins, parce que, dans ce cas uniquement, elles lèsent des témoins. Quand bien même la décision est soumise à l'appréciation de l'autorité de recours, la demande de réexamen introduite auprès de celle-ci n'est pas un véritable recours, puisqu'il ne serait pas recevable contre les décisions de la direction de la procédure du tribunal de première instance (cf. art. 401, al. 1, let. b). La procédure n'en sera pas moins régie, pour l'essentiel, par les dispositions réglant la procédure de recours, l'autorité ne devant, toutefois, pas perdre de vue qu'elle doit statuer rapidement. En effet, dans certains cas, il peut arriver qu'en attaquant la décision de ne pas lui accorder le droit de refuser de témoigner, un témoin bloque la procédure pénale.

L'al. 3 vise à empêcher que le droit de refuser de témoigner ne soient vidé de sa substance, parce que des témoins seraient tenus de déposer quand bien même il y a désaccord entre eux et la direction de la procédure sur l'existence de ce droit. Le témoin dispose du droit de refuser de témoigner jusqu'à ce que soit connu le prononcé de l'autorité de recours, ce qui, dans certains cas, peut obliger la direction de la procédure à mettre fin à l'audition du témoin.

Art. 172 Exercice du droit de refuser de témoigner

Quand bien même *l'al. 1* ne le statue pas expressément, les témoins peuvent renoncer, en tout temps, au droit de refuser de témoigner dont ils se sont prévalus.

Selon *l'al. 2,* les dépositions faites par un témoin après avoir été informé du droit de refuser de témoigner, peuvent également être exploitées, même si le témoin fait valoir ultérieurement ce droit. En d'autres termes, le droit de refuser de témoigner ne produit d'effet que pour l'avenir et ne rend donc pas inexploitables les dépositions faites antérieurement. En revanche, si la direction de la procédure a omis d'aviser le témoin de son droit de refuser de témoigner, la possibilité d'exploiter ses déclarations se détermine selon l'art. 174, al. 1: l'audition n'est pas valable et les dépositions ne sont exploitables comme moyens de preuves que dans les limites fixées à l'art. 139, al. 2, donc uniquement si elles sont indispensables pour élucider des infractions graves.

Art. 173 Refus injustifié de témoigner

Le projet renonce à prévoir la détention pour insoumission à titre de sanction à l'encontre d'une personne qui, sans droit, refuse de témoigner. Il tient ainsi compte des réserves formulées par le Tribunal fédéral à l'égard de cette sanction, et plus précisément, de la jurisprudence de celui-ci voulant que la détention pour insoumission, du moins lorsqu'elle est d'une certaine durée, soit ordonnée dans le cadre d'une procédure publique au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH[301], ce qui n'est guère praticable au stade de la procédure préliminaire[302]. Aussi, l'arsenal de sanctions visant à réprimer le refus de témoigner infondé se limite-t-il à une amende d'ordre et, en cas d'obstination dans ce refus, aux peines prévues à l'art. 292 CP pour insoumission à une décision de l'autorité.

Al. 1: l'exhortation à témoigner est une mesure qui relève de la direction de la procédure, au sens de l'art. 62, al. 1. Aussi, le montant maximum de l'amende d'ordre qu'elle peut infliger s'élève-t-il à 1000 francs. Quant aux sanctions prévues si la personne s'obstine dans son refus, elles sont réglées à *l'al. 2.*

Par «frais» au sens de *l'al. 1*, il faut entendre notamment les honoraires des traducteurs, dont les services ont été retenus en prévision de l'audition; quant aux indemnités, elles couvrent, principalement, les dépenses occasionnées aux parties, en particulier les honoraires de leur conseil juridique ou de leur défenseur qui était présent pour rien à l'audition.

2.4.3.3 Section 3 **Audition de témoins** (art. 174)

Cette disposition règle notamment les obligations importantes qu'a l'autorité qui procède à l'audition d'attirer l'attention du témoin sur un certain nombre de points. Par ailleurs, elle fixe les conséquences juridiques de l'omission de telles informations.

En vertu de *l'al. 1*, l'autorité qui entend le témoin, à savoir le ministère public, le tribunal ou – lorsque les conditions visées à l'art. 140, al. 2, sont remplies – la

301 ATF **117** Ia 491
302 *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zurich 2004, N 650.

police, est tenue d'attirer son attention sur l'obligation qui est la sienne de déposer conformément à la vérité ainsi que sur les conséquences pénales d'un faux témoignage. Si l'autorité omet l'une de ces injonctions, l'audition n'est pas valable comme preuve. Dans ce cas, les auditions ne sont exploitables comme moyens de preuves que dans les limites fixées à l'art. 139, al. 2, donc uniquement si elles sont indispensables pour élucider des infractions graves. Si elles sont exploitées, il y aura lieu de tenir compte, lors de l'appréciation des preuves, que la personne entendue a déposé sans avoir été préalablement avisée de l'obligation de dire la vérité et des conséquences d'un faux témoignage.

L'al. 2 fixe les points sur lesquels le témoin doit être interrogé au début de la première audition. Celle-ci ne peut, bien évidemment, avoir lieu que si la personne à entendre n'a pas fait valoir un droit de refuser de témoigner. Si, dès le début de l'audition, la personne doit être entendue sur les relations qu'elle a avec les parties, c'est pour pouvoir éventuellement inférer de ses réponses des éléments qui fonderaient un droit de refuser de témoigner.

Al.3, dans le cadre de l'information qu'elle doit donner au début de chaque audition, l'autorité attire toujours l'attention du témoin également sur le droit de refuser de témoigner pour sa propre protection au sens de l'art. 166. En revanche, elle ne doit aviser le témoin du droit de refuser de témoigner pour d'autres motifs – mais ne jamais omettre cette information – que si, à la lumière des pièces du dossier ou au cours de l'audition, notamment après qu'elle a interrogé le témoin sur ses relations avec les parties, elle est fondée à admettre que la personne entendue pourrait faire valoir de ce droit.

Si l'autorité omet d'aviser la personne à auditionner du droit de refuser de témoigner et que cette personne fait valoir ultérieurement ce droit, les conséquences juridiques sont plus sérieuses que celles de l'omission d'attirer l'attention du témoin sur son obligation de déposer conformément à la vérité. En pareil cas, en effet, les dépositions ne sont pas exploitables. Elles doivent être traitées conformément à l'art. 139, al. 5. Si l'omission d'informer le témoin du droit de refuser de témoigner avait pour seul effet d'invalider la déposition, il en résulterait qu'une telle déposition pourrait néanmoins être exploitée s'il s'agit d'élucider des infractions graves, selon l'art. 139, al. 2, donc précisément à un moment où le témoin aura spécialement intérêt à refuser de témoigner[303].

2.4.4 Chapitre 4 Personnes appelées à donner des renseignements (art. 175 à 178)

La qualité en laquelle une personne est entendue dans le cadre d'une procédure pénale se détermine, au premier chef, selon que pèse ou non sur elle un soupçon. Dans le premier cas de figure, cette personne doit être traitée et entendue en qualité de prévenu. Si, en revanche, elle est exempte de tout soupçon, elle sera interrogée en qualité de témoin. Dans certains cas, cette limitation à deux statuts possibles en procédure pénale se révèle par trop étroite en raison des droits et des obligations qui

303 Exemple: l'intérêt de l'épouse du prévenu à ne pas devoir déposer en tant que témoin à charge de son mari sera, en règle générale, plus grand lors d'un homicide que si le prévenu est soupçonné d'une pollution des eaux.

découlent de ces statuts. Il peut arriver, par exemple, que l'autorité n'ait pas de soupçons suffisants contre une personne pour pouvoir la citer à comparaître en qualité de prévenu, tout en ne pouvant exclure totalement que cette personne a participé à l'infraction. Si cette personne était entendue en qualité de témoin, elle pourrait, parce qu'elle serait tenue de déposer conformément à la vérité, être confrontée au dilemme suivant: ou bien s'auto-incriminer ou bien violer l'obligation de dire la vérité ou de témoigner. Par ailleurs, il ne semble pas pertinent d'entendre à titre de témoin, tenu de déposer conformément à la vérité, une personne incapable de discernement, puisque cette incapacité exclurait toute sanction pour faux témoignage.

Les raisons qui viennent d'être exposées font qu'il est nécessaire d'instaurer en procédure pénale le statut de personne appelée à donner des renseignements, statut qui se situe entre celui de prévenu et celui de témoin. Quant aux obligations de la personne appelée à donner des renseignements, elles varieront, dans chaque cas, selon que la situation de cette personne est plus proche de celle d'un prévenu ou de celle d'un témoin.

Art. 175 Définition

L'énumération figurant dans cette disposition est exhaustive.

La *let. a* reprend la réglementation prévue à l'art. 163, al. 2. L'issue de la procédure présente un intérêt direct pour la partie plaignante puisqu'elle a qualité de partie. En conséquence, elle ne doit pas être soumise à l'obligation de déposer conformément à la vérité, à laquelle sont astreints les témoins, car elle pourrait être confrontée à un conflit de conscience entre volonté de sauvegarder ses intérêts, d'une part, et dire toute la vérité, de l'autre.

Let. b: les personnes ayant une capacité de discernement restreinte ne doivent pas être entendues en qualité de témoins, soumis à l'obligation de déposer conformément à la vérité. Afin de limiter autant que faire se peut le nombre des examens auxquels il faut se livrer, dans chaque cas, pour déterminer si la personne concernée dispose de sa pleine capacité de discernement, la let. b fixe une limite d'âge au-dessous de laquelle on ne peut être entendu en qualité de témoin: quel que soit leur degré de maturité, les enfants âgés de moins de 15 ans ne sont pas habilités à témoigner mais doivent être interrogés en qualité de personnes appelées à donner des renseignements. Cette disposition est en harmonie avec l'art. 160, al. 1, qui statue que quiconque est âgé de plus de 15 ans a la capacité de témoigner.

L'art. 160, al. 1, prévoit, par ailleurs, que les personnes qui sont incapables de discernement par rapport à l'objet de l'audition, ne peuvent être entendues comme témoins. La *let. c* prévoit qu'elles doivent l'être en qualité de personnes appelées à donner des renseignements. Dans ce contexte, il convient de rappeler que la direction de la procédure a la possibilité d'ordonner l'expertise d'un témoin si elle a des doutes quant à sa capacité de discernement (art. 161, al. 2).

Let. d: au début d'une procédure, lorsque l'on ne sait pas encore qui a commis l'infraction, il peut y avoir plusieurs personnes dont on ne saurait exclure qu'elles soient l'auteur de l'infraction ou qu'elles y aient participé, sans toutefois que pèse sur elles un soupçon suffisant pour qu'elles comparaissent en qualité de prévenu. Dans une telle situation, nul ne doit être contraint de s'auto-incriminer ou de faire un

faux témoignage. Aussi les personnes en question doivent-elles être entendues en qualité de personnes appelées à donner des renseignements.

La *let. e* vise la situation dans laquelle un coprévenu dans la même procédure doit être interrogé sur les infractions commises par d'autres coprévenus et qui ne lui sont pas imputées. Tel est, par exemple, le cas lorsque, dans une procédure ouverte pour une affaire de vol en bande, l'un des membres de la bande doit faire des déclarations sur un vol précis auquel il n'a pas participé.

La *let. f* s'applique aux personnes impliquées comme coauteurs ou comme participants dans les faits à élucider mais qui sont jugées dans le cadre d'une autre procédure. Ces personnes ne peuvent être entendues en qualité de prévenu car elles n'ont pas ce statut dans le cadre de la procédure au cours de laquelle elles sont auditionnées. Il est également exclu de les entendre en qualité de témoins puisqu'elles seraient tenues de déposer conformément à la vérité et que cette obligation pourrait entrer en conflit avec les intérêts qu'elles cherchent à sauvegarder dans le cadre de la procédure qui doit aboutir à leur jugement. Ces règles s'appliquent également lorsque, non pas les mêmes infractions, mais des infractions connexes, sont poursuivies dans le cadre des deux procédures. C'est ce qui se produit, par exemple, non seulement, en cas de recel ou de blanchiment d'argent, mais encore lorsque la personne qui doit être entendue ou a déjà été entendue en qualité de témoin est accusée par le prévenu de l'avoir calomnieusement dénoncé ou d'avoir fait contre lui un faux témoignage (*let. g*).

Let. h: l'art. 102*a*, al. 2, 1re phrase, nCP[304] confère à la personne qui représente l'entreprise les droits et les obligations que possède le prévenu dans le cadre d'un procès pénal ordinaire. Cette réglementation est due au fait que l'entreprise étant partie au procès en qualité de prévenu, son représentant doit avoir les droits et les obligations découlant de ce statut. Il importe, au premier chef, que ce représentant ne soit pas tenu d'apporter un soutien actif aux autorités de poursuite pénale, par exemple, en faisant des dépositions ou en produisant des pièces à charge de l'entreprise (cf. supra, ch. 2.3.2 ad art. 110). L'art. 102*a*, al. 2, nCP ne précise, toutefois, pas en quelle qualité le représentant de l'entreprise doit être entendu par les autorités de poursuite pénale. Tout d'abord, il ne peut pas être interrogé à titre de prévenu car – nous l'avons déjà dit – ce n'est pas lui qui est prévenu mais l'entreprise qu'il représente. Si l'on s'en tient à la doctrine qui sous-tend le droit en vigueur, selon laquelle le représentant ne doit pas, par son comportement, collaborer activement à la procédure dirigée contre l'entreprise ni être contraint de déposer, l'audition en qualité de témoin n'entre pas non plus en ligne de compte. En revanche, il apparaît judicieux de considérer le représentant de l'entreprise comme une personne appelée à donner des renseignements, d'autant que, à l'instar d'autres catégories de personnes jouant ce rôle, il a, dans le cadre de la procédure pénale, un statut intermédiaire[305]. Le fait d'entendre ce représentant en qualité de personne appelée à donner des renseignements permet d'atteindre pleinement l'objectif visé par l'art. 102*a*, al. 2, nCP, à savoir exempter le représentant de l'obligation de collaborer activement au procès pénal et notamment de celle de déposer (art. 177, al. 1).

304 FF **2002** 7658

305 Déjà sous l'empire du droit en vigueur, la doctrine attribue au représentant de l'entreprise le rôle de personne appelée à donner des renseignements, *Niklaus Schmid*, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 21 (2003), p. 217, 218.

Aux cours des travaux préparatoires des dispositions pénales actuelles régissant la responsabilité de l'entreprise, une question a été discutée à plusieurs reprises: faut-il concéder le droit de refuser de déposer et de collaborer à des membres de l'entreprise autres que le représentant désignée par elle? Finalement, le Parlement a pris l'option d'accorder ce droit, outre au représentant, aux seules personnes qui théoriquement auraient pu être désignées à titre de représentant, en d'autres termes à celles qui sont habilitées à représenter l'entreprise *en toute autonomie*. Il a écarté toute exigence allant plus loin[306]. Un réexamen de cette question incite, toutefois, le Conseil fédéral à proposer au Parlement d'élargir quelque peu le cercle des personnes bénéficiant du droit de refuser de déposer. Certes, il serait excessif d'accorder à tous les membres de l'entreprise un droit de refuser de déposer, ainsi que le préconisait l'avant-projet de 2001[307]. Une telle réglementation aurait pour effet de restreindre exagérément les possibilités qui s'offrent aux autorités de poursuite pénale d'élucider la question de la responsabilité de l'entreprise. Il semble, cependant, pertinent d'accorder le droit de refuser de déposer également aux collaborateurs directs des représentants de l'entreprise, qu'ils soient désignés ou potentiels, cela en harmonie avec la réglementation applicable aux détenteurs de secrets professionnels (art. 321, ch. 1, CP). Il s'agit là d'une analogie avec les «auxiliaires» dont il est question à l'art. 321, ch. 1, CP. Toutefois, ce terme étant désuet, nous avons préféré utiliser celui de «collaborateurs» qui est plus moderne. A défaut de l'extension du droit de refuser de déposer à ces personnes, les droits de refuser de déposer accordés aux représentants de l'entreprise resteraient sans doute inopérants ou presque car, dans ces conditions, ce sont les collaborateurs personnels qui pourraient être entendus en lieu et place des représentants. Or, en règle générale, ils sont au moins autant qu'eux au courant des affaires incriminées. Sous l'angle spécifique de la responsabilité pénale de l'entreprise, entrent dans cette catégorie de collaborateurs non seulement les secrétaires et les assistants du chef d'entreprise ou de la direction, mais encore, notamment, les préposés à la tenue du procès verbal des réunions du conseil d'administration. Ainsi qu'il ressort de ces exemples, la qualité de collaborateur au sens de la présente disposition, présuppose qu'il y ait une interaction directe et personnelle entre cette personne et le membre de la direction désigné comme représentant de l'entreprise au sens de l'art. 110, al. 1. A défaut d'une telle interaction qui doit, au surplus, avoir duré depuis assez longtemps, les membres de l'entreprise sont tenus de déposer. Tel est le cas, par exemple, d'employés travaillant dans des services chargés de conseiller la direction de l'entreprise (service juridique ou service du contentieux).

Art. 177 Statut

Selon les codes cantonaux de procédure pénale, les personnes appelées à donner des renseignements ne sont pas tenues de déposer. *L'al. 1* reprend cette règle et dispense de l'obligation de déposer et de dire la vérité la majorité des personnes appelées à donner des renseignements. *L'al. 2* statue, toutefois, une exception puisqu'il soumet la partie plaignante à l'obligation de déposer devant le ministère public, devant les tribunaux et devant la police, si l'audition est effectuée sur mandat du ministère

306 Cf. délibérations du Conseil national, BO **2001** N 605 s.

307 AP-CPP, art. 186, al. 1, let. f . Ce point de vue a de nouveau été récemment exprimé par *Alain Macaluso*, in Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, ZStrR 123 (2005), p. 87, qui fait remarquer que la marge qui existe entre l'entreprise et ses employés est étroite.

public au sens de l'art. 312, al. 2. Ainsi, le statut de la partie plaignante dans le procès pénal est assimilé à celui d'une partie dans la procédure civile; celle-ci est, en règle générale, tenue de déposer, le corollaire étant qu'en cas de refus injustifié de témoigner, celui-ci peut être retenu en la défaveur de la partie concernée, lors de l'appréciation des preuves. L'assujettissement de la partie plaignante à l'obligation de déposer tient aussi compte du fait que, souvent, la partie plaignante présente les traits distinctifs du témoin, mais qu'elle ne peut être entendue en cette qualité puisqu'elle est partie dans la procédure.

La parenté qui existe entre la position de la partie plaignante et celle du témoin justifie également que l'on applique à celle-ci, par analogie, les dispositions pertinentes. C'est pourquoi, notamment, la partie plaignante peut refuser de déposer si elle dispose d'un droit de refuser de témoigner. Toutefois, à la différence du témoin, elle n'a pas à redouter l'une des sanctions prévues à l'art. 173 au cas où elle refuserait de déposer, pas plus qu'elle n'est tenue de déposer conformément à la vérité.

2.4.5 Chapitre 5 **Experts** (art. 179 à 188)

Art. 179 Conditions requises pour faire appel à un expert

Il entre dans les attributions du ministère public et des tribunaux de faire appel à des experts. En principe, la police n'a pas cette compétence. Elle a, toutefois, le droit – et c'est là une exception – d'ordonner l'établissement d'un profil d'ADN de traces (art. 254, al. 2, let. b).

Lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances et des capacités nécessaires pour élucider un état de faits, le ministère public et les tribunaux sont tenus de faire appel à des experts.

Art. 180 Exigences auxquelles doit satisfaire l'expert

Aux termes de l'*al. 1*, toute personne physique qui possède les connaissances nécessaires peut être désignée comme expert. En revanche, il est exclu de désigner une personne morale. Lorsque l'un des employés d'une personne morale est mandaté comme expert, les obligations fixées par l'autorité incombent à l'expert et non à son employeur (cf. art. 182, al. 1). Il n'est pas nécessaire que l'expert soit agréé ou autorisé à exercer par les tribunaux, ni qu'il soit titulaire de diplômes particuliers.

L'al. 2 reprend la règle qui a cours dans divers cantons, selon laquelle, pour certains domaines, les autorités de poursuite pénale peuvent avoir recours à des experts permanents, notamment aux médecins de district, lorsqu'il s'agit de déterminer les causes de décès suspects.

Art. 181 Nomination et mandat

L'obligation d'impartir à l'expert un mandat par écrit, statuée à l'al. 2, doit être interprétée non pas comme une règle de validité mais bien comme une prescription d'ordre à laquelle on ne peut déroger qu'à titre exceptionnel. Si le mandat est donné par oral, il doit, conformément à l'art. 75, être consigné au procès-verbal qui sera versé au dossier de la procédure.

En cas de révocation du mandat selon *l'al. 5,* l'expert a droit à une indemnité pour les travaux qu'il a accomplis jusqu'alors. En revanche, il n'a droit à aucune indemnité si le mandat a été révoqué pour négligences au sens de l'art. 188.

La disposition prévue à *l'al. 7* revêt notamment de l'importance lorsque la partie plaignante demande une expertise essentiellement dans le but d'obtenir gain de cause sur ses conclusions civiles.

Art. 182 Etablissement de l'expertise

L'expert répond personnellement de l'exécution de l'expertise (*al. 1*) même s'il demande le concours d'autres personnes avec l'autorisation de la direction de la procédure (art. 181, al. 2, let. b) ou s'il exécute l'expertise en qualité d'employé d'une personne morale.

En principe, l'expert ne peut procéder de son propre chef à des actes d'instruction mais doit se fonder sur les pièces et les objets qui ont été mis à sa disposition en vue de l'expertise (cf. art. 181, al. 4). Cette règle générale est relativisée dans les deux cas suivants: premièrement par le droit qu'a l'expert de demander à la direction de la procédure s'il peut obtenir des «compléments au dossier» (*al. 3*). Il ne s'agit pas seulement de compléter le dossier par des pièces disponibles mais qui n'y ont pas encore été versées; l'expert peut aussi demander l'administration de preuves supplémentaires. Deuxièmement, l'expert peut, avec l'autorisation de la direction de la procédure, poser directement des questions aux personnes qui doivent être entendues (*al. 2*).

L'al. 4 habilite même l'expert à procéder lui-même à des investigations simples. Cette compétence répond à un besoin pratique, notamment, lorsqu'il s'agit d'effectuer une expertise psychiatrique. Lors d'une telle expertise, la direction de la procédure serait rapidement dépassée en raison de son manque de connaissances scientifiques, si elle devait interroger elle-même les sujets de l'expertise. Par ailleurs, par manque de temps, il ne semblerait guère praticable que la direction de la procédure procédât elle-même à de tels interrogatoires qui, en raison des connaissances spécialisées qu'ils exigent, devraient effectivement être exécutés par l'expert lui-même, conformément à l'al. 2. Aussi, les experts doivent-ils avoir la faculté de procéder eux-mêmes à des investigations, mais dans des limites étroites: d'une part, ils ne peuvent procéder qu'à des investigations qui relèvent de leur spécialité et qui sont indispensables à l'exécution de leur mandat (elles doivent avoir «un rapport étroit avec le mandat»). Ils ne sont, donc, pas habilités à élucider les faits dans leur ensemble. Par ailleurs, l'expert ne peut pas procéder lui-même à des investigations complémentaires sans y avoir été dûment autorisé par la direction de la procédure. Cette autorisation peut être donnée dans le cadre du mandat, notamment lorsque – comme dans le cas des expertises psychiatriques – il est prévisible que l'expert doive procéder à des investigations relevant de sa spécialité; elle peut aussi être octroyée au cours de l'expertise, si l'expert en fait la demande.

L'autorisation donnée aux experts de procéder eux-mêmes à des investigations implique également celle de convoquer les personnes dont la présence est nécessaire à ces investigations. Si ces personnes ne donnent pas suite à la convocation, l'expert peut demander à la direction de la procédure de les citer à comparaître et, au besoin, de décerner à leur encontre un mandat d'amener.

Art. 183 Hospitalisation à des fins d'expertise

Une hospitalisation à des fins d'expertise ne peut être ordonnée qu'à l'encontre d'un prévenu. Les personnes n'ayant pas ce statut ne doivent faire l'objet que d'une expertise ambulatoire selon l'art. 161, al. 2.

Si le prévenu est en liberté, les dispositions sur la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté s'appliquent par analogie à l'hospitalisation (*al. 5*). Partant, il faut que le prévenu soit fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit. A défaut de tels soupçons, il faut que l'hospitalisation soit nécessaire pour l'établissement de l'expertise médicale (*al. 1*). Si le prévenu se trouve déjà en détention provisoire ou en détention pour des motifs de sûreté, la direction de la procédure peut ordonner l'hospitalisation à des fins d'expertise. Au stade de la procédure préliminaire, le ministère public a la compétence de le faire sans qu'il ait besoin de requérir une décision du tribunal des mesures de contrainte. En revanche, si le prévenu se trouve en liberté, le ministère public est tenu, au stade la procédure préliminaire, de requérir l'hospitalisation auprès du tribunal des mesures de contrainte (*al. 2*). Aux débats et dans le cadre de la procédure de recours, point n'est besoin d'une décision de ce tribunal, puisque c'est le tribunal chargé de statuer au fond qui a toujours la compétence d'ordonner l'hospitalisation. Cette différence par rapport à la compétence d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté, compétence qui ressortit au tribunal des mesures de contrainte dans la procédure de première instance (cf. art. 228), se justifie par le fait que l'hospitalisation à des fins d'expertise constitue une atteinte aux droits individuels moins grave que le placement du prévenu en détention pour des motifs de sûreté.

Art. 184 Forme de l'expertise

Al. 2: les dispositions sur l'audition de témoins qui sont applicables lorsque la direction de la procédure ordonne que l'expertise soit rendue oralement ou que le rapport déposé par écrit soit commenté ou complété oralement, sont celles qui concernent l'exhortation à déposer conformément à la vérité sous commination des peines prévues en cas de faux témoignage (art. 307 CP), l'interrogatoire des personnes concernées sur les relations qu'elles ont avec les parties (art. 174, al. 2) enfin celles qui ont trait à l'information sur les droits de refuser de témoigner, en particulier sur le droit de refuser de témoigner pour sa propre protection au sens de l'art. 166.

2.4.6 Chapitre 6 **Moyens de preuves matériels** (art. 189 à 192)

Art. 189 Pièces à conviction

Par pièces à conviction au sens de *l'al. 1*, il faut entendre toutes les choses qui peuvent servir de moyens de preuves ou d'indice et qui sont directement disponibles pour les autorités pénales. La notion de «titres» qui figure à *l'al. 2* ne doit pas être prise dans le sens où l'entend le droit pénal matériel (art. 110, ch. 4, CP) mais dans celui que lui donne le droit procédural, à savoir tout écrit contenant des informations

pertinentes au regard de la procédure[308]. Entrent, par exemple, dans la catégorie des «autres documents», les enregistrements audio et vidéo de même que les radiographies ou les enregistrements sur support électronique.

Art. 190 Inspection

En raison de leur nature, certains objets se prêtent aussi peu à être versés au dossier que des lieux ou des processus. S'il est important pour l'appréciation des faits d'avoir une perception directe de ces objets, il convient de procéder à une inspection. Contrairement à ce que pourrait suggérer l'appellation allemande de l'inspection («Augenschein»), celle-ci n'est aucunement limitée à l'aspect visuel. En règle générale, les inspections sont ordonnées par le ministère public et les tribunaux. Dans le cadre des investigations qu'elle mène de manière indépendante, la police peut également procéder à des inspections, limitées toutefois à des cas simples. Il appartiendra au ministère public de définir les cas entrant dans cette catégorie. De surcroît, le ministère public peut donner mandat à la police de procéder à des inspections conformément à l'art. 312.

Quant aux droits de participation des parties, ils sont régis par l'art. 144.

Al. 5: Une inspection peut, par exemple, être combinée avec une audition de témoins ou d'experts (*let. a*). Lorsqu'elle l'est avec une reconstitution des faits (*let. b*) ou avec une confrontation (cf. art. 143), même les personnes qui ont LE droit de refuser de déposer, de collaborer ou de témoigner sont tenues d'y prendre part. En revanche, elles n'ont pas l'obligation de collaborer ou de déposer.

Art. 191 Edition de dossiers

Les dossiers d'autres procédures pouvant avoir une grande importance pour l'élucidation des infractions, des autorités bien déterminées (*al. 1*) sont tenues de demander l'édition de ces dossiers. L'expression «autres procédures» doit être prise dans son sens large. Elle s'applique non seulement aux dossiers de procédures judiciaires, mais encore à ceux des autorités administratives (notamment des autorités d'assistance sociale). Le ministère public et les tribunaux sont les seuls habilités à demander l'édition de ces dossiers. Partant, la police n'est pas autorisée à demander, par exemple, la production d'un dossier judiciaire de divorce.

L'al. 2 constitue le pendant de l'al. 1 puisqu'il oblige les autorités requises à produire les dossiers demandés. Elles peuvent refuser de le faire lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret s'y oppose. Toutefois, ce refus doit être considéré comme une ultima ratio. Il y a lieu, dans chaque cas, d'examiner si des mesures moins radicales ne permettraient pas, malgré tout, de sauvegarder cet intérêt (on pourrait, par exemple, retirer certaines pièces du dossier ou encore masquer certains passages ou noms figurant dans les documents).

Art. 192 Demande de rapports et de renseignements

Si les dossiers au sens de l'art. 191 existent déjà au moment où leur production est demandée, les rapports et les renseignements dont il est question à l'art. 192 doivent,

308 *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zurich 2004, N 681; *Hauser/Schwer/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Bâle 2005, § 66 N 1; *Gérard Piquerez*, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, N 2262.

en revanche, encore être établis. *L'al. 1* habilite toutes les autorités pénales, donc également la police, à requérir des rapports officiels et des certificats médicaux. Il y a lieu, toutefois, de relever que le fait qu'une autorité pénale demande l'établissement d'un rapport ou d'un certificat médical n'a pas pour effet de délier les personnes requises du secret de fonction ou du secret professionnel.

Si les rapports et renseignements sont destinés à élucider la situation personnelle du prévenu, seuls le ministère public et les tribunaux sont habilités à les requérir (*al. 2*).

2.5 Titre 5 Mesures de contrainte

Le but primordial de la procédure pénale est l'établissement de la vérité matérielle (art. 6) grâce aux moyens de preuves prévus au titre 4. Or, certaines personnes – le prévenu, notamment, mais aussi des tiers – risquent parfois d'entraver, voire de faire échouer l'administration de la preuve par leur comportement. Les autorités pénales doivent donc avoir à leur disposition des instruments leur permettant d'assurer l'administration des moyens de preuves, même contre la volonté de la personne concernée. Il s'agit également de garantir que la décision finale pourra bel et bien être exécutée. C'est à cela que servent les mesures de contrainte.

2.5.1 Chapitre 1 **Dispositions générales** (art. 193 à 198)

Art. 193 Définition

Les mesures de contrainte sont des actes de procédure des autorités pénales qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées pour servir l'un des trois objectifs énumérés aux *let. a à c*. L'application d'une mesure de contrainte ne présuppose donc pas nécessairement une quelconque résistance de l'intéressé contre l'acte en question: l'élément distinctif de la mesure de contrainte se trouve dans l'atteinte qu'elle porte aux droits fondamentaux, comme le montrent, par exemple, les mesures de surveillance secrète (surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, selon les art. 268 ss, ou l'investigation secrète, selon les art. 285 ss). Ne sont par contre pas considérés comme des mesures de contrainte au sens de la procédure pénale les actes destinés exclusivement à écarter un danger ou à prévenir une infraction pénale car ces objectifs ne correspondent à aucun des buts cités aux let. a à c. Si les mesures de contrainte doivent servir au moins un de ces trois objectifs, il arrive que certaines en visent plusieurs simultanément. La détention provisoire, par exemple, peut ainsi servir à la fois à mettre les preuves en sûreté et à assurer la présence du prévenu durant la procédure.

Les droits constitutionnels ou libertés fondamentales pouvant être restreints par des mesures de contrainte sont multiples: la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst., 5, par. 1, CEDH, et 9, PIDCP) en cas de privation de liberté ou de prélèvement d'échantillons sanguins; la garantie de la propriété (art. 26, Cst.) en cas de séquestre; le droit à la protection de la sphère privée (art. 13, Cst.; 8, CEDH; et 17, PIDCP) en cas de perquisition ou de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication.

Art. 194 Principes

Comme les mesures de contrainte viennent empiéter sur certains droits fondamentaux, la Constitution elle-même ne les autorise qu'à certaines conditions: selon l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public, être proportionnée au but visé et ne pas violer l'essence des droits fondamentaux.

L'art. 194 vient rappeler ces limites constitutionnelles de même que les éléments déterminants de la proportionnalité d'une mesure de procédure prise par les autorités pénales, à savoir la gravité de l'infraction et des soupçons pesant sur la personne visée. Il est précisé à *l'al. 1, let. b,* qu'il ne doit pas y avoir de mesures de contrainte sans soupçon et que l'intensité nécessaire de celui-ci doit être proportionnée à la gravité de l'atteinte entraînée par la mesure appliquée. Les deux mesures particulièrement graves que sont la détention provisoire et la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication sont donc subordonnées à l'existence de graves soupçons (cf. art. 220 et 268). La disposition de l*'al. 2* est fondée sur le fait que les mesures de contrainte doivent viser en premier lieu les personnes soupçonnées, car ce sont elles qui perturbent l'ordre juridique du fait de ce soupçon qui pèse sur elles. Lorsque des mesures de contrainte sont dirigées contre des personnes qui ne sont pas prévenues d'une infraction, l'élément du soupçon en tant que critère de légitimation et de restriction de la mesure de contrainte fait défaut. C'est pourquoi, une retenue particulière est de mise dans ce cas. Cette précaution doit évidemment être prise uniquement s'il est prévisible que les droits fondamentaux de personnes non prévenues subiront une atteinte directe. Lors du séquestre d'objets trouvés chez un prévenu, par exemple, on ne se rend souvent compte qu'après coup qu'il s'agissait en fait de choses appartenant à des tiers.

Art. 195 Compétence

La règle de compétence établie à *l'al. 1* est une règle générale qui n'est pas appliquée à toutes les mesures de contrainte: la détention provisoire, par exemple, doit être ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte (art. 225).

Dans les cas où la loi attribue la compétence d'ordonner des mesures de contrainte à la police, cette compétence revient par principe à tous les membres de la police au sens de l'art. 15. L'*al. 2,* qui déroge à ce principe général, tient compte des réglementations spéciales existant dans certains cantons. Il permet à ceux-ci ainsi qu'à la Confédération de réserver la compétence d'ordonner ou d'exécuter des mesures de contrainte à certains membres du corps de police, par exemple aux officiers, aux chefs de police locale ou encore aux chefs de district.

Art. 197 Recours à la force

En droit administratif, la nécessité d'une base légale spéciale pour permettre le rétablissement d'un état conforme au droit grâce à l'exécution de mesures de contrainte est contestée[309]. Dans le domaine de la procédure pénale, c'est l'art. 197 qui sert de base légale à l'exécution des mesures de contrainte, même si, compte tenu de la multitude des situations envisageables, il est impossible de codifier uni-

309 *Ulrich Häfelin/Georg Müller,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zurich 2002, n. 1144 avec renvois.

formément les différentes mesures de contrainte et leur application spécifique. On devra donc se satisfaire d'un appel au respect du principe de proportionnalité.

Art. 198 Voies de droit

La possibilité de recourir contre l'ordonnance ou l'exécution de mesures de contrainte est déjà prévue dans les dispositions sur la recevabilité et les motifs de recours contenues à l'art. 401. Compte tenu du caractère incisif des mesures de contrainte, et, partant, de l'importance que revêtent les moyens de recours, l'art. 198 statue clairement la possibilité d'interjeter un recours contre les mesures de contrainte qui auraient été ordonnées ou exécutées.

2.5.2 Chapitre 2 Mandat de comparution, mandat d'amener et recherches

2.5.2.1 Section 1 Mandat de comparution (art. 199 à 204)

L'autorité pénale se sert du mandat de comparution pour sommer une personne d'assister personnellement à un acte de procédure. Comme le fait de ne pas donner suite à un mandat de comparution a des conséquences relativement graves – cela peut aller de l'amende d'ordre au mandat d'amener en passant par d'autres désavantages juridiques – la personne appelée à comparaître subit une certaine contrainte l'incitant à donner suite au mandat de comparution. Cela explique que les dispositions relatives au mandat de comparution figurent au chapitre des mesures de contrainte.

Ne doivent être appelées à comparaître que les personnes dont la présence lors d'un certain acte de procédure paraît nécessaire et qui sont donc obligées d'y prendre part. Les personnes qui sont simplement *autorisées* à assister à un acte de procédure dans l'exercice de leurs droits procéduraux (par exemple, présence de la défense lors de l'audition de témoins), ne sont pas averties de l'exécution de l'acte de procédure en question au moyen d'un mandat de comparution, mais d'une autre façon, par exemple par l'envoi d'une copie du mandat de comparution avec rappel du droit de participation ou encore par téléphone. En tout état de cause, le fait que les personnes autorisées à participer ont bien été averties doit ressortir du dossier (cf. art. 74 s.).

Art. 199 Forme et contenu

Dans cette disposition, les exigences de forme et de contenu auxquelles doit satisfaire un mandat de comparution se trouvent réglementées de manière relativement détaillée. On espère obtenir ainsi une unification de fait de la réalité juridique, aujourd'hui encore disparate.

Les prescriptions relatives au contenu d'un mandat de comparution s'adressent au ministère public, aux autorités pénales compétentes en matière de contraventions ainsi qu'aux tribunaux. Dans la mesure où les autorités de police procèdent à des investigations sur mandat du ministère public (art. 312) et où elles font comparaître des personnes à cet effet, les dispositions relatives à la forme et au contenu sont

également valables pour elles. Les mandats de comparution décernés par la police dans le cadre de la procédure d'investigation sont, en revanche, régis par l'art. 204.

L'exigence de la forme écrite ne s'applique pas dans les cas considérés comme des exceptions au sens de l'art. 201.

Al. 2: l'obligation de désigner les personnes qui accompliront l'acte de procédure (*let. a*) doit permettre aux personnes souhaitant invoquer des motifs de récusation (art. 54) ainsi qu'aux victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle désireuses de faire valoir leur droit d'être entendues par une personne du même sexe (art. 150, al. 1) de se manifester à temps. Le cercle des personnes devant être désignées est défini en fonction de cet objectif. Si, une fois le mandat de comparution décerné, il apparaît que l'acte de procédure sera exécuté par des personnes autres que celles qui ont été désignées dans le mandat ou par des personnes supplémentaires (par exemple en cas de modification de la composition d'un tribunal collégial), on ne décernera pas de nouveau mandat, mais se contentera d'en informer les parties de manière appropriée, même si cela ne peut se faire que lors de l'ouverture des débats.

L'obligation de désigner la qualité en laquelle la personne citée à comparaître doit participer à l'acte de procédure (*let. b*) permet à cette dernière de se préparer à l'acte de procédure en question, par exemple de se renseigner pour savoir s'il existe des droits de refuser de témoigner. Si, une fois le mandat de comparution décerné, il apparaît que la personne citée à comparaître doit prendre part à l'acte de procédure en une qualité autre que celle qui est indiquée dans le mandat, on ne décernera pas de nouveau mandat de comparution, car la qualité de la personne citée peut encore changer même une fois que l'acte de procédure est déjà en cours, par exemple lorsqu'une personne citée comme témoin attire sur elle des soupçons si graves durant sa déposition qu'elle doit être entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements. Si, au moment où la personne est citée à comparaître, la qualité en laquelle elle est appelée à prendre part à l'acte de procédure ne peut pas être déterminée avec certitude, il est possible d'indiquer plusieurs possibilités (par exemple «X. Y. est cité à comparaître comme témoin et, éventuellement, comme personne appelée à donner des renseignements»).

Par «motif du mandat» au sens de la *let. c,* on entend, d'une part, une précision sur la procédure pénale à laquelle la personne citée est appelée à participer (par exemple «enquête pénale contre A. pour escroquerie par métier») et d'autre part l'indication de l'acte de procédure pour lequel la personne est citée (par exemple «audition lors des débats»).

Let. f: les conséquences que risquent de subir les personnes qui, sans être excusées, ne donnent pas suite ou donnent suite trop tard à un mandat de comparution sont réglées de manière détaillée à l'art. 203. Il serait judicieux de reprendre cette disposition dans le mandat de comparution.

Art. 200 Délai

Les délais fixés à *l'al. 1* correspondent aux délais de préparation ou de délibération prévus dans la plupart des codes cantonaux de procédure pénale.

L'al. 2 complète la disposition de l'art. 86 relative à la publication officielle en précisant le délai à respecter.

Art. 201 Exceptions

Selon l'al. 1, let. a, il peut y avoir des cas urgents justifiant une dérogation aux prescriptions de forme ainsi qu'aux délais prévus, par exemple lorsque des personnes sont placées en détention et que le ministère public doit déterminer sans délai si les soupçons pesant sur la personne placée en détention ainsi que les motifs de détention sont suffisants (art. 223, al. 1). Dans de telles situations, il serait donc admissible de citer un témoin par téléphone pour lui demander de se présenter sans délai aux fins d'être entendu.

Art. 202 Sauf-conduit

Il devient de plus en plus important de pouvoir faire comparaître des personnes séjournant à l'étranger. Souvent, ces personnes sont, cependant, disposées à témoigner devant une autorité pénale suisse uniquement si elles obtiennent la garantie qu'elles ne seront ni arrêtées ni soumises à aucune autre mesure comparable entraînant une privation de liberté (par exemple mesures de substitution de la détention au sens des 236 s.). Selon la réglementation figurant à l'art. 12 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959[310], une personne ne peut pas être arrêtée pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ.

Un sauf-conduit de ce type peut être assorti de conditions, pour autant que celles-ci n'aillent à l'encontre d'aucun droit procédural. Il ne serait ainsi pas admissible de subordonner le sauf-conduit d'une personne citée comme témoin à la condition qu'elle ne fasse pas valoir son droit de refuser de témoigner. Ce qui est en revanche admissible, c'est de fixer des conditions relatives au lieu et à la durée de son séjour à l'intérieur des frontières.

La compétence d'accorder un sauf-conduit relève de la direction de la procédure, soit du ministère public dans la procédure préliminaire.

Art. 203 Obligation de comparaître, empêchement et défaut

L'obligation de donner suite à un mandat de comparution ne dépend pas de la participation effective des personnes citées à l'acte de procédure en question. Même si elles ont le droit de refuser de témoigner, doivent ainsi comparaître toutes les personnes citées comme prévenus, comme témoins ou comme personnes appelées à donner des renseignements.

Peuvent être considérés comme motifs impérieux au sens de *l'al. 3,* par exemple, la maladie ou le service militaire.

Al. h: en cas de défaut à une comparution, l'intéressé peut non seulement être puni d'une amende d'ordre au sens de l'art. 62; il peut aussi être astreint à supporter les frais de procédure causés par son défaut, y compris les indemnités payées pour rien (art. 424) et se voir décerner un mandat d'amener selon les art. 205 ss.

Une personne citée à comparaître peut être amenée par la police même si le mandat de comparution auquel elle n'a pas donné suite était le premier décerné contre elle. Cette mesure n'est donc pas conditionnée par l'urgence ou par l'émission d'un second mandat.

L'al. 5 renvoie à la procédure au sens des art. 373 et 374.

310 RS **0.351.1**

Art. 204 Mandats de comparution décernés par la police

Il est deux situations dans lesquelles la police peut décerner des mandats de comparution: durant la procédure d'investigation de la police et dans le contexte d'investigations complémentaires pour le compte du ministère public au sens de l'art. 312. Le droit qu'a la police de citer des personnes sans formalités ni délais particuliers est limité au contexte de l'investigation policière, lorsqu'il s'agit d'interroger des personnes, d'établir leur identité ou d'enregistrer des données signalétiques (*al. 1*). Cette procédure simplifiée se justifie notamment par le fait que les personnes citées ne sont pas, dans ce cas, soumises à l'obligation de déposer et de dire la vérité. Si, par contre, la police procède à des auditions sur mandat du ministère public, le mandat de comparution doit, par principe, satisfaire aux exigences de l'art. 199. Si tel n'était pas le cas, le ministère public aurait beau jeu de tourner la disposition relative aux exigences de forme en faisant exécuter la mesure par la police. Aux conditions énoncées à l'art. 140, al. 2, la police peut aussi procéder à l'audition de témoins sur mandat du ministère public. Bien que la procédure soit conduite par la police, les témoins ont alors l'obligation de dire la vérité, ce qui rend nécessaire l'observation des prescriptions de forme selon l'art. 199. Dans les cas prévus à l'art. 201, la police peut, toutefois, elle aussi déroger aux prescriptions en matière de forme et de délais.

Pour plus de clarté, *l'al. 2* anticipe la règle de compétence de l'art. 205, al. 2, en régissant les conséquences de la non-observation d'un mandat de comparution décerné par la police. Contrairement à l'al. 1, cette disposition s'applique tant dans le contexte de l'investigation policière que dans le cas des mesures prises sur mandat du ministère public. Dans cette dernière situation, l'intéressé devra bien entendu dans tous les cas être menacé par écrit d'un mandat d'amener. On peut aussi imaginer que le ministère public formule le mandat donné à la police de telle sorte qu'il inclue l'autorisation de décerner un mandat d'amener dans l'éventualité où la personne sollicitée ne comparaîtrait pas.

2.5.2.2 Section 2 **Mandat d'amener** (art. 205 à 207)

Pour la personne qui est l'objet d'un mandat d'amener, cette mesure se traduit par une privation de liberté. Le mandat d'amener aurait donc aussi pu être traité au chapitre «Privation de liberté». Comme cette mesure est très étroitement liée au mandat de comparution, on a malgré tout préféré régir le mandat d'amener dans le même chapitre que le mandat de comparution.

Art. 205 Conditions et compétence

Al. 1: le principe de proportionnalité impose une grande modération dans le recours à la possibilité prévue à la *let. b* de renoncer au mandat de comparution pour décerner directement un mandat d'amener. Ce raccourci peut se justifier, par exemple, lorsque la personne qui en est l'objet a annoncé son intention de ne pas donner suite à un mandat de comparution ou si elle a régulièrement manqué de comparaître soit dans la procédure en cours soit dans le cadre de procédures antérieures.

La *let. c* s'applique aux cas dans lesquels un prévenu, des personnes appelées à donner des renseignements, mais aussi, exceptionnellement, des témoins, doivent être entendus sans attendre, par exemple lorsque l'on estime qu'il y a risque de

collusion. Toutefois, là encore, on ne fera usage de cette possibilité qu'avec la plus grande retenue.

La disposition de la *let. d* sera souvent appliquée en prévision de l'ouverture d'une procédure de mise en détention provisoire. Les autorités y auront recours avant tout dans les cas où la personne suspectée n'aura pas été arrêtée par la police, mais où le soupçon grave et les motifs présumés de mise en détention ressortent, par exemple, d'une plainte adressée directement au ministère public.

Al. 2: le mandat d'amener peut être décerné uniquement par le ministère public, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions ou la direction de la procédure du tribunal saisi de l'affaire ou du tribunal des mesures de contrainte. La police n'a donc pas la compétence de décerner un mandat d'amener, même pas dans le cadre de la procédure d'investigation. Elle peut menacer l'intéressé d'un mandat d'amener, mais l'exécution de la mesure doit être ordonnée par le ministère public.

Art. 206 Forme du mandat d'amener

Al. 2: il va de soi que les conséquences juridiques auxquelles s'exposent les personnes ne donnant pas suite à un mandat de comparution (au sens de l'art. 199, al. 2, let. f) ne doivent pas être mentionnées spécialement dans le mandat d'amener.

Art. 207 Procédure

La notion de «personnes concernées» (*al. 1*) ne se rapporte pas uniquement à la personne visée par le mandat d'amener. En effet, la police doit aussi avoir des égards, par exemple, pour les membres de la famille de la personne faisant l'objet d'un mandat d'amener, notamment pour les enfants en bas âge.

L'obligation de conduire la personne visée devant l'autorité au sens de l'al. 2 s'applique sous réserve d'un ordre contraire donné par cette autorité. Le ministère public, en sa qualité d'autorité dirigeant l'instruction, peut ainsi ordonner qu'une personne soit d'abord remise à la police pour de premières investigations. A défaut d'ordre de ce genre, la personne visée doit immédiatement être remise au ministère public.

Le plus souvent, l'acte de procédure mentionné à *l'al. 3* sera une audition. Il peut cependant aussi s'agir d'un autre acte de procédure pour lequel un mandat de comparution ou un mandat d'amener peut être décerné, par exemple d'une confrontation d'un prévenu avec un témoin.

2.5.2.3 Section 3 **Recherches** (art. 208 et 209)

Art. 208 Principes

La disposition est conçue en fonction des deux buts que peuvent avoir les recherches: déterminer le lieu de séjour d'une personne (*al. 1*) ou arrestation et conduite d'une personne devant l'autorité (*al. 2*).

Selon *l'al. 1,* des recherches peuvent être ordonnées à l'encontre de toute personne dont le lieu de séjour est inconnu et dont la présence est impérativement nécessaire dans le contexte de la procédure. Des témoins peuvent ainsi être l'objet de recher-

ches si l'on souhaite déterminer leur lieu de séjour afin de pouvoir leur notifier un mandat de comparution.

Ne peuvent, par contre, faire l'objet d'un avis de recherche en vue d'arrestation et de conduite devant l'autorité au sens de l'*al. 2* que des prévenus et cela uniquement s'ils sont fortement soupçonnées d'avoir commis une infraction et s'il existe des motifs d'arrestation (par exemple risque de fuite). La compétence d'ordonner des recherches en vue d'arrestation ou de conduite devant l'autorité est la même que pour l'avis de recherche servant à déterminer le lieu de séjour d'une personne au sens de l'al. 1. Lorsqu'il s'agit d'assurer la présence dans la procédure d'une personne non prévenue dont on ignore le lieu de séjour, il faut donc commencer par lancer un avis de recherche au sens de l'al. 1 afin de pouvoir lui faire parvenir ensuite un mandat de comparution ou un mandat d'amener aux conditions fixées à l'art. 205.

Le CPP se contente d'énoncer les conditions auxquelles des recherches peuvent être ordonnées, mais ne fait pas mention des instruments de recherche. Ceux-ci sont spécifiés dans la législation sur la police ainsi que dans le droit administratif. La disposition de *l'al. 3* est conforme à ce principe dans la mesure où toute requête spécifique du ministère public, des autorités pénales compétentes en matière de contraventions ou du tribunal est qualifiée d'exceptionnelle. Normalement, c'est, en effet, à la police que revient le choix des instruments et des mesures de recherche.

2.5.3 Chapitre 3 Privation de liberté, détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté

Si certaines mesures privatives de liberté, comme le mandat d'amener (art. 205 ss), sont réglementées dans d'autres parties de la loi, les principales se trouvent régies au chapitre 3. Selon le stade de la procédure et la gravité des soupçons pesant sur la personne en cause, elles sont qualifiées d'appréhension, d'arrestation provisoire, de détention provisoire ou de détention pour des motifs de sûreté. Les sections consacrées aux différentes mesures sont complétées par des dispositions générales et des dispositions relatives à l'exécution de la détention ainsi qu'aux mesures de substitution.

2.5.3.1 Section 1 **Dispositions générales** (art. 210 à 213)

Art. 210 Principes

Cette disposition vient rappeler deux règles déjà établies ailleurs: d'abord le principe, expressément formulé à l'art. 9, ch. 3, 2e phrase, PIDCP, selon lequel le prévenu doit rester en liberté en attendant de passer en jugement; ensuite, le principe déjà énoncé à l'art. 194, al. 1, let. a, selon lequel tout acte des autorités présuppose une base légale. Les dispositions de l'*al. 2, let. c,* et de *l'al. 3* rappellent, quant à elles, le principe de proportionnalité.

Art. 211 Port des menottes

Le port de menottes peut être imposé uniquement au prévenu et seulement aux conditions mentionnées de manière exhaustive. Dans certains cas, il y aura bien entendu coïncidence de plusieurs motifs: le fait que quelqu'un s'oppose à une mesure de contrainte entraînant une privation de liberté (*let. a*), permettra souvent de conclure à un danger de fuite (*let. b*); dans la perspective du transport de plusieurs personnes, pour citer un autre exemple, on devra souvent admettre qu'il existe tant un danger de fuite fondé qu'un danger imminent pour les intéressés eux-mêmes ou pour des tiers (*let. c*).

Dans le cas d'espèce, la durée et les limites de la mesure de port des menottes seront fixées en fonction du principe de proportionnalité (l'art. 210, al. 2, let. c, s'applique aussi en l'occurrence) et compte tenu de l'interdiction des traitements dégradants au sens des art. 7 Cst. et 3 CEDH. Cette interdiction est surtout significative lorsque la personne menottée doit se montrer en public.

Art. 212 Visite domiciliaire

L'al. 1. renvoie aux dispositions des art. 243 et 244. Etant donné que les personnes devant être appréhendées ou arrêtées sont toujours des «personnes recherchées» au sens de l'art. 243, al. 2, let. a, la police ne peut pas se contenter du consentement de l'ayant-droit pour pénétrer dans des locaux afin d'y appréhender ou d'y arrêter des personnes, mais doit être en possession d'un mandat de perquisition. Lorsque la police est appelée à pénétrer dans des locaux pour exécuter un mandat d'amener, les conditions à respecter sont définies aux art. 206 et 207, al. 4.

L*'al. 2* va plus loin en autorisant la police à pénétrer dans des locaux pour appréhender ou arrêter des personnes sans mandat de perquisition lorsqu'il y a péril en la demeure.

Art. 213 Information

Selon l'art. 31, al. 2, 3e phrase, Cst., toute personne privée de sa liberté a le droit d'en faire informer ses proches. La disposition de *l'al. 1* va encore plus loin que ce droit garanti par la constitution en *obligeant* l'autorité pénale compétente à informer les proches de la personne arrêtée, à moins que celle-ci s'y oppose expressément ou que le but de l'instruction l'interdise (*al. 2*). Il faut bien admettre que cette nouvelle réglementation ne provoquera vraisemblablement pas de grands changements dans la pratique par rapport au régime autorisant les personnes intéressées à obtenir que leurs proches soient informés: le droit d'opposition au sens de l'al. 2, dont dispose la personne concernée selon la nouvelle réglementation oblige les autorités à lui faire part de leurs intentions même si elles ont en principe l'obligation d'informer.

Le droit à l'information des proches est garanti non seulement en cas de détention provisoire ou de détention pour des motifs de sûreté, mais également en cas d'arrestation provisoire au sens des art. 216 ss Il doit donc aussi être respecté par la police.

L'al. 2 fait état des restrictions à l'obligation d'informer, à savoir l'opposition de la personne concernée et la mise en péril de l'instruction. L'opposition de la personne intéressée à l'information de ses proches doit être expresse. Il serait donc bon qu'elle soit mentionnée au procès-verbal. Le but de l'instruction interdit l'information si l'on pense qu'il y a risque de collusion. A lui seul, le risque de fuite ne justifie par

contre pas une dérogation à l'obligation d'informer, car il peut être écarté d'une autre manière. Bien que la loi ne prévoie pas de durée maximale de la restriction de l'information pour cause de mise en péril de l'instruction, les autorités pénales sont tenues d'éliminer les motifs de restriction le plus rapidement possible.

Contrairement à l'obligation d'informer au sens de l'al. 1, on a volontairement renoncé à assujettir l'obligation d'informer les services sociaux, prévue à *l'al. 3*, à la condition que le prévenu ne s'y oppose pas et que le but de l'instruction ne l'interdise pas. L'intérêt qu'ont les personnes qui dépendent du prévenu à l'assurance de leur existence prime en effet tant le droit de veto du prévenu que l'intérêt à la restriction de l'obligation d'informer aux fins de limiter les risques de collusion. L'antinomie entre cette disposition et celle qui prévoit l'obligation d'informer est atténuée par le fait que l'information au sens de l'al. 3 ne doit pas avoir lieu immédiatement, mais seulement lorsque la personne qui dépend du prévenu se trouve en difficulté. En règle générale – sauf dans le cas où le prévenu élève seul ses enfants – cela n'arrivera que quelque temps après l'arrestation ou le transfert en détention provisoire ou en détention pour des motifs de sûreté, ce qui laissera aux autorités pénales le temps de prendre les renseignements nécessaires. L'autorité pénale a l'obligation d'informer les services sociaux même lorsqu'elle ne fait que supposer, compte tenu des circonstances, que des personnes dépendant du prévenu risquent de connaître des difficultés. On ne peut, en revanche, pas attendre d'elles qu'elles prennent des renseignements détaillés.

L'al. 4 sert les intérêts des victimes au sens de l'art. 114 en prévoyant qu'elles doivent être informées de la détention ou de la libération du prévenu. Peu importe, dans ce contexte, que la victime se soit constituée partie plaignante ou non. L'information doit être fournie par l'autorité ayant ordonné la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté (soit par le tribunal des mesures de contrainte) ou la libération du prévenu (le ministère public, le tribunal des mesures de contrainte ou le tribunal saisi de l'affaire, selon les circonstances). En cas d'évasion, l'obligation d'informer incombe à l'autorité responsable de la direction de la procédure au moment de la disparition du prévenu.

La 2e phrase de l'al. 4 tient compte des intérêts du prévenu: il s'impose de renoncer à prévenir la victime dans le cas où celle-ci ou son entourage a proféré des menaces sérieuses à l'encontre du prévenu.

2.5.3.2 Section 2 **Appréhension et droit de suite** (art. 214 et 215)

Art. 214 Appréhension

Lors d'une appréhension (parfois aussi appelée contrôle d'identité), la police restreint passagèrement la liberté de mouvement de personnes dans l'exercice de son droit d'investigation. Il est donc nécessaire de créer une base légale qui régisse cette procédure, ainsi que l'ont déjà fait plusieurs cantons lors de la révision de leurs procédures pénales. Si l'appréhension est une mesure à laquelle la police a recours essentiellement dans les lieux publics, elle peut aussi, selon l'art. 212, être appliquée dans des locaux non publics, à condition que les dispositions relatives à la perquisition soient observées. L'appréhension permet à la police d'établir l'identité d'une personne et de déterminer si elle a commis une infraction ou si elle a un lien quel-

conque avec celle-ci (si, par exemple, elle a vu quelque chose ou se trouve en possession d'objets recherchés).

Pour procéder aux vérifications mentionnées à l'al. 1, la police peut, au besoin, conduire la personne appréhendée au poste. Dans ce cas, la mesure d'appréhension se rapproche par ses effets de l'arrestation par la police au sens de l'art. 216, au point qu'il est légitime de s'interroger sur la différence entre les deux mesures. L'arrestation présuppose que la personne visée soit soupçonnée de manière concrète d'avoir commis une infraction, alors que l'appréhension doit permettre de définir le cercle des personnes soupçonnées. Si la personne emmenée au poste est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale, la suite de la procédure doit donc répondre aux dispositions en matière d'arrestation. La police n'a, en effet, pas le droit de retenir une personne soupçonnée au titre d'une simple appréhension. La réponse à la question de la durée admissible d'une appréhension (dans le cadre de laquelle la personne appréhendée est amenée au poste de police) vient s'inscrire dans cette même logique: si un bref interrogatoire (à noter que l'exigence de la brièveté porte non seulement sur l'interrogatoire en tant que tel, mais sur toute la durée du séjour au poste) ne fait pas naître des soupçons concrets, la personne appréhendée doit être libérée immédiatement. Dans le cas contraire, il doit y avoir arrestation. Au sujet de la durée, relevons que si la personne arrêtée est gardée au poste pendant plus de trois heures, l'arrestation doit être ordonnée par des membres de la police revêtant un certain grade (art. 218, al. 5). En conclusion, le séjour au poste d'une personne appréhendée doit (précisément parce qu'il n'existe contre elle aucun soupçon concret) durer nettement moins de trois heures au total.

On a créé à l'*al. 2* une base légale définissant clairement les obligations des personnes appréhendées et limitant tout aussi clairement les atteintes à leurs droits fondamentaux. Peu importe, à ce stade de la procédure, que les personnes amenées au poste soient soupçonnées ou non. Les prévenus n'ont donc pas à se prononcer sur les accusations dont ils sont l'objet, mais doivent en revanche décliner leur identité. L'obligation de présenter ses papiers d'identité et les objets transportés ainsi que d'ouvrir les bagages ou le véhicule est confirmée par l'art. 240, al. 3, en liaison avec l'art. 249, al. 1, selon lesquels la police est autorisée à fouiller les vêtements des personnes appréhendées, les objets qu'elles transportent ainsi que le véhicule utilisé.

La possibilité qu'a la police de demander à des particuliers de lui prêter main forte (*al. 3*) ne signifie pas que ceux-ci ont l'obligation de l'aider. Contrairement à ce qui est prévu dans certains codes cantonaux de procédure pénale, on a en effet estimé que l'on ne pouvait pas exiger de particuliers qu'ils s'exposent contre leur gré aux dangers inhérents à une appréhension. Les particuliers qui subissent des dommages en apportant néanmoins leur aide à la police ont droit à une juste compensation ainsi qu'à une réparation du tort moral (art. 442).

La mesure régie à l'*al. 4* est aussi connue sous le nom de «descente de police». Elle a ceci de particulier qu'elle peut être ordonnée même s'il est vraisemblable qu'un grand nombre de personnes touchées par cette mesure n'ont rien à voir avec l'infraction en cause. Cette disposition a été ajoutée parce que l'on voulait qu'il soit bien clair que le principe de proportionnalité ne s'oppose pas a priori à cette mesure. Ce principe ainsi que l'exigence d'un intérêt public suffisant doivent néanmoins être dûment pris en compte. Il paraîtrait ainsi approprié de boucler un jardin public après une agression ayant entraîné des lésions corporelles graves, mais non de fermer un aéroport à la suite du vol d'un porte-monnaie. La disposition de l'al. 4 permet uniquement de bloquer les issues d'un lieu et d'appréhender des personnes. Si la police

juge utile de pénétrer dans des locaux non publics, elle doit se plier aux dispositions de l'art. 212.

Art. 215 Droit de suite

Par droit de suite, on entend le droit qu'a la police de franchir les limites de sa zone de compétence territoriale lors de la poursuite d'un prévenu pour intervenir dans un secteur relevant de la compétence d'un autre corps de police. Ce droit est aujourd'hui régi à l'art. 356 CP (art. 360 nCP[311]). Comme il s'agit d'une disposition de procédure, il est préférable de la transférer dans le code de procédure pénale.

La nouvelle disposition reprend les éléments essentiels de l'art. 356 CP. A l'*al. 1,* le droit de suite est étendu dans les limites des traités internationaux (par exemple, de l'accord d'association à Schengen du 26 octobre 2004[312] , l'Accord du 27 avril 1999 entre la Suisse et l'Allemagne en matière de police[313] , l'Accord du 11 mai 1998 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière[314]).

Le droit de suite de la police des autoroutes est régi à l'art. 57*a*, al. 2, de la loi fédérale du 13 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR)[315].

2.5.3.3 Section 3 **Arrestation provisoire** (art. 216 à 218)

L'arrestation provisoire est une mesure privative de liberté qui est normalement prise par la police, mais qui peut aussi, même si cela arrive plus rarement, être le fait de particuliers (art. 217). Contrairement à la détention provisoire ou à la détention pour des motifs de sûreté, elle ne doit pas être ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte.

Au sens strict, on aurait pu considérer l'arrestation provisoire comme la phase de la privation de liberté durant laquelle une personne est arrêtée par la police ou des particuliers en application des art. 216 et 218 pour être remise en liberté après de premières investigations ou amenée au ministère public. La loi définit, toutefois, la notion d'arrestation provisoire de manière plus large: comme elle ne régit et ne définit pas spécialement la privation de liberté durant la procédure de mise en détention conduite par le ministère public, la privation de liberté durant la phase comprise entre la présentation au ministère public et la décision de mise en détention prise par le tribunal des mesures de contrainte est, elle aussi, régie par les dispositions relatives à l'arrestation provisoire.

Art. 216 Arrestation par la police

L'arrestation est une mesure qui peut être prise par n'importe quel membre de la police au sens de l'art. 15; il n'est pas nécessaire que le policier qui y procède ait un grade ou une autorisation particulière. L'arrestation doit, en revanche, être ordonnée par un membre du corps de police habilité par la Confédération ou le canton si la

311 FF **2002** 7658
312 FF **2004** 6709
313 RS **0.360.136.1**
314 RS **0.360.349.1**
315 RS **741.01**

personne arrêtée n'est prévenue que d'une contravention et si l'arrestation dure plus de trois heures (art. 218, al. 5).

Lorsque la police surprend une personne en flagrant délit de crime ou de délit, qu'elle l'a interceptée immédiatement après un tel acte ou qu'elle a reconnu une personne signalée en vue de son arrestation, elle est tenue de l'arrêter (*al. 1*). Les membres de la police ont cependant la possibilité de déroger à cette obligation s'ils ne peuvent pas procéder à l'arrestation sans s'exposer à un danger immédiat. Cela pourrait être le cas par exemple si la police est nettement inférieure en nombre aux délinquants ou si un policier assiste à des actes délictueux ou criminels dans un milieu dans lequel il s'est introduit comme agent infiltré. Lorsque les soupçons à l'égard d'un prévenu ne résultent pas d'observations directes faites par la police elle-même, elle n'a pas l'obligation, mais seulement le droit d'arrêter le suspect (*al. 2*). Dans les deux cas, l'arrestation doit permettre d'établir l'identité de la personne arrêtée, de procéder aux investigations nécessaires pour confirmer ou écarter les soupçons et de déterminer s'il existe des motifs de détention (art. 218).

Lorsque la police surprend une personne en flagrant délit de contravention, son arrestation, compte tenu du principe de proportionnalité, n'est admissible qu'à des conditions très strictes, raison pour laquelle les cas dans lesquels une arrestation est possible sont énumérés de manière exhaustive à *l'al. 3*. La disposition de la *let. a* doit permettre d'établir les faits, celle de la *let. b* de garantir l'exécution et celle de la *let. c* de prévenir toute récidive. Comme toute personne arrêtée provisoirement doit être amenée devant le ministère public dans les 24 heures qui suivent son appréhension ou son arrestation pour être, le cas échéant, mise en détention provisoire (art. 218, al. 4), mais comme la mise en détention provisoire est exclue dans le cas d'une personne prévenue d'une simple contravention (cf. art. 220, al. 1), l'arrestation d'une personne prévenue d'une contravention ne doit pas durer plus de 24 heures.

Art. 217 Arrestation par des particuliers

Concordant avec la plupart des procédures pénales, *l'al. 1* autorise les particuliers à arrêter des personnes. Ce droit des particuliers est toutefois plus restreint que le droit équivalent de la police. Tout d'abord, il est subsidiaire à celui de la police et ne peut être exercé que si l'aide de celle-ci ne peut pas être obtenue à temps. Ensuite, le droit des particuliers d'arrêter une personne se limite aux cas où celle-ci a été surprise en flagrant délit ou interceptée immédiatement après l'acte. Enfin, les particuliers n'ont pas le droit d'arrêter une personne prévenue d'une simple contravention. Dans le cas d'infractions d'importance mineure[316], par exemple le vol de marchandises d'une valeur inférieure à 300 francs, le prévenu ne peut pas être arrêté par des particuliers. Pour autant que le particulier ait conscience de l'importance mineure de l'infraction, les seuls instruments dont il dispose sont ceux de la protection de la possession (art. 926 CC) et de l'usage autorisé de la force (art. 52, al. 3, CO), prévus dans le droit civil. S'il pensait, par contre, que la valeur de la marchandise ou le montant du dommage n'était pas seulement d'une importance mineure, il peut invoquer son droit d'arrestation.

316 Selon l'art. 172ter CP, les infractions contre le patrimoine se transforment en simples contraventions lorsque l'acte ne visait qu'un élément patrimonial de faible valeur ou un dommage de moindre importance. Le Tribunal fédéral a fixé la limite de la «faible valeur» à 300 francs (ATF **121** IV 261; **123** IV 113).

Contrairement à la situation dans laquelle la police demande à des particuliers de lui prêter main forte lors d'une appréhension (art. 214, al. 3), les particuliers qui procèdent à une arrestation au sens de cette disposition n'agissent pas en qualité d'«auxiliaires» de la police, mais assument eux-mêmes la responsabilité de leurs actes et agissent à leurs propres risques et périls. S'ils subissent un dommage dans le contexte d'une telle arrestation, ils ne pourront donc pas faire valoir de prétentions au sens de l'art. 442.

Art. 218 Procédure appliquée par la police

Comme *l'al. 1* oblige la police à établir «immédiatement» l'identité de la personne arrêtée, la police doit en premier lieu prendre des mesures permettant de déterminer les noms et adresse de l'intéressé, par exemple en l'interrogeant ou en recherchant ses papiers d'identité. Relevons toutefois que l'identification ne conditionne pas la poursuite de la procédure au sens de l'art. 220 et que l'obligation de la police d'y procéder immédiatement ne l'empêche pas d'ordonner d'autres mesures d'identification prenant plus de temps, comme l'établissement d'un profil d'ADN.

L'al. 2 fait référence à l'art. 156, selon lequel le défenseur d'un prévenu peut prendre part aux interrogatoires de celui-ci. Il s'agit là d'un simple droit accordé au défenseur et non d'une interdiction de conduire un interrogatoire en l'absence de la défense. Un empêchement du défenseur ne fait donc pas obstacle à l'interrogatoire. Etant donné que la durée maximale de l'arrestation est limitée, toute solution divergente aurait été irréalisable.

Selon *l'al. 4*, la durée de la garde à vue ne doit pas excéder 24 heures à compter de l'appréhension ou de l'arrestation. La réglementation selon laquelle la durée d'une appréhension est imputée sur la durée maximale de la garde à vue permet d'éviter que la difficulté qu'il peut y avoir à faire la distinction entre appréhension (surtout lorsque la personne appréhendée est amenée au poste de police) et arrestation provisoire ne soit à l'origine d'inexactitudes lors du calcul de la durée du séjour au poste et ne prolonge de facto la privation de liberté de plusieurs heures. Il en résulte aussi que la durée maximale est toujours calculée selon les mêmes critères. Peu importe donc que la personne conduite au poste ait été arrêtée par la police ou par des particuliers, au sens de l'art. 217, puisque la restriction de sa liberté de mouvement est la même dans les deux cas. Lorsque le prévenu est conduit devant ministère public, il doit être présenté au procureur avant l'expiration du délai. Si, par exemple, une personne est arrêtée dans une vallée reculée des Grisons, il ne suffit pas qu'elle soit remise dans les 24 heures à l'autorité responsable de son transfert et de sa présentation devant le ministère public genevois compétent en l'occurrence.

L'al. 5 prévoit des règles plus strictes pour le cas où l'arrestation se rapporte à une contravention.

2.5.3.4 Section 4 Détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté; dispositions générales (art. 219 à 222)

Art. 219 Définitions

En faisant la distinction entre détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté, on indique le stade de la procédure auquel la détention est ordonnée ou exécutée: jusqu'à la fin de l'instruction, on qualifie la détention de provisoire; dès qu'une affaire est pendante devant le tribunal de première instance (cf. art. 329, al. 1), on parle de détention pour des motifs de sûreté. Alors que la détention provisoire a essentiellement pour but de garantir les objectifs de la procédure d'instruction, la détention pour des motifs de sûreté vise à assurer la disponibilité du prévenu durant la procédure de première instance et la procédure de recours ainsi qu'à garantir l'exécution consécutive des sanctions privatives de liberté.

La détention provisoire ne peut être ordonnée que durant l'instruction par le ministère public (art. 307 ss), mais non durant la procédure d'investigation de la police au sens des art. 305 s. La libération peut être ordonnée sur demande (art. 227) ou d'office, si les motifs de détention sont caducs. Faute d'un jugement entré en force, le commencement de la sanction privative de liberté représente toujours une exécution anticipée au sens de l'art. 235.

Art. 220 Conditions

Selon *l'al. 1,* la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté sont admissibles uniquement en cas de crime ou de délit et à condition que le prévenu soit fortement soupçonné d'une infraction relevant de l'une de ces deux catégories. Aux let. a à c, on trouve les motifs de détention, dont un au moins doit venir s'ajouter au grave soupçon.

Les dispositions figurant aux *let. a et b* font état des motifs de détention «classiques» que sont le risque de fuite et le risque de collusion; on retrouve ces motifs de détention dans tous les codes cantonaux de procédure pénale.

Le risque de récidive est un motif de détention qui ne se retrouve pas dans toutes les lois de procédure pénale, mais dans bon nombre d'entre elles, même si les réglementations qu'elles prévoient ne sont pas uniformes. La raison que l'on peut avoir de mentionner ce risque est double: d'une part, on se donne ainsi les moyens de mener à terme une procédure en cours en empêchant le prévenu de retarder, voire d'empêcher la clôture de la procédure par la poursuite de son comportement délinquant[317]; d'autre part, il s'agit tout simplement d'un moyen de prévenir un danger et donc, au fond, d'une mesure de contrainte conservatoire prise par la police. Comme la disposition de *l'al. 1, let. c*, n'exige pas que le prévenu ait commis un délit alors que la procédure était en cours, le motif de détention que constitue le risque de récidive vise ici le second objectif. Pour éviter que des personnes soient mises en détention provisoire sur la base de suppositions non confirmées, la loi y met plusieurs obstacles: il faut d'abord que le prévenu soit fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit; ensuite, il faut qu'il ait déjà commis *des* infraction*s* (donc deux au minimum) du même genre

317 Tel est l'objectif, par exemple, de la réglementation bernoise; cf. *Jürg Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessrecht, Berne etc. 1997, n. 1113; *Thomas Maurer*, Das bernische Strafverfahren, Berne 2003, p. 296.

que celle «qu'il y a sérieusement lieu» de redouter. Il faut donc que soit du même genre que les infractions commises par le passé non pas le crime ou le délit que le prévenu est fortement soupçonné d'avoir commis, mais celui que l'on a sérieusement lieu de redouter. En règle générale, la crainte de récidive sera néanmoins inspirée par l'acte que le prévenu est fortement soupçonné d'avoir commis. Le fait qu'il soit question d'un acte du même genre ne signifie pas que l'infraction doit être parfaitement identique, car la nature exacte de l'infraction ne peut pas encore être déterminée de manière précise à ce stade de la procédure.

Le risque que le prévenu passe à l'acte – motif de détention qui est l'objet de *l'al. 2* – se retrouve dans certains codes de procédure pénale. Il est aussi mentionné expressément à l'art. 5, par. 1, let. c, CEDH. Signalons aussi que le Tribunal fédéral a déclaré légale une mise en détention pour cause de risque de passage à l'acte fondée sur le § 58, al. 2, du code de procédure pénale du canton de Zurich[318]. Dans le cadre de la procédure de consultation, la possibilité d'ordonner la détention d'une personne dont on craint qu'elle passe à l'acte a fait l'objet de commentaires détaillés mais n'a suscité que quelques oppositions de principe[319]. Le raisonnement sur lequel est fondée la détention pour risque de passage à l'acte est le suivant: on suppose qu'un crime ou un délit grave pourrait être commis sans toutefois pouvoir se référer à une infraction pénale ayant déjà eu lieu. La condition du grave soupçon est donc inopérante dans ce cas et doit être remplacée par un risque concret de passage à l'acte («il y a sérieusement lieu de craindre»). Comme la personne arrêtée n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction, il n'est question, dans la disposition, ni de prévenu ni de détention provisoire. Les dispositions se rapportant à la détention provisoire (notamment en matière de mise en détention, de libération, de prolongation et d'exécution) sont néanmoins applicables par analogie à la détention pour risque de passage à l'acte.

Art. 222 Relation du prévenu avec le défenseur

Etant donné que l'art. 218, al. 2, en liaison avec l'art. 156 autorise déjà le défenseur à prendre part à l'interrogatoire du prévenu dans le cadre de l'arrestation provisoire, il est logique que le défenseur puisse aussi assister à l'audition du prévenu dans le cadre de la procédure de détention. Le droit de consulter le dossier dans la procédure de détention est régi par l'art. 224, al. 2.

L'al. 2 s'applique uniquement aux cas dans lesquels ni détention provisoire ni détention pour des motifs de sûreté n'a encore été ordonnée, soit lorsque la procédure en question est encore en cours. Le prévenu dispose alors d'un droit absolu de communiquer avec son défenseur. Une fois que la détention a été ordonnée et durant la procédure de prolongation, le droit de communication avec le défenseur est régi par l'art. 234, al. 4.

318 ATF **125** I 361
319 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 52 s.

2.5.3.5 Section 5 **Détention provisoire** (art. 223 à 227)

Art. 223 Procédure de détention devant le ministère public

Le ministère public doit suivre la procédure décrite à *l'al. 1* lorsque la personne devant être arrêtée lui est présentée par la police, mais aussi lorsqu'il entend ordonner la détention provisoire d'une personne qu'il a lui-même citée à comparaître ou qui s'est rendue au ministère public de son plein gré.

L'al. 2 oblige simplement le ministère public à joindre les pièces essentielles pour le traitement de la demande, mais ne lui interdit pas d'en conserver certaines. Cela peut être judicieux, notamment lorsqu'il s'agit d'éviter que le prévenu puisse, en faisant usage du droit de consultation du dossier prévu à l'art. 224, al. 2, avoir connaissance d'éléments de l'instruction que l'on préfère, pour des raisons tactiques, ne pas divulguer à ce stade de la procédure.

Al. 3: aux termes des art. 236 ss, les mesures de substitution sont ordonnées par le tribunal des mesures de contrainte (art. 236, al. 4). Si le ministère public ordonne la mise en liberté du prévenu, cela signifie que celui-ci n'est plus privé de sa liberté au titre de la détention provisoire, mais non qu'il se retrouve entièrement libre de ses faits et gestes. Il est en effet possible que le ministère public remette le prévenu à une autre autorité, qui peut elle aussi avoir le pouvoir de restreindre la liberté de mouvement du prévenu, par exemple dans le contexte d'une mesure d'expulsion ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure.

Art. 224 Procédure de détention devant le tribunal des mesures de contrainte

En vertu des art. 5, par. 3, CEDH et 31, al. 3, Cst., toute personne qui est mise en détention provisoire doit être aussitôt traduite devant une autorité judiciaire, qui décide de la légalité de la privation de liberté. La réglementation de la procédure d'examen de la détention devant le tribunal des mesures de contrainte vient concrétiser ces règles de droit constitutionnel et de droit international au niveau de la loi tout en allant parfois même encore plus loin que celles-ci.

Al. 1: doivent être convoqués à l'audience le prévenu, son défenseur et le ministère public. Alors que le prévenu doit en tous les cas participer à l'audience (art. 203, al. 1), le défenseur a le droit, mais non l'obligation d'y prendre part (art. 144, al. 1, et 222, al. 1). Le ministère public a lui aussi un simple droit de participation, à moins que le tribunal des mesures de contrainte ne l'oblige expressément à être présent.

Bien qu'absolu, le droit de consulter le dossier au sens de *l'al. 2* ne porte que sur les pièces jointes à la demande de détention et non sur l'ensemble du dossier constitué par le ministère public.

Al. 3: sont considérées comme personnes pouvant, à juste titre, ne pas se présenter à l'audience celles qui ne sont pas tenues d'y assister – soit le défenseur et le ministère public – à moins que le tribunal des mesures de contrainte ne les ait obligé à y participer, de même que celles qui sont dispensées de se présenter. Le traitement des demandes de dispense ne doit toutefois pas provoquer un dépassement du délai de 48 heures prévu à l'art. 225, al. 1.

Si certaines procédures pénales exigent que l'administration de la preuve soit partie intégrante de la procédure de détention, d'autres l'excluent carrément de cette procédure. La jurisprudence du Tribunal fédéral est toutefois venue assouplir cette

exclusion[320] et justifie que l'on admette l'administration de la preuve dans une certaine mesure au sens de l'*al. 4*. Il s'agit essentiellement de permettre au tribunal de recueillir les preuves immédiatement disponibles confirmant l'alibi du prévenu.

Aux termes des dispositions mentionnées de la Constitution fédérale et de la Convention européenne des droits de l'homme, l'intéressé doit comparaître devant un juge de manière obligatoire, c'est-à-dire sans que la requête doive en être faite. Il est donc possible de renoncer à l'audience orale uniquement si le prévenu le demande expressément, conformément à la disposition de *l'al. 5*.

Art. 225 Décision du tribunal des mesures de contrainte

Cette disposition règle certains détails de la décision par laquelle le tribunal des mesures de contrainte ordonne pour la première fois la mise en détention provisoire du prévenu. Compte tenu du renvoi figurant à l'art. 227, al. 4, elle s'applique aussi du moins partiellement à la décision relative à la demande de libération de la détention provisoire. La décision du tribunal des mesures de contrainte doit être prise au plus tard 96 heures après l'appréhension ou l'arrestation: il ne doit pas s'écouler plus de 24 heures entre l'appréhension ou l'arrestation et la comparution devant le ministère public (art. 218, al. 4) ainsi qu'entre celle-ci et la présentation de la proposition du ministère public au tribunal des mesures de contrainte (art. 223, al. 2), et pas plus de 48 heures entre la réception de la proposition et la décision du tribunal des mesures de contrainte (*al. 1*). Si ce délai maximum de 96 heures peut paraître relativement long, il se justifie toutefois par le fait que l'art. 224, al. 1, prévoit une procédure à laquelle participent non seulement le ministère public et le prévenu, mais aussi le défenseur, s'il le souhaite, et que cette procédure intervient déjà *avant* la mise en détention et non seulement *après*, lorsque le tribunal est appelé à statuer sur la prolongation de la détention ou sur la libération (art. 226 et 227). Une telle procédure appelle un temps de préparation (cf. art. 224, al. 2). Si l'on voulait raccourcir les délais, il faudrait limiter la procédure à la comparution et à l'audition du prévenu ainsi qu'à un examen sommaire sans administration de la preuve.

Al. 2: l'obligation de communiquer immédiatement la décision résulte de l'art. 31, al. 3, Cst. ainsi que de l'art. 5, par. 3, CEDH. Normalement, le tribunal des mesures de contrainte fait part de sa décision verbalement au terme de l'audience. La décision doit être notifiée par écrit si le prévenu avait renoncé à une audience orale au sens de l'art. 224, al. 5, ou si des personnes intéressées n'ont pas pris part à l'audience orale. Le prévenu qui bénéficie de l'assistance d'un défenseur doit lui aussi se voir notifier la décision accompagnée d'un exposé des motifs.

L'observation au sens de *l'al. 3* est jointe à la notification orale ou écrite de la détention provisoire.

Al. 4: la durée maximale à laquelle le tribunal des mesures de contrainte peut fixer la détention provisoire au sens de la let. a résulte de la disposition de l'art. 226, al. 1, selon laquelle le ministère public peut demander la prolongation de la détention après trois mois de détention. Le tribunal des mesures de contrainte peut non seulement limiter la durée de la détention provisoire, mais aussi astreindre le ministère public à procéder à certains actes d'instruction (*let. b*). Cette possibilité n'est pas contraire au principe de la séparation des fonctions, d'une part, de l'autorité chargée de l'instruction et de l'autorité chargée de l'accusation et, d'autre part, des tribu-

320 ATF **124** I 210 s.; ATF du 12.9.1996 dans: plädoyer 1/1997 p. 56.

naux. En exigeant ainsi que le ministère public procède à certains actes de procédure, le tribunal des mesures de contrainte désigne les éléments qui, selon lui, sont importants dans la perspective de la prolongation de la détention provisoire. Si le tribunal des mesures de contrainte ne peut pas obliger directement le ministère public à répondre à sa requête, il peut refuser de prolonger la détention provisoire si le ministère public ne lui donne pas satisfaction.

Aux termes de la *let. c*, le tribunal des mesures de contrainte a la possibilité d'ordonner des mesures de substitution même si celles-ci n'ont pas été proposées par le ministère public. Il ne peut, par contre, pas ordonner la détention provisoire si le ministère public s'est contenté de proposer des mesures de substitution.

Al. 5: le prévenu doit être mis en liberté immédiatement après la prise de la décision. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre l'exposé des motifs.

Art. 226 Demande de prolongation de la détention provisoire

Dans sa seconde phrase, la disposition de *l'al. 1* précise que la détention provisoire est limitée à trois mois.

Al. 2: le dernier délai pour le dépôt de la demande de prolongation de la détention provisoire a été fixé compte tenu de deux critères: d'une part, il faut que le tribunal des mesures de contrainte puisse ordonner une prolongation temporaire de la détention provisoire jusqu'à ce qu'il ait statué sur la demande de prolongation du ministère public (cf. al. 4) afin d'éviter que le prévenu, faute de titre de détention valable, ne soit libéré à l'échéance de la durée fixée initialement; d'autre part, le délai ne doit pas être fixé trop tôt, car cela obligerait le tribunal des mesures de contrainte à fonder sa décision sur des faits qui ne seront peut-être plus d'actualité au terme de la durée de détention. Le délai de quatre jours avant la fin de la période de détention provisoire permet de tenir dûment compte de ces deux intérêts divergents. Le ministère public reste en fait libre de présenter la demande de prolongation bien avant (même plusieurs semaines avant la fin de la durée de détention), mais il risque alors de voir sa demande rejetée parce qu'il ne parvient pas à apporter une preuve suffisante qu'il est nécessaire, *au terme de la durée de détention* initialement fixée, de prolonger la détention provisoire.

Al. 4: étant donné que le prévenu dispose de trois jours pour prendre position et que le tribunal des mesures de contrainte a cinq jours à compter de la réception de la réplique pour statuer, la décision de prolongation de la détention provisoire n'interviendra généralement qu'après la fin de la durée de détention. Or, le titre justifiant la privation de liberté échoit au terme de la durée de la détention provisoire. Pour éviter que le prévenu soit mis en liberté avant que la prolongation de la détention provisoire ait pu être décidée, le tribunal des mesures de contrainte a la possibilité d'ordonner une prolongation temporaire de la détention à titre de mesure transitoire. La demande de prolongation présentée par le ministère public est une base suffisante pour cette prolongation temporaire, qui dure jusqu'à ce que le tribunal ait statué.

L'al. 7 prévoit la possibilité de prolonger la détention provisoire de six mois dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'il est prévisible que le motif de détention existera toujours trois mois plus tard. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'il y a risque de collusion dans une procédure dans laquelle de grandes quantités de documents confisqués doivent être examinés et de nombreux témoins interrogés. Le ministère public peut réitérer sa demande de prolongation de la détention provisoire

autant de fois qu'il le jugera nécessaire, à condition qu'il la transmette au tribunal des mesures de contrainte quatre jours au moins avant l'échéance de la durée (prolongée) de la détention.

Art. 227 Demande de libération de la détention provisoire

Al. 4: sauf disposition contraire de l'art. 227, la procédure correspond à celle de mise en détention. Le tribunal des mesures de contrainte peut ainsi réduire la durée de la détention qui était prévue dans sa décision de détention provisoire ou de prolongation de la détention provisoire et astreindre le ministère public à exécuter certains actes d'instruction.

Al. 5: lorsqu'il rejette une demande de libération de la détention provisoire (mais non lorsqu'il ordonne la détention provisoire ou la prolongation de celle-ci), le tribunal des mesures de contrainte peut imposer au prévenu un délai durant lequel il ne pourra pas déposer de nouvelle demande de libération de la détention provisoire. Le Tribunal fédéral a estimé que cette mesure, qui vise à prévenir la présentation abusive de demandes de libération, n'était pas inadmissible d'une façon générale[321]. Le tribunal des mesures de contrainte doit toutefois faire preuve d'une très grande retenue dans l'utilisation de cet instrument, car il a toujours la possibilité, en se contentant d'exposer ses motifs de manière sommaire, de refuser d'entrer en matière sur les demandes manifestement abusives ou dilatoires. Le délai d'interdiction est néanmoins nécessaire, car le ministère public est tenu de se prononcer sur chaque demande de libération (cf. al. 2). S'il était donc sans cesse contraint de répondre à des demandes de libération abusives, le ministère public pourrait s'en trouver paralysé et ne plus avoir suffisamment de temps à consacrer à ses tâches essentielles.

2.5.3.6 Section 6 **Détention pour des motifs de sûreté** (art. 228 à 232)

Art. 228 Décision ordonnant la détention pour des motifs de sûreté

Avec le dépôt de l'acte d'accusation, la maîtrise de la procédure passe du ministère public au tribunal de première instance, plus précisément à la direction de la procédure de ce dernier. La compétence d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté ainsi que la procédure qui y aboutit doivent donc être régies séparément. Les solutions envisageables dans ce contexte sont au nombre de trois: la compétence peut être attribuée soit au tribunal de première instance – plus précisément à sa direction de la procédure – à une autorité spéciale de réception des actes d'accusation ou au tribunal des mesures de contrainte. C'est cette dernière solution qui a été choisie dans le projet. Ce modèle permet d'éviter que le tribunal de première instance, lorsqu'il ordonne la détention, s'expose au reproche d'avoir un avis préconçu en ce qui concerne la culpabilité du prévenu dont il est appelé à décider dans son jugement sur le fond. Cette réglementation est, en outre, logique au vu des compétences dans la procédure d'instruction: aux deux stades de la procédure, c'est à la direction de la procédure qu'il incombe de présenter la demande de détention au tribunal des mesures de contrainte.

321 ATF **123** I 231; **126** I 26

L'al. 1 s'applique uniquement à la détention pour des motifs de sûreté ordonnée dans la phase transitoire entre la procédure d'instruction et la procédure de jugement de première instance et non à la phase transitoire entre cette dernière et la procédure d'appel. Si, au moment du dépôt de l'acte d'accusation, le ministère public estime que les motifs de détention subsistent après la clôture de la procédure d'instruction, il doit, avec l'acte d'accusation, présenter une demande de détention pour des motifs de sûreté au tribunal des mesures de contrainte. Selon l'art. 328, al. 2, cette demande doit être accompagnée d'une copie de l'acte d'accusation. Comme, par définition, la détention provisoire se termine avec la notification de l'acte d'accusation au tribunal de première instance (art. 219, al. 1), le ministère public doit aussi présenter une demande de détention pour des motifs de sûreté si la durée de la détention provisoire fixée dans le cadre de la procédure préliminaire n'est pas encore écoulée.

Art. 229 Libération de la détention pour des motifs de sûreté durant la procédure de première instance

La libération de la détention pour des motifs de sûreté peut avoir lieu sans décision du tribunal des mesures de contrainte si tant le ministère public que la direction de la procédure l'approuvent. Dans tous les autres cas, la décision relève du tribunal des mesures de contrainte.

Art. 230 Détention pour des motifs de sûreté consécutive au jugement de première instance

Al. 1: lorsque la décision de placement ou de maintien en détention pour des raisons de sûreté doit être prise au moment du jugement, l'intervention du tribunal des mesures de contrainte n'est plus nécessaire, car le risque que la décision en matière de détention pour des motifs de sûreté soit considérée comme un motif de récusation n'existe plus à ce moment-là. L'expression «le prévenu qui a été condamné» doit être comprise au sens large: d'abord, la condamnation n'a pas encore force de chose jugée et ensuite, la question décisive n'est pas de savoir s'il y a eu condamnation, mais si le tribunal a ordonné une sanction privative de liberté. La détention pour des motifs de sûreté peut, en effet, aussi être ordonnée à l'encontre d'une personne qui a été acquittée pour cause d'irresponsabilité pénale, mais qui est considérée comme dangereuse et doit donc être internée.

Le tribunal renoncera à ordonner la détention pour des motifs de sûreté si le but visé peut être atteint par d'autres moyens (soit par des mesures de substitution, soit par l'exécution anticipée de la peine ou de la mesure au sens de l'art. 235).

L'al. 2 permet au ministère public de s'opposer à la mise en liberté d'une personne acquittée s'il estime que cette libération n'est pas justifiée. Prenons le cas d'un acquittement que le ministère public a l'intention de contester devant la juridiction d'appel. Comme la personne acquittée se trouvait en détention pour des motifs de sûreté jusqu'au jugement de première instance, il suffit que le ministère public en présente la demande («*poursuite* de la détention pour motifs de sûreté») pour que la personne acquittée soit maintenue en détention pour des motifs de sûreté à titre de mesure d'urgence. Ce droit du ministère public est limité à la procédure de première instance.

Art. 231 Détention pour des motifs de sûreté pendant la procédure d'appel

Dans le contexte de la procédure d'appel, la direction de la procédure de la juridiction d'appel tranche dans trois situations: (1) selon l'art. 230, al. 2, elle statue sur la prolongation de la détention pour des motifs de sûreté d'une personne acquittée demandée comme mesure provisoire et (2) sur les demandes de libération de la détention lorsque celle-ci a été ordonnée par une juridiction de première instance au sens de l'art. 230, al. 1, au titre de la prolongation de la détention pour des motifs de sûreté, ou par une juridiction d'appel au sens de l'art. 231, al. 2. (3) La disposition s'applique toutefois aussi au cas où la détention pour des motifs de sûreté a été ordonnée dans une procédure de révision (cf. art. 420, al. 4). Contrairement au tribunal de première instance, la direction de la procédure de la juridiction d'appel a la compétence, durant une procédure d'appel ou de révision, d'ordonner elle-même la détention pour des motifs de sûreté. Compte tenu de la hiérarchie des tribunaux, il serait en effet malvenu de permettre au tribunal des mesures de contrainte, statuant à un niveau inférieur, de décider des demandes présentées par la juridiction d'appel, qui est une instance supérieure.

2.5.3.7 Section 7 Exécution de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté (art. 233 à 235)

Art. 234 Exécution de la détention

Al. 2: sont en particulier soumis à autorisation les contacts personnels et verbaux – soit les visites et les appels téléphoniques – mais non la correspondance postale. Sauf exceptions, le courrier est contrôlé (*al. 3*).

Al. 4: si cette disposition interdit le contrôle du contenu des entretiens, du courrier et des conversations téléphoniques, elle ne s'oppose pas à l'installation d'une vitre de séparation dans le local de visite ou au contrôle du contenu des mallettes ou des sacs apportés par le défenseur. Si une restriction des relations avec le défenseur n'est pas, par principe, incompatible avec l'art. 6, par. 3, let. b, CEDH, elle n'en constitue pas moins une atteinte considérable aux droits de la défense. Il importe donc de poser des exigences très strictes en ce qui concerne la preuve de l'existence d'un risque d'abus. Une telle restriction doit, en outre, être approuvée par le tribunal des mesures de contrainte et ne peut être imposée qu'à titre temporaire.

Art. 235 Exécution anticipée des peines et des mesures

Al. 1: une peine ou une mesure ne peut être exécutée par anticipation que si le prévenu en a fait la demande et si la direction de la procédure l'a autorisée. Durant la procédure d'instruction, cette autorisation ne peut être donnée que si la présence du prévenu n'est plus requise dans le contexte de la procédure, autrement dit, si l'instruction touche à sa fin. Il n'est, par contre, pas indispensable que le prévenu soit passé aux aveux. La direction de la procédure devra tenir compte du fait que le risque de collusion est plus difficile à écarter durant l'exécution anticipée que pendant la détention provisoire.

Al. 2: comme l'exécution anticipée d'une mesure risque d'avoir une influence sur la sanction infligée, le ministère public doit avoir l'occasion de se prononcer sur la sanction qu'il entend requérir dans le cadre des débats afin que la direction de la procédure en soit informée.

2.5.3.8 Section 8 **Mesures de substitution** (art. 236 à 239)

Art. 236 Dispositions générales

Al. 1: les mesures de substitution sont ordonnées aux mêmes conditions que la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté. Il faut donc en particulier que le prévenu soit fortement soupçonné d'avoir commis l'infraction en cause.

L'énumération non exhaustive que l'on trouve à *l'al. 2* correspond pour l'essentiel aux catalogues figurant dans les procédures pénales cantonales. En réponse aux nombreuses demandes formulées dans le cadre de la procédure de consultation, la liste a été complétée par la mesure selon la *let. c*, qui est appliquée en particulier en cas d'infractions relevant de la violence domestique.

L'al. 3 contient la base légale nécessaire à la «surveillance électronique» dans le contexte de la procédure pénale.

Par l'expression «nouvelles circonstances» (*al. 5*) – qui peuvent amener le tribunal à prononcer la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté – il faut entendre, par exemple, la suppression d'une garantie ou l'expiration du délai d'une garantie bancaire limitée dans le temps.

2.5.4 Chapitre 4 Perquisitions, fouilles et examens

Les perquisitions, fouilles et examens permettent de trouver ou de mettre en sûreté des preuves, des valeurs patrimoniales ou des personnes. La *perquisition* est une recherche opérée dans des locaux ou sur des documents et enregistrements, alors que la fouille peut viser tant des personnes que des véhicules ou des objets. La *fouille* d'une personne se distingue de l'examen par son caractère superficiel: elle se limite à une inspection de la surface du corps ainsi que des cavités et orifices du corps qu'il est possible d'examiner sans l'aide d'un instrument (par exemple cavité buccale). L'*examen*, qui porte toujours sur des personnes (mortes ou vivantes), va plus loin et permet de contrôler aussi les parties invisibles des cavités et orifices du corps.

2.5.4.1 Section 1 **Dispositions générales** (art. 240 à 242)

Art. 240 Prononcé de la mesure

La compétence d'ordonner une mesure est régie à l'art. 195, dans les dispositions générales du titre consacré aux mesures de contrainte. Les perquisitions, fouilles et examens peuvent ainsi être ordonnés par le ministère public, les tribunaux, voire leur direction de la procédure dans les cas urgents, et, dans les cas prévus par la loi, par la police.

Al. 3: lorsqu'il y a péril en la demeure, l'examen des orifices du corps peut être ordonné par la police, mais doit être pratiqué par une personne définie à l'art. 251. Une simple fouille, en revanche, peut être opérée directement par la police s'il y a péril en la demeure (par exemple fouille de locaux opérée dans l'urgence).

L'al. 4 régit un cas spécial de péril en la demeure. Contrairement à ce qui est prévu dans la disposition générale de *l'al. 2*, la police n'est pas tenue d'informer les autorités pénales de la fouille ou de l'examen d'une personne appréhendée ou arrêtée.

Art. 241 Exécution

Outre cette disposition, il convient aussi d'observer les prescriptions relatives aux mesures spécifiques, par exemple à la perquisition (art. 244) ou à la fouille de personnes (art. 249).

Art. 242 Découvertes fortuites

Une perquisition, une fouille ou un examen est ordonné sur la base de soupçons se rapportant à une infraction concrète. Les résultats de la mesure ne seront toutefois pas forcément en rapport avec cette infraction, mais peuvent aussi conduire à une autre infraction, commise par le prévenu ou par un tiers. Celle-ci peut déjà avoir donné lieu à des poursuites ou être encore inconnue. Le traitement qu'il convient de réserver à ces découvertes fortuites ainsi que leur utilisation dans d'autres procédures ne sont que rarement régis dans les codes cantonaux de procédure pénale. Le projet autorise expressément l'exploitation de découvertes fortuites sans toutefois venir assouplir l'interdiction de la recherche indéterminée de preuves (aussi appelée «fishing expedition»), soit de perquisitions ou de fouilles qui ne sont pas motivées par un soupçon, mais qui, au contraire, ont pour but de fournir des indices propres à fonder un soupçon.

Al. 2: le rapport doit être transmis à la direction de la procédure ayant motivé la perquisition ou la fouille. Selon la situation, la direction de la procédure se chargera d'ouvrir ou de faire ouvrir une nouvelle procédure ou encore d'informer l'autorité pénale responsable de la procédure à laquelle se rapportent les objets ou documents découverts fortuitement.

2.5.4.2 Section 2 **Perquisitions** (art. 243 et 244)

Les dispositions relatives à la perquisition correspondent très largement au droit en vigueur au niveau fédéral ainsi que dans la plupart des cantons. La compétence d'ordonner et d'exécuter une perquisition découle de l'art. 195 en liaison avec l'art. 240.

Art. 243 Principe

Comme cela ressort du libellé de la disposition, l'*al. 2, let. a,* ne vise pas seulement le prévenu: un mandat d'amener décerné pour obtenir la comparution d'une personne citée comme témoin, par exemple, est un motif de perquisition suffisant.

Art. 244 Exécution

L'al. 4 permet, si besoin est, de procéder à une perquisition en l'absence des possesseurs des locaux ou d'autres personnes habilitées à les représenter.

2.5.4.3 Section 3 Perquisition de documents et enregistrements (art. 245 à 247)

Les règles particulières consignées dans cette section doivent aussi être observées lorsque des documents ou enregistrements doivent être soumis à une perquisition dans le contexte de la perquisition de locaux ou de la fouille de personnes, car il se peut alors que la mesure représente une menace particulière pour des informations secrètes dignes d'être protégées appartenant aux détenteurs ou à des tiers.

Art. 245 Principe

Sont considérés comme des documents ou des enregistrements toutes les informations consignées sur papier, les enregistrements audio et vidéo ainsi que les enregistrements sur d'autres supports de données, notamment ceux qui se trouvent sauvegardés sur support électronique, dans des installations destinées à l'enregistrement et au traitement d'informations. La compétence d'ordonner et d'exécuter une perquisition de ce genre est, elle aussi, régie par l'art. 195 en liaison avec l'art. 240.

Art. 246 Exécution

Pour des raisons pratiques, le droit d'être entendu au sens de *l'al. 1* n'appartient qu'aux détenteurs et détentrices des documents et enregistrements, donc aux personnes qui les possèdent effectivement. Les détenteurs, pour leur part, ont le droit non seulement de s'exprimer sur le contenu des documents ou enregistrements, mais aussi de demander leur mise sous scellés.

Al. 2: comme dans la procédure de mise sous scellés, les documents et enregistrements pertinents dans l'optique de la procédure doivent être séparés de ceux qui ne le sont pas, de même qu'il faudra faire le tri entre ceux qui doivent être protégés et ceux qui ne bénéficient pas d'une protection particulière. La responsabilité de ce tri peut être confiée à un expert. Un tel mandat d'expert peut se limiter à une simple tâche de soutien de l'autorité pénale comme il peut aussi porter sur l'opération de tri dans son intégralité et comprendre également la rédaction d'un rapport final.

Al. 3: les détenteurs des documents et enregistrements peuvent être contraints d'en faire des copies ou d'imprimer des informations enregistrées, l'autorité pouvant au besoin les menacer de faire application de l'art. 292 CP (Insoumission à une décision de l'autorité). Comme la définition des termes «documents et enregistrements» s'étend aussi aux informations qui se trouvent sur support informatique ou dans des systèmes de traitement électronique des données, l'obligation de tirer des copies ne se limite pas aux documents sur papier, mais porte aussi sur la fourniture de copies sur disquettes ou autres supports informatiques.

Art. 247 Mise sous scellés

La mise sous scellés est une mesure immédiate qui est ordonnée lorsque l'ayant droit parvient à empêcher temporairement la perquisition ou le séquestre de documents ou d'objets. Il suffit pour cela que la personne en possession des documents ou objets (par exemple une banque) ou la personne légalement autorisée à en disposer (par exemple le titulaire d'un compte bancaire) s'oppose à la perquisition ou au séquestre en faisant valoir un droit de refuser de déposer ou de témoigner (cf. art. 265) ou pour d'autres motifs (par exemple parce que les objets en cause contiennent, selon elle, des informations secrètes qui ne sont pas pertinentes dans le contexte de la procédure). Etant donné la nature provisoire de la mise sous scellés, il suffit que la personne s'opposant à la perquisition ou au séquestre rende ce genre de motifs vraisemblables. Pour éviter que l'autorité pénale prenne connaissance du contenu des documents ou objets malgré leur mise sous scellés, on a, dans la procédure préliminaire, attribué la compétence d'examiner la demande de levée des scellés au tribunal des mesures de contrainte. Le délai d'un mois dont le tribunal dispose selon *l'al. 3* pour statuer sur la demande de levée des scellés est un simple délai d'ordre qui peut être prolongé, par exemple si le volume de travail représenté par l'examen des documents est important ou si la procédure requiert l'avis d'experts. Le fait qu'un délai est fixé dans le CPP même vise toutefois à rappeler que la procédure ne doit pas être bloquée par l'examen d'une demande de levée des scellés et qu'au contraire, il y a lieu de tout mettre en œuvre pour que l'autorité compétente statue sur la levée des scellés dans le délai d'un mois.

2.5.4.4 Section 4 Fouille de personnes et d'objets (art. 248 et 249)

Art. 248 Principe

La notion de fouille de personnes est définie à l'art. 249, al. 1. La fouille d'objets, quant à elle, peut être définie par la négative: il s'agit de la fouille de biens mobiliers qui ne sont ni assujettis aux dispositions sur la perquisition (par exemple caravane) ni emportés par une personne. Peut ainsi être fouillé, par exemple, un voilier en cale sèche.

Une personne ou un objet peut être fouillé, notamment, s'il y a lieu de présumer que des objets susceptibles d'être séquestrés peuvent être découverts. A l'inverse, cette disposition interdit la fouille s'il y a lieu d'admettre qu'elle ne permettra de découvrir que des objets qui, selon l'art. 263, ne peuvent pas être séquestrés. Certains droits de refuser de témoigner influent donc sur l'admissibilité de la fouille par le biais de l'art. 263, al. 1, let. c.

2.5.4.5 Section 5 Examens corporels (art. 250 et 251)

Art. 250 Principe

Les examens corporels se distinguent de la fouille soit par leur intensité – l'atteinte à l'intégrité corporelle de la personne examinée est plus sérieuse dans la mesure où ils permettent aussi le contrôle des orifices et cavités du corps qu'il n'est pas possible

d'examiner sans l'aide d'un instrument – soit par leur but (il ne s'agit pas de trouver des objets ou des traces de l'infraction, mais de faire un constat de l'état physique ou mental de la personne).

La compétence d'ordonner des examens corporels revient, en principe, au ministère public et aux tribunaux ou, dans les cas urgents, à la direction de la procédure (cf. art. 195).

Comme les examens corporels sont une mesure plus grave que la fouille, les conditions à remplir sont plus strictes. Dans l'optique du prévenu, cela ressort de *l'al.3*, selon lequel des atteintes à son intégrité corporelle ne peuvent être ordonnées que si elles ne causent pas de douleurs particulières et ne nuisent pas à la santé. Selon l'art. 183, le prévenu peut être hospitalisé si cela paraît nécessaire pour l'établissement d'une expertise.

Dans le cas des personnes n'ayant pas le statut de prévenu, les conditions sont encore plus strictes (*al. 4*). Si elles peuvent, elles aussi, être contraintes de subir un examen corporel, compris comme un examen de leur état physique ou mental, il faut que cela soit indispensable pour élucider une infraction et que les actes médicaux requis ne causent pas de douleurs particulières et ne nuisent pas à leur santé.

Art. 251 Exécution

L'hospitalisation à des fins d'expertise constitue un cas particulier, qui est régi à l'art. 183.

2.5.4.6 Section 6 **Examens de cadavres** (art. 252 et 253)

Art. 252 Morts suspectes

L'annonce d'une mort suspecte par un membre du corps médical est précédée d'un premier examen du cadavre, permettant de constater le décès. L'obligation d'annoncer les cas de mort suspecte prévue dans le droit cantonal a pour conséquence que les membres du corps médical faisant part d'une telle observation ne se rendent pas coupables d'une violation du secret professionnel (cf. art. 321, ch. 3, CP). Un décès est considéré comme suspect lorsque des indices laissent supposer qu'il pourrait être lié à une infraction. Doivent donc aussi être annoncés les décès dus à une erreur médicale ou à un défaut de traitement, même si, dans ces cas, la mort du patient peut paraître tout à fait naturelle à première vue.

Selon *l'al. 1*, le ministère public doit ordonner une première inspection du cadavre (examen superficiel par un membre du corps médical ayant une formation spéciale dans le domaine de la médecine légale) non seulement s'il pense qu'il pourrait y avoir eu infraction, mais aussi si l'identité du cadavre n'est pas connue, car il est souvent difficile d'exclure une intervention extérieure lorsque l'on ignore tout de la vie du défunt. C'est aussi la raison pour laquelle l'identification est une condition posée à la levée du corps (*al. 2*).

En cas d'autopsie (*al. 3*), le ministère public est, par principe, tenu d'autoriser la levée du corps, dès que les faits sont suffisamment établis.

2.5.5 Chapitre 5 Analyses de l'ADN (art. 254 à 258)

Ce chapitre permet la transposition des dispositions de la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN[322] dans le code de procédure pénale suisse, dans la mesure où les profils d'ADN peuvent être utiles dans le contexte de la procédure pénale. Certaines adaptations sont toutefois nécessaires, car la loi sur les profils d'ADN est une loi spéciale qui a été conçue pour venir compléter les procédures pénales fédérale et cantonales, ce qui signifie qu'il a fallu tenir compte de la diversité des réglementations et des modèles. Dorénavant, les normes en matière d'analyses d'ADN devront être intégrées dans une seule et unique procédure pénale sans pour autant entrer en contradiction avec d'autres prescriptions. Ces contraintes appellent une réglementation plus précise des analyses d'ADN.

La loi sur les profils d'ADN reste valable. Elle continue de s'appliquer aux procédures pénales qui ne tombent pas sous le coup du code de procédure pénale suisse ainsi qu'à l'utilisation des profils d'ADN dans les domaines autres que la procédure pénale. Elle continue aussi de régir le système d'information fondé sur les profils d'ADN.

Art. 254 Conditions en général

Al. 1: la compétence pour ordonner l'établissement d'un profil d'ADN est réglée à l'art. 197; sont donc compétents le ministère public, les tribunaux ou, dans les cas urgents, leur direction de la procédure. Cette réglementation est justifiée en raison des nombreuses parallèles existant avec les examens corporels qui relèvent, eux aussi, de la compétence décisionnelle de ces autorités. Toutefois une réglementation spéciale se justifie s'agissant du prélèvement non invasif d'échantillons, par exemple de la muqueuse des joues par frottis. En effet, étant donné le caractère peu invasif d'une telle intervention, il convient d'autoriser la police à l'ordonner et à la pratiquer, elle-même (*al. 2, let. a*). En revanche, il appartient au ministère public d'ordonner l'analyse des échantillons prélevés. On peut se demander, par ailleurs, s'il ne faudrait pas également autoriser la police à ordonner et à exécuter de son propre chef le prélèvement d'échantillons sur des personnes décédées ainsi que l'analyse de ceux-ci. Toutefois, l'octroi à la police de telles compétences est, lui aussi, inutile: s'il s'agit d'une analyse d'ADN en rapport avec une mort suspecte (par exemple à des fins d'identification), l'affaire relève de toute manière du ministère public (cf. art. 252, al. 1); si l'on soupçonne un rapport quelconque du défunt avec une infraction pénale, il s'agira toujours d'un crime ou d'un délit grave, que la police devra donc porter à la connaissance du ministère public. Celui-ci sera alors appelé à diligenter les recherches nécessaires (cf. art. 308, al. 1, let. c).

Selon *l'al. 2, let. b*, la police a néanmoins la compétence d'établir un profil d'ADN à partir de traces. Cette disposition est en conformité avec l'art. 305, al. 2, let. a, prévoyant que la police, dans le cadre de ses investigations, doit non seulement mettre en sûreté les traces, mais aussi les analyser. Comme l'ADN doit être analysé par un laboratoire spécialisé, la compétence qu'a la police d'ordonner une analyse d'ADN est aussi une norme spéciale faisant exception à la règle de compétence

322 RS **363**

régissant le recours à des experts (art. 179), qui n'y autorise en principe que le ministère public et les tribunaux[323].

Art. 255 Prélèvements opérés lors d'enquêtes de grande envergure

Dans une enquête de grande envergure, l'élément de suspicion se rapporte à un acte déterminé, mais non à une personne en particulier. La police possède certaines indications concernant l'auteur de l'infraction, mais celles-ci sont trop imprécises pour lui permettre de soupçonner concrètement une ou plusieurs personnes. Elle a néanmoins lieu de supposer que l'auteur ou les auteurs présentent certains signes distinctifs, propres à un groupe de personnes. Ces caractéristiques doivent avoir un lien avec l'infraction: la couleur de la peau, par exemple, n'est donc pas une caractéristique suffisamment précise. Il n'est, en outre, utile d'ordonner des prélèvements à grande échelle que si les traces trouvées par la police peuvent être comparées avec les profils d'ADN établis.

Comme les personnes dont l'ADN est prélevé dans le contexte d'enquêtes de grande envergure ne sont pas formellement soupçonnées, cette mesure peut être ordonnée uniquement si elle sert à retrouver les auteurs d'un crime. Elle est, en outre, subordonnée à l'autorisation préalable du tribunal des mesures de contrainte.

Art. 256 Prélèvements opérés sur des personnes condamnées

La possibilité qu'a le tribunal chargé de juger une affaire d'ordonner des prélèvements n'est pas strictement limitée aux personnes condamnées. Comme nous l'avons déjà constaté dans le cas de l'art. 230, al. 1, la notion de «personne qui a été condamnée» doit être prise au sens large: elle s'applique aussi aux personnes acquittées pour cause d'irresponsabilité pénale qui sont internées ou font l'objet d'une mesure thérapeutique. Contrairement à la détention pour des motifs de sûreté consécutive au jugement de première instance, l'analyse d'ADN ordonnée dans le jugement ne peut avoir lieu qu'une fois que le jugement est devenu exécutoire.

Art. 257 Exécution du prélèvement d'échantillons

On fait la distinction entre prélèvements non invasifs (notamment par frottis de la muqueuse jugale) et prélèvements invasifs (par exemple prise de sang). Les prélèvements invasifs d'échantillons doivent être exécutés par un médecin ou par du personnel médical alors que les prélèvements non invasifs pourront aussi être opérés par la police. Si l'analyse porte sur des traces (art. 254, al. 1, let. d), il n'est pas nécessaire de prélever des échantillons au préalable. Le matériel biologique trouvé (par exemple, cheveux) peut être donné à analyser directement.

Art. 258 Applicabilité de la loi fédérale sur les profils d'ADN

Le code qui est l'objet du présent message doit contenir uniquement les dispositions relatives aux profils d'ADN qui sont directement applicables dans le contexte de la procédure pénale. Celles qui ne satisfont pas à cette condition restent donc dans la loi sur les profils d'ADN. Ce sera notamment le cas des normes relatives au choix

323 Cf. *Felix Bommer*, DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken im Strafverfahren, ZBJV 118 (2000) 131, 146 ss

des profils d'ADN destinés à être saisis dans le système d'information fondé sur les profils d'ADN ainsi qu'aux conditions auxquelles ils doivent être radiés du système.

2.5.6 Chapitre 6 Saisie de données signalétiques, échantillons d'écriture ou de voix (art. 259 à 261)

Art. 259 Saisie de données signalétiques

Al. 1: on comprend par données signalétiques d'une personne les caractéristiques extérieures d'un être humain pouvant être mesurées ou constatées (par exemple, au moyen de clichés photographiques), comme la taille, le type, le poids, les empreintes digitales et les empreintes des mains, des oreilles, des pieds ainsi que d'autres parties du corps (par exemple empreintes dentaires). Le prélèvement de sang, d'urine, du bol alimentaire ou de cheveux, par exemple, tombe par contre sous le coup des dispositions sur l'examen corporel ou l'analyse d'ADN. Le prélèvement d'éléments étrangers au corps ou séparés du corps (par exemple fibres textiles, résidus retrouvés sous les ongles, cheveux ou poils tombés) relève, quant à lui, des dispositions relatives à la fouille de personnes.

Al. 2: la saisie des données signalétiques en tant que telle[324] ne constitue pas une atteinte significative aux droits de la personne qui en est l'objet, raison pour laquelle la police a elle aussi la compétence d'y procéder. Le relevé des données signalétiques fait aujourd'hui déjà partie de la procédure couramment appliquée par la police lorsque le soupçon à l'encontre d'une personne arrêtée provisoirement est confirmé. Comme elle ne représente qu'une atteinte minime aux droits de la personne, la saisie des données signalétiques est une mesure qui peut aussi être appliquée à des personnes qui ne sont ni soupçonnées ni prévenues d'une infraction. Cela peut être nécessaire pour permettre le tri des traces retrouvées sur le lieu d'une infraction afin de déterminer celles qui ont été laissées par les occupants légitimes des lieux. Compte tenu du principe de proportionnalité, une certaine retenue est toutefois de mise dans ce cas, car le soupçon, qui est l'élément légitimant la mesure, fait défaut dans ces circonstances. Il importe donc de prendre en considération la gravité de l'infraction qu'il s'agit d'élucider ainsi que la difficulté qu'il y aurait à établir les faits par d'autres moyens. La saisie des données signalétiques est, en effet, destinée à permettre l'établissement des faits, ce qui inclut, en particulier, l'identification de la personne concernée.

L'al. 4 s'applique uniquement aux cas dans lesquels la saisie des données signalétiques a été décidée par la police dans le contexte d'une procédure d'investigation. Il n'est, par contre, pas nécessaire que le ministère public statue une seconde fois s'il a lui-même ordonné la mesure (art. 312). Lorsque le ministère public confirme l'injonction de la police, il décerne un mandat de comparution ou un mandat d'amener, pour peu que les conditions prévues à l'art. 205 soient remplies. Si le ministère public ordonne la saisie des données signalétiques à l'encontre d'une personne qui a refusé de s'y soumettre, celle-ci a la possibilité, selon l'art. 198, de

324 Si l'on ne tient donc pas compte de la gravité de l'atteinte représentée par l'utilisation et la conservation des résultats.

recourir contre cette mesure. La voie de recours est la même si la saisie des données signalétiques a été ordonnée directement par le ministère public.

Art. 260 Conservation et utilisation des données signalétiques

Si la mesure consistant à saisir des données signalétiques ne représente qu'une atteinte minime aux droits de la personne concernée, l'utilisation des résultats peut avoir des conséquences beaucoup plus graves, surtout si elle a lieu longtemps après la saisie et dans un autre contexte. L'intérêt qu'a l'Etat à disposer de banques de données aussi complètes que possible pour lui permettre d'élucider plus rapidement les infractions qui seront commises à l'avenir s'oppose à l'intérêt de la personne concernée à obtenir la destruction immédiate du dossier contenant ses données signalétiques. Le projet procède d'une tentative de satisfaire les deux parties, compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral[325]. Afin d'éviter les abus et notamment une généralisation de l'application de la clause d'exception statuée à l*'al. 2,* le projet prévoit que le conservation de données signalétiques au-delà de la durée ordinaire est subordonnée à l'autorisation de la direction de la procédure de l'autorité qui était saisie en dernier de la procédure.

Cette disposition s'applique uniquement aux données signalétiques qui ne figurent pas dans le dossier au sens de l'art. 98. L'utilisation et l'effacement des données signalétiques obtenues à la faveur d'une mesure de saisie qui ont été versées au dossier sont régis par les dispositions relatives à la tenue des dossiers (art. 98 à 101).

Art. 261 Echantillons d'écriture ou de voix

Cet instrument, auquel la police scientifique a fréquemment recours pour établir les faits, requiert une base légale spéciale, car il ne peut être comparé ni aux autres mesures de contrainte ni surtout à la saisie de données signalétiques. A la différence de celle-ci, le prélèvement d'un échantillon d'écriture ou de voix suppose en effet la coopération de l'intéressé. De ce point de vue, c'est avec l'examen de l'état psychique d'une personne – à ranger dans la catégorie des examens corporels – que cette mesure a le plus de points communs. Elle se distingue cependant d'un examen corporel par le fait qu'il ne s'agit pas d'un examen médical.

Aux termes de *l'al. 1*, un prévenu, un témoin ou une personne appelée à donner des renseignements peut être astreint à fournir un échantillon d'écriture ou de voix. Menacer d'une peine les personnes réfractaires serait toutefois contraire à l'esprit de certains droits de refuser de témoigner. Citons, par exemple, le cas du prévenu, dont on ne peut pas attendre qu'il participe activement à l'établissement de sa propre culpabilité, raison pour laquelle il dispose du droit inconditionnel de refuser de témoigner. Le droit de conserver le silence accordé aux personnes appelées à donner des renseignements procède de la même logique. Dans le cas des témoins, la situation est quelque peu différente: les circonstances dans lesquelles on ne peut pas leur demander de participer activement ont été prises en compte dans les droits de refuser de témoigner pour cause de relations personnelles (art. 165) et pour sa propre protection (art. 166). Les autres droits de refuser de témoigner servent à préserver certaines relations de confiance, que l'Etat n'a pas le droit de remettre en cause ou dans les-

325 ATF **109** Ia 157; **120** Ia 151

quelles il ne peut s'immiscer qu'à certaines conditions[326]. Pour ce qui est des échantillons d'écriture ou de voix, cela signifie que ne peuvent être punies selon l'*al. 2* que les personnes dont le droit de refuser de témoigner ne procède pas de la conviction que cela serait trop leur demander. Un médecin, par exemple, ne peut ainsi pas refuser de fournir un échantillon d'écriture en invoquant le droit de refuser de témoigner qu'il possède en sa qualité de médecin du prévenu. Ce droit est, en effet, reconnu uniquement dans la mesure où il est question de faits dont le médecin a eu connaissance dans le contexte de son activité professionnelle; or, l'échantillon d'écriture n'a aucun rapport avec l'activité professionnelle du médecin, raison pour laquelle il est obligé de fournir l'échantillon sous peine d'une amende d'ordre.

2.5.7 Chapitre 7 **Séquestre** (art. 262 à 267)

Art. 262 Principe

Al. 1: le séquestre peut être défini comme le retrait temporaire du droit de disposer d'une chose ou comme une saisie provisoire. Le séquestre pour garantie de paiement au sens de la *let. b* est réglementé plus en détails à l'art. 267. La disposition de la *let. c* contient la base légale du séquestre en vue de restitution. Quant au fond, la restitution est régie à l'art. 70, al. 1, nCP[327], second membre de phrase (art. 59, ch. 1, al. 1, dernière partie de la phrase, CP). Selon la jurisprudence[328] et la doctrine[329], le séquestre est limité aux valeurs patrimoniales que la personne lésée s'est vue soustraire directement du fait de l'infraction. En font partie, d'une part, les choses dont l'ayant droit a été dépouillé du fait d'une infraction (par exemple vol, gestion déloyale ou escroquerie) et, d'autre part, les comptes ayant été alimentés grâce à l'infraction.

Al. 2: par principe, le séquestre doit être ordonné par voie de mandat écrit. Celui-ci ne doit cependant pas se présenter sous la forme d'un mandat séparé, mais peut aussi figurer, par exemple, sur un mandat de perquisition.

En vertu de l'art. 195, le séquestre peut en principe être ordonné par le ministère public et les tribunaux. Lorsqu'il y a péril en la demeure, la police – par exemple lors d'une perquisition – ou des particuliers – par exemple lors d'une arrestation selon l'art. 217 – sont eux aussi habilités à mettre en sûreté des objets ou des valeurs patrimoniales. Ceux-ci doivent ensuite être remis au ministère public ou au tribunal, qui peuvent alors ordonner la mise sous séquestre.

Art. 263 Restrictions

Al. 1: la mise sous séquestre de choses qui sont en possession du prévenu ne contrevient pas à l'interdiction d'obliger le prévenu à participer à l'établissement de sa propre culpabilité, car le séquestre est une mesure que le prévenu doit tolérer, mais à

326 En ce qui concerne les biens protégés par les droits de refuser de témoigner, cf. *Peter Goldschmid*, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, thèse, Berne 2001, p. 134 ss

327 FF **2002** 7658

328 ATF **116** IV 204; **117** Ia 424

329 *Hauser/Schweri/Hartmann,* Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A, Bâle 2005, § 69 n. 22; *Schmid,* Strafprozessrecht, 4. A, Zurich 2004, n. 753.

laquelle il n'est pas tenu de participer activement. Il en va de même dans le cas des personnes ayant le droit de refuser de témoigner pour leur propre protection ou pour la protection d'un proche. Le séquestre est, en revanche, soumis à certaines restrictions lorsqu'il s'agit de préserver la sphère privée du prévenu ou certains rapports de confiance (par exemple entre le médecin et ses patients). Relevons encore que les objets et valeurs patrimoniales selon les *let. a à c* ne peuvent pas être mis sous séquestre, quel que soit l'endroit où ils se trouvent.

Art. 264 Obligation de dépôt

Al. 1: contrairement au séquestre, le dépôt appelle une participation active du détenteur. Les personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner ne peuvent donc pas être tenues au dépôt. La libération de l'obligation de dépôt ne peut néanmoins pas aller plus loin que le droit de refuser de déposer ou de témoigner. Un professionnel des médias, par exemple, n'est pas libéré de l'obligation de déposer des objets indispensables pour élucider une infraction au sens de l'art. 169, al. 2, let. b.

Les étapes de la procédure de séquestre, sous la forme des mesures pouvant être ordonnées pour en obtenir l'exécution, sont définies aux *al. 2 et 3*. Ces dispositions viennent concrétiser le principe de proportionnalité: les personnes tenues d'opérer le dépôt doivent d'abord être sommées de s'exécuter dans un certain délai; l'exécution de mesures de contrainte en vue du séquestre (par exemple perquisition) ne peut être envisagée qu'en cas d'inobservation de l'ordre de dépôt.

Art. 265 Exécution

La réglementation préconisée par le Conseil fédéral à *l'al. 6* viendrait supplanter les Directives du groupe de travail criminalité économique de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police (CCDJP) du 24 mars 1999 relatives à l'administration de valeurs patrimoniales mises sous séquestre ainsi que la circulaire n° 1429 de l'Association suisse des banquiers du 26. 3. 1999 et donner force obligatoire à ces normes, qui sont actuellement observées par les autorités pénales et les banques, mais qui ne sont pas contraignantes.

Art. 266 Décision concernant les objets et valeurs patrimoniales séquestrés

L'autorité pénale doit décider du sort non seulement des objets et des valeurs patrimoniales qui ont été enlevés aux ayants droit par l'usage de la contrainte, mais aussi de ceux qui ont été déposés sans qu'il ait été nécessaire d'exercer aucune contrainte.

Est compétente pour lever la mesure au sens de *l'al. 1* l'autorité pénale devant laquelle la procédure est pendante. Pour que l'objet ou la valeur patrimoniale puisse être restitué selon l'al. 1, il faut que l'ayant droit puisse être retrouvé et que l'objet ou la valeur patrimoniale séquestré ne soit pas réclamé par plusieurs personnes. En règle générale, on s'en tiendra à la présomption de propriété prévue à l'art. 930 CC et rendra l'objet à la personne qui le possédait en dernier lieu ou.

L'al. 2 régit la levée de la mesure de séquestre ordonnée aux fins de restitution de l'objet à la personne lésée (art. 262, al. 1, let. c). Ce cas doit être régi par une disposition spéciale, car le motif du séquestre est la restitution en tant que telle et ne peut donc pas disparaître comme le prévoit l'al. 1. La restitution doit avoir lieu le plus rapidement possible, à condition qu'elle ne soit contestée ni par le prévenu ni par un

tiers et que l'objet ne doive pas être conservé comme preuve. Si les droits sur l'objet sont contestés ou si plusieurs personnes le réclament, les dispositions des al. 3 à 5 s'appliqueront.

Sont considérés comme décisions finales au sens de *l'al. 3* les jugements et autres décisions propres à clore la procédure (ordonnance de non-entrée en matière et ordonnance de classement).

Les *al. 4 et 5* indiquent la manière de procéder lorsque des objets ou des valeurs patrimoniales sont réclamés par plusieurs personnes. Par principe, l'autorité pénale ne doit pas être tenue de connaître de prétentions de droit civil portant sur des objets ou valeurs patrimoniales séquestrés. L'al. 4 autorise néanmoins une telle décision à condition qu'elle soit prise par le tribunal compétent, car il se peut qu'elle porte sur des requêtes de droit civil au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH. Le tribunal peut, mais n'est pas obligé de décider de l'attribution définitive de l'objet. Une telle attribution sera envisagée avant tout lorsque la situation juridique est suffisamment établie. Si le tribunal ne parvient pas à statuer de manière définitive, il devra s'en tenir à l'al. 5, soit attribuer l'objet ou la valeur patrimoniale à une personne et fixer aux autres réclamants un délai pour intenter une action civile. Ce n'est qu'à l'échéance du délai et à condition que celui-ci soit resté inutilisé que l'objet ou la valeur patrimoniale pourra être remis à la personne désignée dans le jugement. Contrairement au tribunal, le ministère public peut procéder directement selon l'al. 5 lorsque l'objet ou la valeur patrimoniale est revendiqué par plusieurs personnes.

Art. 267 Séquestre en couverture des frais

La possibilité de séquestrer le patrimoine du prévenu dans le contexte de l'exécution d'un jugement est connue dans la plupart des codes cantonaux de procédure pénale. Elle peut être ordonnée uniquement pour garantir la couverture des frais de procédure qui devront vraisemblablement être payés, des peines pécuniaires et des amendes ainsi que des indemnités dues à la partie plaignante selon l'art. 440. Le séquestre ne peut en revanche pas servir à garantir les prétentions civiles.

Comme dans le cas de toutes les mesures de contrainte, le principe de proportionnalité doit être observé aussi dans le contexte du séquestre en couverture de frais. Le principe de proportionnalité doit d'abord être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider de l'*opportunité* du séquestre en couverture de frais. On doit disposer d'indices laissant supposer que la mesure est nécessaire, ce qui peut être le cas, par exemple, si le prévenu procède à des transferts de biens aux fins d'empêcher une soustraction ultérieure ou si le prévenu tente de se soustraire à la procédure par la fuite, sans avoir fourni aucune garantie. Le principe de proportionnalité doit ensuite aussi être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur des biens mis sous séquestre. C'est à cet aspect que font référence les al. 2 et 3: alors que la disposition de *l'al. 3* permet de conclure uniquement au montant maximum des valeurs patrimoniales pouvant être saisies, *l'al. 2* oblige l'autorité pénale, le cas échéant, à prendre encore en compte d'autres éléments.

2.5.8 Chapitre 8 Mesures de surveillance secrètes

2.5.8.1 Section 1 Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 268 à 278)

Les dispositions de cette section sont fondées sur les normes de procédure pénale contenues dans la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)[330], en vigueur depuis le 1er janvier 2002. Cette loi restera valable à l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse puisque celles de ses dispositions qui régissent l'exécution de la surveillance, plus particulièrement les tâches des opérateurs proposant des services postaux et des services de télécommunication, ainsi que le contrôle du service de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication géré par la Confédération ne sont pas reprises dans le nouveau code de procédure pénale.

Pour l'essentiel, les dispositions de procédure pénale contenues dans la LSCPT sont, quant à elles, reprises dans la présente loi. On s'est contenté d'y apporter les modifications indispensables à leur intégration, notamment en ce qui concerne la désignation des autorités et des phases de la procédure. Les dispositions ont, en outre, été harmonisées avec celles qui régissent les autres mesures de contrainte, notamment avec les normes relatives à l'investigation secrète. On s'est finalement employé à clarifier certains passages de la LSCPT ainsi qu'à pallier les imperfections relevées par la doctrine dans la mesure où ces critiques paraissaient justifiées.

Art. 268 Conditions

La surveillance ne peut être ordonnée que par le ministère public, donc par l'autorité conduisant l'instruction, ainsi que la disposition de l'art. 6, let. a, LSCPT le prévoit déjà dans le cas de la Confédération. La seule condition posée à *l'al. 1, let. a*, est l'existence de graves soupçons, alors que l'art. 3, al. 1, let. a, LSCPT fait aussi mention de la participation à un acte punissable. Dans les faits, cela ne provoquera toutefois aucun changement: comme pour la détention provisoire – la participation à un acte punissable n'est pas non plus mentionnée expressément dans les conditions auxquelles elle peut être ordonnée (cf. art. 220, al. 1) – les auteurs et les personnes ayant participé à l'acte pourront eux aussi être surveillés.

Le catalogue des actes punissables contenu à *l'al. 2* a subi de légères modifications. Il a d'abord été harmonisé avec celui qui a été établi pour l'investigation secrète. Désormais, toutes les infractions pouvant faire l'objet d'une mesure d'investigation secrète peuvent aussi donner lieu à une mesure de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. On trouvera, en outre, dans le catalogue des infractions dont l'absence avait été déplorée à juste titre par la doctrine[331] (par exemple actes de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP ou de génocide selon l'art. 264).

L'al. 3 fait référence à la réglementation figurant à l'art. 221 du code pénal militaire[332]. Lorsqu'une personne est prévenue de plusieurs infractions, dont certaines

330 RS **780.1**
331 *Thomas Hansjakob*, BÜPF/ VÜPF. Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Saint-Gall 2002, art. 3, n. 40 ss
332 RS **321.0**

relèvent de la juridiction civile, et d'autres de la juridiction militaire, le Conseil fédéral peut déléguer le jugement de l'ensemble de ces infractions à un tribunal militaire ou à un tribunal civil. Il est donc concevable qu'un procureur doive ordonner la surveillance de la correspondance par poste ou télécommunication dans le cadre de la poursuite d'une infraction sanctionnée par le code pénal militaire.

Art. 269 Objet de la surveillance

Pour ce qui est de l'objet de la surveillance, la réglementation de la LSCPT[333] est reprise dans la présente loi. Alors que dans la LSCPT, la définition de l'objet résulte des art. 3, al. 1, let. a, et 4, il n'est toutefois régi que par une seule disposition dans le code de procédure pénale. Le projet renonce a mentionner expressément les postes publics de télécommunication ou les raccordements qui ne peuvent pas être attribués à une personne connue puisque ces installations sont couvertes par la notion de «raccordement de télécommunication d'un tiers» (*let. b, ch. 1*).

On considère que l'adresse postale ou le raccordement de télécommunication d'un tiers est utilisé par le prévenu au sens de la *let. b, ch. 1*, uniquement si celui-ci se sert de l'adresse ou du raccordement comme s'il s'agissait du sien. On exclut ainsi la surveillance du raccordement d'un tiers fondée sur la seule supposition que le prévenu pourrait l'appeler. Procéder de la sorte équivaudrait en effet à tourner les restrictions imposées à la surveillance de tiers selon la let. b, ch. 2.

Art. 270 Sauvegarde du secret professionnel

Al. 1: les personnes tenues d'observer le secret professionnel peuvent être surveillées si elles sont elles-mêmes prévenues ainsi que dans les deux cas suivants: si elles reçoivent certaines communications pour le compte du prévenu ou si elles transmettent des communications du prévenu à d'autres personnes (si elles lui servent donc d'intermédiaires), mais aussi si elles permettent au prévenu de se servir de leur adresse ou de leur raccordement téléphonique. On a donc ajouté à la réglementation de l'art. 4, al. 3, let. b, LSCPT la possibilité de surveiller les intermédiaires. On espère ainsi empêcher autant que possible le prévenu de tourner les dispositions légales.

Les informations recueillies dans le contexte de la surveillance d'une personne tenue d'observer le secret professionnel doivent être triées par une autorité judiciaire. C'est aux cantons et à la Confédération, dans le cas des procédures fédérales, que revient la compétence de désigner cette autorité. Ce peut aussi être le tribunal des mesures de contrainte. L'autorité judiciaire désignée ne doit pas procéder au tri elle-même, mais peut se contenter de diriger l'opération.

L'exigence selon laquelle doivent être éliminées toutes les informations qui n'ont pas de rapport avec le motif pour lequel la personne concernée est soumise à surveillance signifie que l'autorité judiciaire peut être contrainte d'éliminer aussi des informations pertinentes. Cela peut arriver, par exemple, dans le cas où l'on fait surveiller le raccordement téléphonique d'un médecin parce que l'on a des raisons de penser qu'il est utilisé par le prévenu. Les informations issues d'un entretien du

333 Pour plus de détails en ce qui concerne la définition de l'objet, cf. *Thomas Hansjakob*, BÜPF/ VÜPF. Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Saint-Gall 2002, Vorbemerkungen zum BÜPF n. 1 ss

médecin avec un tiers portant sur le prévenu devront être éliminées parce que la présomption ayant motivé la mise sous surveillance du raccordement du médecin portait sur l'utilisation du raccordement par le prévenu.

Il va de soi que les secrets de fonction doivent être soustraits non seulement à la curiosité du ministère public, mais aussi à celle des policiers chargés de l'investigation.

Al. 2: dans le cas d'un branchement direct, le tri des informations n'est pas possible. Le branchement direct est donc autorisé uniquement si le détenteur du secret professionnel est prévenu d'une infraction et si des raisons particulières l'exigent (par exemple la nécessité d'obtenir les informations le plus rapidement possible).

L'al. 3 procède de la même logique que les droits de refuser de témoigner prévus aux art. 167 à 170: il s'agit de protéger une relation de confiance particulière, à laquelle les autorités pénales n'ont en principe pas le doit de porter atteinte. Cette disposition est destinée notamment à préserver la confidentialité des entretiens téléphoniques du prévenu avec son avocat.

Art. 271 Régime de l'autorisation et autorisation-cadre

Les *al. 2 et 3* correspondent au fond à l'art. 4, al. 4, LSCPT. On a toutefois renoncé à mentionner expressément l'obligation du ministère public de communiquer au service chaque changement de raccordement par un ordre de surveillance parce qu'il ne peut de toute manière pas y avoir de changement sans communication.

Art. 272 Données relatives au trafic et à la facturation, identification des usagers

Cette disposition n'est applicable que dans la mesure où les données en question ne peuvent être collectées que par l'intermédiaire des services postaux ou de télécommunication. En revanche, si de telles données sont enregistrées, par exemple, dans un téléphone mobile, les dispositions déterminantes sont celles qui régissent la fouille et la mise sous scellés.

Al. 1: même les renseignements portant sur des données dites «accessoires» constituent une atteinte au secret des télécommunications. Toutefois, cette atteinte aux droits fondamentaux de la personne est moins conséquente que le fait de prendre connaissance et d'enregistrer les communications passées par le truchement d'installations de télécommunication (notamment les conversations téléphoniques). Aussi la collecte de renseignements portant sur des données accessoires doit-elle être soumise à des conditions moins strictes. Les renseignements portant sur des données accessoires peuvent être recueillis non seulement si la personne visée est fortement soupçonnée d'avoir commis l'un des actes énumérés à l'art. 268, al. 2, mais aussi, d'une manière plus générale, chaque fois qu'une personne est soupçonnée d'un crime ou d'un délit. Cette exigence induit une modification de la réglementation en vigueur. En effet, selon l'art. 5, al. 1, LSCPT, des renseignements sur des données accessoires ne peuvent être exigés que si la personne concernée est fortement soupçonnée d'avoir commis l'une des infractions figurant dans la liste susmentionnée. Dans son message relatif à la LSCPT, le Conseil fédéral avait justifié cette réglementation comme il suit: «Notamment, l'identification rétroactive de l'usager constitue une atteinte non négligeable à sa vie privée, alors que, du fait d'une surveillance, l'identification continue des usagers ne représente pas une atteinte plus

sévère. Il y a donc lieu de maintenir les conditions énoncées à l'art. 3»[334]. Il n'est plus possible de s'en tenir à ce point de vue car il ne tient pas suffisamment compte des différences d'intensité des atteintes, qui viennent d'être exposées. Il semble, en outre, contradictoire de considérer la collecte de données accessoires comme une atteinte aussi grave que la surveillance des communications, quant elle a lieu seule, tout en déniant qu'il y ait augmentation de la gravité de l'atteinte portée par la surveillance des communications lorsque s'y ajoute la collecte de données accessoires.

Il n'en reste pas moins que la collecte de données accessoires constitue une atteinte non négligeable aux droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle l'*al. 2* prévoit que la mesure doit faire l'objet d'une autorisation de la part du tribunal des mesures de contrainte.

L'*al. 3* reprend la réglementation statuée à l'art. 5, al. 2, LSCPT selon laquelle les renseignements peuvent être demandés avec effet rétroactif sur une période de six mois au maximum. Il y aura peut être lieu de prolonger cette durée selon le sort qui sera réservé au postulat 05.3006 du 21 février 2005 («Lutter plus efficacement contre le terrorisme et le crime organisé») déposé par la Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats. Cette intervention demande au Conseil fédéral qu'il examine s'il est possible de prolonger la durée de conservation des données relatives aux conversations téléphoniques, qui est actuellement de six mois.

Art. 277 Découvertes fortuites

Les dispositions régissant l'utilisation des découvertes dites fortuites sont plus strictes que celles de l'art. 9 LSCPT. Elles sont fondées sur le principe selon lequel peuvent être utilisées uniquement les informations qui auraient aussi pu être obtenues si le soupçon avait déjà porté sur une autre personne ou sur une autre infraction au moment où la surveillance a été ordonnée. L'utilisation d'informations relatives à des actes autres que ceux qui sont expressément mentionnés à l'art. 9, al. 1, let. a, LSCPT est donc exclue, même si l'acte en question est venu s'ajouter à l'une des infractions énumérées dans la disposition susmentionnée. La réglementation adoptée dans la LSCPT ne se justifie pas car elle désavantage la personne convaincue de l'infraction dont elle était soupçonnée par rapport à celle qui n'est soupçonnée que d'un acte qui n'est pas mentionné à l'art. 281, al. 2, et qui ne peut dès lors pas être surveillée.

Art. 278 Communication

Quant au fond, cette réglementation correspond à celle de l'art. 10, al. 2 à 6, LSCPT.

334 FF **1998** 3716

2.5.8.2 Section 2 Autres mesures techniques de surveillance (art. 279 et 280)

Art. 279 But de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance

Jusqu'ici, les procédures pénales se sont limitées à autoriser l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance sans donner beaucoup de précisions sur le but de leur utilisation. Compte tenu, d'une part, de l'imprécision de la notion de «dispositifs techniques de surveillance» et, d'autre part, de la gravité des atteintes que cette utilisation porte aux droits fondamentaux, une telle réglementation ne saurait satisfaire à l'exigence de précision à laquelle doivent répondre les normes restreignant les droits fondamentaux. L'art. 279 vise à permettre de combler cette lacune.

Alors que les procédés au sens des *let. a et b* ne sont que difficilement décelables, il est souvent possible de déterminer le lieu où se trouvent des personnes ou des choses sans qu'il soit nécessaire de s'introduire dans la sphère privée ou secrète des gens. Du point de vue de la protection des droits fondamentaux, l'utilisation de procédés techniques permettant en tout temps de déterminer le lieu où se trouve une personne ou une chose (par exemple le sac ou le véhicule du prévenu) et donc de suivre les mouvements d'une personne, est très délicate. Les mesures de ce type doivent donc reposer sur une base légale.

Art. 280 Conditions et exécution

Les conditions à remplir ainsi que la procédure permettant d'ordonner et d'autoriser la mesure sont les mêmes que dans le cas de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (*al. 3*). Contrairement à celle-ci, qui peut aussi être ordonnée à l'encontre de tiers (cf. art. 269, let. b, ch. 2), seul le prévenu peut toutefois être visé dans ce cas.

Selon l'*al. 2,* il est néanmoins deux situations dans lesquelles l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance n'est pas admise même lorsqu'elle vise le prévenu. En vertu de la *let. a*, il n'est pas possible d'y avoir recours pour enregistrer, à des fins probatoires, le comportement d'un prévenu en détention provisoire. Une telle mesure porterait, en effet, atteinte à l'essence même du droit à la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.) et du droit à la protection de la sphère privée (art. 13, al. 1, Cst.)[335]. Cette interdiction ne s'applique pas à l'observation d'une personne dans l'intérêt de sa sécurité (par exemple en cas de risque de suicide). La restriction au sens de la let. b repose sur la présomption selon laquelle les événements enregistrés pourraient tomber sous le coup des dispositions relatives aux droits de refuser de témoigner dont bénéficient les personnes liées par le secret professionnel si celles-ci se trouvent dans les locaux ou véhicules surveillés avec le prévenu. Ces droits risqueraient d'être vidés de leur sens si cette restriction n'était pas prévue.

335 *Peter Goldschmid*, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, thèse, Berne 2001, p. 37 ss

2.5.8.3 Section 3 **Observation** (art. 281 et 282)

Par observation, on entend la surveillance systématique d'événements et de personnes sur la voie publique pendant un certain temps et l'enregistrement des résultats en vue de leur utilisation dans le cadre de la poursuite pénale[336]. Quant à savoir si l'observation constitue une atteinte aux droits fondamentaux de la personne observée, le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme ne se sont pas encore prononcés sur la question à ce jour. La doctrine récente a tendance à y répondre par l'affirmative, du moins lorsque la durée de l'observation se prolonge[337]. Comme la Commission d'experts a elle aussi estimé que l'observation devait être réglementée dans la procédure pénale[338], il a été jugé opportun de créer une base légale à cet effet.

Art. 281 Conditions

Si elle est ordonnée par la police, l'observation peut déjà avoir lieu au stade de la procédure d'investigation de la police. On pourra aussi y avoir recours après l'ouverture de l'instruction, mais la compétence de l'ordonner reviendra alors au ministère public. Cet instrument n'est, par contre, pas à disposition durant les investigations préalables, car le ministère public n'est pas autorisé à ordonner des mesures de contrainte durant cette première phase de la procédure (art. 309, al. 1, 2e phrase).

Al. 1: bien que l'observation puisse être ordonnée dès le stade de la procédure d'investigation de la police – à un moment où il n'est même pas nécessaire que les soupçons soient suffisants pour permettre l'ouverture de l'instruction – elle ne saurait servir à fonder le soupçon. La disposition à la *let. a* exige, en effet, de l'autorité pénale souhaitant ordonner la mesure qu'elle ait de sérieuses raisons de croire que des crimes ou des délits ont été commis. Si l'art. 194, al. 1, let. b, prévoit de toute manière qu'aucune mesure de contrainte ne peut être ordonnée sans qu'il existe un soupçon suffisant qu'une infraction a été commise, on a jugé utile de rappeler ici cette condition générale. Il est ensuite statué clairement à la let. a que l'observation doit servir exclusivement à élucider des crimes ou des délits qui ont déjà été commis, ce qui signifie qu'elle ne peut pas être ordonnée à titre préventif. Les observations destinées à écarter un danger doivent être régies par la législation sur la police.

Les résultats de l'observation peuvent être enregistrés sur supports audio ou vidéo. Ces enregistrements d'événements n'ayant pas lieu sur la voie publique, ils sont toutefois assujettis aux dispositions relatives à l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (art. 279).

Al. 2: étant donné que l'observation est une mesure qui ne constitue pas une atteinte majeure aux droits fondamentaux, elle doit pouvoir être ordonnée sans autorisation. Cette règle ne s'applique, toutefois, pas lorsque l'observation est ordonnée par la police. De même, elle n'est plus valable dès le moment où la durée de la mesure

336 Concernant les différentes propositions de définition, cf. *Roberto Zalunardo-Walser*, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, thèse, Zurich 1999, p. 47 ss

337 *Roberto Zalunardo-Walser*, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, thèse, Zurich 1999, p. 50 ss, y compris les renvois.

338 De 29 à l'unité, p. 124.

excède deux semaines. Précisons que ce délai commence à courir non pas au moment où l'observation est ordonnée, mais à l'instant où elle commence effectivement. Une interruption de l'observation pendant ce délai de deux semaines ne le prolonge pas d'autant. Dans ces deux cas, faisant exception à la règle, la compétence d'autoriser l'observation revient au ministère public, car c'est lui qui est l'autorité de surveillance de la police durant la procédure d'investigation (cf. art. 15, al. 2, 2e phrase).

Art. 282 Information

Al. 1: les «personnes observées» doivent être mises au courant de l'observation. Sont considérées comme telles les personnes visées par la mesure, en particulier le prévenu. Doivent, toutefois, aussi en être informés les tiers qui ont été observés volontairement, par exemple les proches du prévenu dont on espérait que l'observation contribuerait à élucider les faits. Les personnes qui se trouvent sur les enregistrements de manière fortuite, comme les locataires d'une maison observée, ne doivent, par contre, pas être informés de la mesure.

Al. 2: les conditions permettant de différer l'information ou d'y renoncer sont les mêmes que dans le cas de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (cf. art. 278, al. 2). Le ministère public a, toutefois, le pouvoir d'en décider de manière autonome, sans devoir obtenir l'accord du tribunal des mesures de contrainte. Cette différence s'explique par le fait qu'il peut aussi ordonner l'observation de manière autonome.

2.5.8.4 Section 4 Surveillance des relations bancaires (art. 283 et 284)

Il n'existe à ce jour aucune base légale pour la surveillance des relations bancaires futures. Seules des directives à caractère non contraignant occupent actuellement ce vide juridique[339]. L'obligation de dépôt au sens de l'art. 264, qui incombe aussi aux banques, et la possibilité de mise sous séquestre ne se rapportent qu'à des documents existants. Bien qu'il soit théoriquement possible d'intervenir auprès d'une banque à intervalles réguliers (par exemple tous les deux jours) pour l'obliger à fournir des documents se rapportant à ses relations avec le prévenu (par exemple extraits de comptes), il est nécessaire de simplifier cette procédure très laborieuse en créant la possibilité d'une surveillance des relations bancaires. Cette surveillance consiste en fait en une injonction à l'adresse de la banque de fournir à l'autorité pénale des informations et documents qui n'existent pas encore, mais qui existeront dans un avenir proche. Si l'on veut pouvoir contraindre les banques à coopérer, il est nécessaire de disposer d'une base légale. Cette nécessité existe, toutefois, aussi parce que la surveillance constitue une atteinte à la sphère privée des clients des banques. La création d'un tel instrument de surveillance est, d'ailleurs, également recommandée à l'art. 4, ch. 2, de la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990

339 Recommandation de la Commission Criminalité économique de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police aux autorités pénales cantonales concernant le blocage de comptes et l'obligation de discrétion des banques du 7 avril 1997 et Circulaire no 1286 de l'Association suisse des banquiers du 8 avril 1997.

relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime[340].

Art. 283 Principe

La surveillance a pour objet «les relations entre une banque ou un établissement similaire et un prévenu». Pour être plus précis, il s'agit d'obliger la banque à fournir des enregistrements ou des documents représentant l'expression concrète de cette relation qu'elle entretient avec le prévenu. L'autorité pénale s'intéressera ainsi en particulier à des extraits de comptes ou de dépôts, mais aussi à d'autres documents tels que des contrats ou des lettres. Pour ce qui est de la définition de la banque, nous renvoyons à la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques[341] ainsi qu'aux ordonnances y du 17 mai 1972 sur les banques[342] et du 21 octobre 1996 sur les banques étrangères[343].

Contrairement à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, qui est ordonnée par le ministère public, mais qui doit être autorisée par le tribunal des mesures de contrainte, la surveillance des relations bancaires est ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte. Cette différence entre les deux régimes d'autorisation s'explique par le fait que la surveillance des relations bancaires ne doit normalement pas être ordonnée dans l'urgence, étant donné que les informations et documents visés peuvent aussi être obtenus plus tard, au moyen d'une injonction de dépôt ou d'une mesure de séquestre.

Art. 284 Exécution

Le tribunal des mesures de contrainte ne se contente pas d'ordonner la mesure; il en définit aussi les modalités d'exécution[344]. Il devra, pour cela, se fonder essentiellement sur les précisions que le ministère public lui fournit dans sa requête, mais aura aussi la possibilité de se montrer plus strict que celui-ci, par exemple en réduisant la durée prévue de la mesure. Par «mesures visant à maintenir le secret» que la banque doit observer, on entend les instructions concernant l'objet de la surveillance et les précautions que la banque devra prendre pour éviter que le prévenu s'aperçoive de la surveillance.

Il ressort du renvoi à l'art. 278 qui figure à l'*al. 2* que la responsabilité de l'information revient au ministère public. Les banques sont ainsi libérées de la tâche désagréable consistant à informer leur client de la surveillance dont il a été l'objet.

340 RS **0.311.53**
341 RS **952.0**
342 Ordonnance sur les banques; RS **952.02**.
343 Ordonnance sur les banques étrangères; RS **952.111**.
344 En ce qui concerne l'exécution de la surveillance des comptes bancaires, cf. *Christiane Lentjes Meili*, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, thèse Zurich 1996, 277 ss

2.5.8.5 Section 5 Investigation secrète (art. 285 à 297)

Les dispositions en matière d'investigation secrète correspondent pour l'essentiel aux dispositions de procédure pénale contenues dans la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (LFIS)[345]. Tout comme les normes en matière de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, elles ont subi quelques modifications pour permettre une meilleure intégration dans le code de procédure pénale unifié. Nous nous limitons donc à commenter ici les dispositions divergeant de la réglementation prévue dans la LFIS. A la différence de ce que prévoit la LFIS, le code de procédure pénale n'opère pas de distinction entre deux phases de l'investigation secrète: la phase de la procédure pénale (art. 14 ss, LFIS) et la phase durant laquelle la direction de la procédure n'est pas encore assurée par les autorités pénales. Ainsi la réglementation statuée par la LFIS parait quelque peu contradictoire. En effet, l'intervention d'agents infiltrés *avant* l'ouverture d'une procédure pénale présuppose qu'il faille élucider si l'une des infractions énumérées a été commise (art. 4 LFIS). Pour cela, il faut, toutefois, qu'il y ait des soupçons reposant sur des faits déterminés, soupçons qui constituent à la fois la condition nécessaire à l'ouverture d'une procédure pénale. En d'autres termes, les conditions auxquelles la LFIS subordonne le recours à l'investigation secrète sont identiques à celles qui doivent être réunies pour qu'une procédure pénale puisse être ouverte. A y regarder de plus près, il n'y a donc pas de place pour la phase de l'investigation secrète précédant l'ouverture d'une procédure pénale, telle qu'elle est réglementée par la LFIS. Aussi, le code de procédure pénale fait-il abstraction de cette phase. Cela n'exclut, toutefois, pas qu'une investigation secrète soit ordonnée lorsqu'il n'y a que des soupçons suffisants se rapportant à des faits et non à des personnes, puisque les premiers conduisent à l'ouverture d'une instruction contre X. Si l'on voulait, en revanche, autoriser le recours à l'investigation secrète alors même que l'on ne dispose pas encore de soupçons suffisants qu'une infraction a été commise, condition nécessaire à l'ouverture d'une procédure pénale, une telle option paraîtrait problématique au regard des valeurs qui fondent l'Etat de droit, car elle reviendrait à autoriser la recherche de preuves au hasard.

Art. 285 Conditions

Al. 1: les conditions sont définies selon le même schéma que les conditions posées à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Les différences entre les deux systèmes sont les suivantes:

Alors que la correspondance par poste et télécommunication d'une personne ne peut être surveillée que si celle-ci est fortement soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit, on se satisfera d'un soupçon «normal», mais néanmoins suffisant (cf. art. 194, al. 1, let. b), pour ordonner une investigation secrète. Cette mesure peut donc être appliquée à un stade plus précoce de la procédure que la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Si cette réglementation peut entraîner des situations dans lesquelles il est possible d'avoir recours à un agent infiltré, mais non à la surveillance simultanée de la correspondance par poste et télécommunication, la différence de gravité de l'atteinte à la sphère privée que représentent les deux mesures justifie une différenciation de leur utilisation en fonction du degré d'intensité du soupçon. Relevons aussi que les catalogues d'infractions justifiant les

345 RS **312.8**

deux mesures ne sont pas tout à fait identiques. Toutes celles qui figurent dans le catalogue déterminant pour l'investigation secrète se retrouvent dans celui qui conditionne la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, ce qui permet d'«adjoindre» celle-ci à celle-là, pour peu que le soupçon existant soit grave. La raison pour laquelle les infractions énumérées dans le contexte de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication sont plus nombreuses que dans le cas de l'investigation secrète est double: d'une part, l'investigation secrète n'est guère adaptée à l'élucidation de certaines infractions (par exemple d'une interruption de grossesse sans le consentement de la femme enceinte au sens de l'art. 118, al. 2, CP) et, d'autre part, l'investigation secrète est admise uniquement pour élucider des crimes ou délits graves, qualifiés ou poursuivis d'office, ce qui, jusqu'à un certain point, compense le fait que la mesure, contrairement à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, n'est pas conditionnée par un soupçon *grave.* Le recours à des agents infiltrés doit être possible à un stade relativement précoce de la procédure, mais uniquement dans le contexte d'infractions graves.

L'al. 3 se réfère à la réglementation statuée à l'art. 221 du code pénal militaire[346]. Lorsqu'une personne est prévenue de plusieurs infractions, dont certaines relèvent de la juridiction militaire et d'autres de la juridiction civile, le Conseil fédéral peut déléguer le jugement de toutes ces infractions à un tribunal militaire ou à un tribunal civil. Il est donc concevable que le ministère public doive ordonner une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication dans le but de poursuivre une infraction sanctionnée par le code pénal militaire.

Art. 287 Identité d'emprunt et promesse de discrétion

Les mesures destinées à protéger les agents infiltrés appelés à être entendus sont régies de manière détaillée à l'art. 148.

Art. 288 Procédure d'autorisation

La procédure d'autorisation est la même que pour la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. L'autorisation peut toutefois être prolongée plusieurs fois, à chaque fois pour une durée de six mois au plus (*al. 5*).

Art. 289 Instructions avant l'intervention

Selon l'art. 11, al. 1, LFIS, la direction de la procédure n'a pas la possibilité d'entrer en contact direct avec l'agent infiltré. Elle doit donc lui donner les instructions nécessaires avant le début de l'intervention par l'intermédiaire de la personne de contact. Cela paraît inopportun étant donné que la responsabilité de l'opération qui peut parfois se révéler délicate, incombe en définitive au ministère public, en sa qualité de direction de la procédure. Il est, dès lors, important que celui-ci ait la possibilité d'instruire directement l'agent infiltré afin de pouvoir se faire une idée de la personne mandatée. L'instruction directe revêt un intérêt particulier lorsque l'agent infiltré est désigné en la personne d'un membre d'un corps de police étranger. Selon l'art. 286, al. 3, l'agent relèvera alors normalement de la personne de contact avec laquelle il travaille habituellement. Dans ce cas, la direction de la

346 RS **321.0**

procédure doit avoir la possibilité d'instruire directement tant l'agent infiltré que la personne de contact afin de pouvoir attirer leur attention sur les particularités du droit suisse qu'ils devront prendre en compte lors de l'intervention. Instruire uniquement la personne de contact ou lui remettre des directives écrites destinées à l'agent infiltré, ne saurait remplacer l'instruction directe, notamment parce qu'elle permet à la personne qui la reçoit de demander des précisions.

Art. 295 Constatations fortuites

Lorsqu'une investigation secrète permet d'obtenir des informations relatives à des infractions autres que celles qui sont mentionnées dans la décision d'ordonner cette mesure, elles peuvent être utilisées uniquement si l'investigation secrète aurait aussi pu être ordonnée si le soupçon avait porté sur ces nouvelles infractions au moment où la mesure a été décidée. La structure de la disposition correspond à celle de la norme régissant la découverte fortuite d'informations lors de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 277). En comparaison, la situation dans le contexte de l'investigation secrète est toutefois plus simple dans la mesure où celle-ci peut être ordonnée à l'encontre de n'importe qui. Il est donc inutile de prévoir une obligation de requérir une nouvelle autorisation lorsque le cercle des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction s'élargit.

Art. 297 Communication

Cette disposition est quasiment identique à la norme correspondante de l'art. 278, al. 2, let. b se rapportant à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. A *l'al. 2, let. b*, les motifs de report de la date de la communication ou de renonciation à l'information énumérés à l'art. 22, al. 2, LFIS[347] sont résumés par la formulation «si cela est indispensable pour protéger des intérêts publics prépondérants».

2.6 Titre 6 Procédure préliminaire

Si l'on fait abstraction des procédures spéciales réglées par le titre 8, la procédure pénale commence par la procédure préliminaire. Celle-ci se compose de la procédure d'investigation de la police et de l'instruction conduite par le ministère public. Le modèle de poursuite pénale choisi dans le projet se caractérise par l'unité de la procédure préliminaire: la procédure d'investigation de la police et l'instruction conduite par le ministère public forment un tout[348]. Comme le projet attribue *au* ministère public la responsabilité de l'investigation, de l'instruction ainsi que le pouvoir de décider du classement ou de la mise en accusation, cette autorité doit jouir d'une position forte dans cette première phase. Cette position doit être contrebalancée de manière appropriée[349]; de même, la procédure d'investigation de la police et sa délimitation par rapport à l'instruction du ministère public doivent être

347 RS **312.8**
348 Pour de plus amples détails, cf. supra, ch. 1.5.2.1.
349 Cf. supra, ch. 1.5.2.2.

réglées précisément, comme l'ont demandé les experts[350] et comme cela ressort des auditions[351].

2.6.1 Chapitre 1 Dispositions générales (art. 298 à 304)

Art. 298 Définition et but

Cette disposition introductive définit le caractère de la procédure préliminaire, ses éléments constitutifs et les tâches principales des autorités de poursuite pénale. Lorsqu'il y a soupçon qu'une infraction a été commise, par une personne connue ou inconnue, le ministère public, lui-même ou sous sa conduite (cf. art. 15, al. 2), doit entreprendre les investigations nécessaires et réunir les preuves afin que la procédure puisse être clôturée le plus rapidement possible par une ordonnance pénale, une mise en accusation ou un classement.

Art. 299 Introduction

Cet article dispose clairement que la procédure préliminaire est introduite par des investigations auxquelles la police procède en vertu de l'art. 305 (*let. a*) et non pas seulement à partir du moment où le ministère public décide formellement d'ouvrir une instruction (*al. 1, let. b;* cf. art. 308, al. 3). A partir du moment où la police entreprend de telles investigations, la procédure est régie par les dispositions du code de procédure pénale suisse; la procédure doit, en particulier, tenir compte des droits et des devoirs des participants à la procédure tels qu'ils ressortent du titre 3. Autre incidence pratique de cette réglementation: le ministère public, en tant qu'il dirige la procédure préliminaire, peut, en tout temps, donner des instructions à la police selon l'art. 306, al. 2, ou se saisir du cas.

L'al. 2 règle la question du recours contre la décision d'introduire la procédure préliminaire. Afin d'assurer la célérité de la procédure, le projet ne permet pas, en principe, que l'ouverture de la procédure – par acte concluant ou formel – puisse être attaquée par voie de recours[352]. A ce stade de la procédure, un recours ne peut porter que sur la question de savoir si des soupçons suffisants existent, question qui fait justement l'objet de la procédure préliminaire. Ce principe souffre une exception: l'objection selon laquelle l'introduction de la procédure viole l'interdiction de la double poursuite (*ne bis in idem,* art. 11) doit être examinée immédiatement au début de la procédure, au besoin, dans le cadre d'un recours. Cette règle vaut également si une procédure pénale conduite parallèlement à l'étranger, ne fait pas nécessairement obstacle à l'ouverture d'une procédure en Suisse (art. 3 ss, CP).

Art. 300 et 301

L'*art. 302, al. 1,* institue un *droit général de dénoncer,* qui est repris de la procédure pénale en vigueur. Selon la plupart des codes de procédure pénale existant en Suisse, cette dénonciation ne confère aucun droit supplémentaire au dénonciateur, en particulier aucun droit de procédure proprement dit, si celui-ci n'est ni lésé ni partie

350 Cf. «De 29 à l'unité», p. 123 ss
351 Par exemple *auditions,* p. 55 s., 76 s., 87, 146.
352 Ce que prévoit aussi «De 29 à l'unité», p. 134.

plaignante. Cette règle est reprise à *l'al. 3*. Il n'en reste pas moins que l*'al. 2* impose à l'autorité de poursuite pénale d'informer le dénonciateur, à sa demande, sur la suite qu'elle a donnée à sa dénonciation. En cela, le projet va plus loin que les normes légales et la pratique qui ont cours actuellement. L'autorité doit communiquer si une procédure a été ouverte et si elle s'est achevée par une ordonnance pénale, une mise en accusation ou un classement; en revanche, elle n'a pas à entrer dans les détails ni à motiver ses décisions.

Le *devoir de dénonciation* des fonctionnaires et des membres d'autorités est réglé de manière plus ou moins détaillé selon les codes de procédure pénale actuels. A *l'art. 301, al. 1,* le projet se borne à imposer un devoir de dénonciation *aux autorités pénales au sens des art. 12 à 21*: corollaire du caractère impératif de la poursuite (art. 7), les autorités pénales sont tenues de poursuivre les infractions constatées ou de les dénoncer aux autorités compétentes. Lorsque, par exemple, un tribunal constate des infractions, il est tenu de les dénoncer au ministère public. Ce devoir de dénonciation concerne aussi les infractions qui ont été commises dans un autre canton. De ce point de vue, l'al. 1 reprend l'obligation statuée à l'art. 11 du Concordat intercantonal sur l'entraide judiciaire. En ce qui concerne le devoir de dénoncer incombant aux autres autorités, *l'al. 2* laisse à la Confédération et aux cantons le soin de le régler, dans la mesure où il s'agit de réglementations relevant plus du droit administratif que de la procédure pénale. *L'al. 3* rappelle que ce devoir de dénoncer ne peut pas être imposé aux personnes qui auraient *le droit de refuser de déposer ou de témoigner*. Cette limitation s'applique aussi aux obligations de dénoncer statuées par la Confédération et les cantons, en application de l'al. 2.

Le devoir de dénoncer se distingue du devoir de renseigner ou d'aviser auquel sont soumises les personnes appartenant à certaines professions. Après l'adoption du code de procédure pénale suisse, de tels devoirs continueront à être réglés par les cantons dans la mesure où il leur appartient de légiférer sur les catégories de personnes appartenant aux professions en question. Ils continueront, par exemple, à définir quels sont les membres des professions médicales tenus d'annoncer aux autorités de poursuite pénale les cas de décès suspects.

Art. 303 Forme de la plainte pénale

La plainte pénale est essentiellement réglée par les art. 30 à 33 nCP[353], donc par le droit fédéral. Par contre, le droit cantonal de procédure règle sous quelle forme et auprès de quelle autorité elle doit être déposée. Le droit de procédure unifié prévoit que la plainte pénale soit déposée auprès de la police, du ministère public ou de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions, par écrit ou par oral pour être consignée au procès-verbal (*al. 1*). Le renonciation à porter plainte et le retrait de la plainte sont soumis aux mêmes conditions de forme (*al. 2*).

Art. 304 Information de la victime sur ses droits

L'al. 1 s'inspire de l'art. 8, al. 2, LAVI, s'agissant de l'information de la victime sur ses droits au stade de la procédure préliminaire, cette information étant réglée à l'art. 331, al. 3, pour ce qui concerne les débats. Comparativement au droit actuel, ce devoir d'information va plus loin puisque la police et le ministère public doivent informer la victime *de manière détaillée* sur ses droits et obligations, lors de sa

353 FF **2002** 7658

première audition, obligation qui est par ailleurs statuée de façon générale à l'art. 141, al. 1, let. c. Si la victime est entendue tant par la police que par le ministère public, les deux autorités l'informent de ses droits.

L'al. 2 s'inspire de l'art. 6, al. 1, LAVI (information quant à l'existence des centres de consultation). A la différence de ce que prévoit l'al. 1, l'obligation de fournir l'information n'incombe cette fois pas aux autorités de poursuite pénale mais à la police *ou* au ministère public, le «ou» soulignant qu'il suffit que l'information soit donnée une seule fois. Elle le sera par le ministère public si c'est lui qui entend directement la victime la première fois. A signaler une autre différence par rapport à l'art. 6, al. 1, LAVI: l'information sur les centres de consultation (*let. a*) et sur les prestations financières au sens de la LAVI (*let. b*) n'a pas besoin d'être détaillée puisqu'il incombe aux centres de consultation eux-mêmes, de renseigner les victimes de manière complète.

L'al. 3 reprend telle quelle la teneur de l'art. 6, al. 2, LAVI en vigueur. Le fait que les autorités en question doivent aviser la victime qu'elle peut refuser que son nom et son adresse soient communiqués à un centre de consultation (ainsi que le prévoit la disposition pertinente de la LAVI) ne nécessite pas de commentaire supplémentaire par rapport à celui dont a fait l'objet l'al. 1.

Enfin, *l'al. 4* va plus loin que ce prévoit la LAVI; la consignation au procès-verbal a pour but de dissiper tout doute éventuel sur le respect des dispositions des al. 1 et 3.

2.6.2 Chapitre 2 **Investigation policière** (art. 305 et 306)

Art. 305 Tâches de la police

Les *al. 1* et *2* définissent les tâches de la police dans le cadre de la procédure d'investigation. Ces tâches sont, d'ores et déjà, fixées dans les codes de procédure pénale existants ainsi que dans les ouvrages de doctrine. Les investigations sont déclenchées par des dénonciations ou des plaintes émanant de particuliers, des ordres du ministère public ou par les propres constatations de la police. A la différence de ce qui vaut pour l'instruction pénale, les *investigations que la police mène de son propre chef* ne sont pas ouvertes par une ordonnance formelle[354].

Selon *l'al. 2, let. b*, il incombe notamment à la police d'interroger les lésés et les suspects. L'expression «interroger» est utilisée à titre de générique qui couvre non seulement l'interrogatoire informel mais aussi l'audition formelle prévue à l'art. 140, al. 2, et réglée plus précisément aux art. 141 ss, 154 ss et 163.

Sous réserve de dispositions contraires du code de procédure pénale, l'*al. 3* oblige la police, dans le cadre de son activité de police judiciaire définie aux al. 1 et 2, à observer les dispositions applicables au ministère public pour l'instruction, les moyens de preuves et les mesures de contrainte. La nature-même de l'investigation policière fait que la police doit parfois déroger à ces dispositions. L'activité de la police peut être soumise à des conditions plus restrictives que celles qui régissent l'action du ministère public et des tribunaux (par exemple en ce qui concerne le prononcé de mesures de contrainte (art. 195) ou l'audition de témoins (art. 140, al. 2) ou à des conditions moins strictes (par exemple s'agissant des mandats de

354 Cf. «De 29 à l'unité», p. 125.

comparution, art. 204, ou de la visite domiciliaire lorsqu'il y a péril en la demeure, art. 212, al. 2).

En proposant une définition traditionnelle des attributions de la police dans le cadre de la procédure préliminaire, le projet souligne que l'intervention de la police à ce stade de la procédure répond à l'intérêt d'une poursuite pénale efficace et à des besoins pratiques. Forte de son savoir-faire et de sa proximité des événements, la police doit pouvoir entreprendre les premières investigations même sans ordre du ministère public. Compte tenu, cependant, de l'importance que revêt l'activité de la police en matière d'investigation, il semble logique de soumettre cette activité, à l'instar de l'activité d'instruction du ministère public, à un contrôle étendu et non pas seulement à un contrôle relevant du droit de surveillance. Ce contrôle est assuré par la possibilité de recourir contre les décisions et les actes de procédure de la police (cf. art. 401, al. 1, let. a).

Du reste, le projet prévoit diverses mesures visant à parer au risque d'une expansion trop importante et incontrôlée des activités de la police en matière d'investigations, au détriment de l'instruction. Dans ce contexte, citons au premier chef les règles sur la *collaboration de la police avec le ministère public* prévues par l'art. 306 (cf. ci-dessous). Rappelons, en outre, que la police est, par principe, tenue de respecter les prescriptions régissant l'instruction (*al. 3*); la soumission à ces normes vise à empêcher que les règles établies afin de protéger les parties, en particulier le prévenu, soient éludées par une extension de la procédure d'investigation. Soulignons enfin l'importance que revêt l'art. 312, al. 1, en disposant que les mandats que le ministère public décerne à la police pendant l'instruction sont limités à des actes d'enquêtes précisément définis.

Art. 306 Collaboration avec le ministère public

Dans une procédure préliminaire formant un tout, qui est caractéristique du modèle ministère public préconisé dans le projet, il y a lieu de garantir que le ministère public puisse exercer efficacement sa fonction de direction. Il convient donc de le doter d'instruments en conséquence qui constituent simultanément une limitation de l'autonomie de la police dans l'exercice de son activité d'investigation.

L'al. 1 prévoit que la police *informe* sans délai le ministère public des infractions graves (crimes et délits graves). Une information immédiate (en général par téléphone) doit aussi être communiquée lors d'autres d'événements graves tels que des accidents et des incendies importants, lorsqu'il n'est pas immédiatement manifeste qu'ils ont été causés par un comportement délictueux. Le devoir d'information vise à assurer que le ministère public se rende immédiatement sur les lieux de manière à prendre la direction de la procédure préliminaire. Cette manière de faire correspond au système qui existe déjà dans de nombreux cantons sous le nom de *service de piquet* ou de *veille anti-incendie*. Pour pouvoir répondre aux impératifs divers, la Confédération et les cantons doivent pouvoir régler eux-mêmes en détail ce devoir d'information.

La fonction de direction du ministère public transparaît le plus nettement au travers du fait que celui-ci – dans les cas graves qui viennent d'être mentionnés de même que lors de la commission de toute autre infraction – peut à toute étape de la procédure, soit donner des *directives impératives* à la police, soit *se saisir du cas* (*al. 2,*

1re phrase). Lorsque le ministère public fait usage de la seconde possibilité, on passe de facto du stade de l'investigation à celui de l'instruction[355]. *L'al. 2, 2e phrase* oblige le ministère public à *conduire lui-même les premières auditions essentielles* lors d'infractions graves, c'est-à-dire dans les cas mentionnés à l'al. 1 pour lesquels il est tout de suite informé et se rend sur les lieux. En particulier, en cas de commission de crimes les plus graves, les premières auditions sont d'une importance capitale. Elles doivent être conduites par l'autorité même qui est responsable de la procédure préliminaire. Bien évidemment, cette règle ne peut pas toujours être respectée, en particulier, lorsqu'il y a de nombreuses personnes à auditionner.

Ordinairement, la police établit des *rapports écrits* sur les investigations qu'elle a menées (*al. 3*). L'établissement de ces rapports répond à l'obligation statuée à l'art. 74 de documenter tous les actes de procédure. Les rapports de police ainsi que toutes les pièces annexes comme les procès-verbaux d'auditions, les objets et valeurs patrimoniales séquestrés doivent être remis au ministère public. Cette transmission doit s'effectuer immédiatement après les premières investigations afin de permettre au ministère public de prendre sans délai la direction de la procédure[356].

L'al. 4 règle la seule exception à l'obligation d'établir un rapport et de le transmettre au ministère public. Cette obligation est levée lorsque, au vu des circonstances, il n'y a manifestement pas matière à d'autres actes de procédure de la part du ministère public (*let. a*). C'est ce qui se produit dans les nombreux cas dans lesquels l'identité de l'auteur n'est pas connue ou lorsque, malgré les recherches entreprises, la culpabilité d'une personne connue n'a pas pu être établie. La communication automatique de ces cas au ministère public ne ferait le plus souvent que générer une charge administrative. Dans ces conditions, il est souvent plus rationnel que la police archive les dossiers et ne les communique au ministère public qu'à partir du moment où l'auteur est identifié ou que le délai de prescription est échu. Cette possibilité donnée à la police de renoncer à faire rapport est soumise à une condition supplémentaire, à savoir qu'aucune mesure de contrainte ou autre mesure d'investigation formelle n'ait été exécutée (*let. b*). Cette dernière disposition vise les cas dans lesquels par exemple une personne soupçonnée a tout d'abord été appréhendée par la police, alors que par la suite, sa culpabilité a pu être exclue et qu'il a donc fallu poursuivre l'enquête contre X. La personne qui a été appréhendée a droit à ce que les soupçons qui ont pesé sur elle soient formellement dissipés. Cette remarque vaut aussi pour les personnes entendues à titre de prévenu par la police et dont les déclarations ont été consignées dans un procès-verbal. En revanche, elle ne vaut pas, par exemple, pour les personnes interrogées de manière informelle sur le lieu de l'infraction.

355 Cf. «De 29 à l'unité», p. 131.
356 Tel est aussi l'avis exprimé par les experts dans «De 29 à l'unité», p. 125, 130.

2.6.3 Chapitre 3 Instruction par le ministère public

2.6.3.1 Section 1 **Tâches du ministère public** (art. 307 à 310)

Art. 307 Définition et but de l'instruction

L'instruction est la partie de la procédure préliminaire au cours de laquelle le ministère public, se fondant sur les résultats de l'investigation menée par la police, établit l'état de fait et l'appréciation juridique du cas en recueillant les preuves nécessaires de manière à pouvoir clôturer ensuite la procédure préliminaire par une ordonnance pénale, un acte d'accusation ou encore une ordonnance de classement (art. 319).

S'il faut s'attendre à une mise en accusation ou à une ordonnance pénale, le ministère public établit également, de manière appropriée, la situation personnelle du prévenu (*al. 2*). Ce faisant, le ministère public doit aussi prendre en compte les faits marquants de la vie de cette personne (curriculum vitae, rapports sur ses condamnations antérieures et sur sa réputation). Ces recherches doivent être proportionnées à la gravité de l'infraction; s'il faut s'attendre à une ordonnance pénale, elles doivent se limiter à ce qui est nécessaire.

Al. 3: compte tenu notamment de la possibilité d'administrer les preuves de manière simplifiée lors des débats (art. 345, cf. infra, ch. 2.7.2.3), les dossiers destinés au tribunal doivent contenir tous les éléments permettant à celui-ci de juger la question de la culpabilité et de la peine sans devoir procéder à l'administration de preuves supplémentaires. Cette disposition souligne que le tribunal ne peut user de la faculté de refuser d'administrer à nouveau des preuves durant les débats (art. 344, al. 2, art. 345, al. 1) qu'à la condition que les dossiers qui lui ont été transmis contiennent suffisamment d'éléments lui permettant de statuer.

Art. 308 Ouverture

L'al. 1 définit les cas dans lesquels le ministère public doit ouvrir une instruction. *La let. a* mentionne le cas de figure le plus fréquent, celui dans lequel il existe des soupçons suffisants de la commission d'une infraction.

Si les soupçons ne ressortent pas clairement du rapport de la police, respectivement des dénonciations, le ministère public peut transmettre ou renvoyer le dossier pour complément d'enquête (*al. 2*). Il ne doit toutefois faire usage de cette possibilité qu'avec retenue. En cas de doute, l'instruction doit être ouverte et, même après l'ouverture de celle-ci, la possibilité de demander des investigations complémentaires demeure (art. 312). Par contre, s'il ressort des rapports que des investigations supplémentaires ne rendraient pas plus solides les soupçons nécessaires pour ouvrir une instruction, qu'il existe des empêchements de procéder ou que, pour des raisons d'opportunité, il se justifie de renoncer à une poursuite pénale, le ministère public rend une *décision de non-entrée en matière* au sens de l'art. 310. Outre la faculté qu'il a de renvoyer le dossier à la police, et celle de ne pas entrer en matière, le ministère public peut procéder à des *investigations préalables* selon l'art. 309.

Le ministère public est également tenu d'ouvrir une instruction lorsqu'il entend ordonner des mesures de contrainte, telles que la détention provisoire, des perquisitions, fouilles ou examens, écoutes téléphoniques (*let. b*) ainsi que dans les cas où il

est informé par la police conformément à l'art. 306, al. 1 (service de piquet ou de veille anti-incendie, *let. c*).

Si l'un des cas de figure énumérés à l'al. 1 se produit, le ministère public ouvre l'instruction par *une ordonnance formelle* (*al. 3*). Cette ordonnance qui a une portée purement interne permet de clarifier le contenu du dossier en désignant le prévenu et l'infraction qui lui est imputée. Comme le prévenu a connaissance de l'ouverture de l'instruction, notamment parce qu'il est cité à comparaître, le ministère public peut renoncer à ce que cette ordonnance lui soit notifiée (*al. 3*)[357]. De même, l'ordonnance n'a pas à être motivée car l'instruction n'est ouverte qu'en cas de soupçons suffisants.

Art. 309 Investigations préalables

L'institution des investigations préalables est récente. Elle n'est réglée que dans quelques codes de procédure cantonaux, certains cantons ayant préféré la développer dans la pratique[358]. Les investigations préalables permettent au ministère public de procéder, avant l'ouverture formelle d'une instruction, à une première élucidation des faits lorsqu'il ne ressort pas du dossier des soupçons suffisants, ce qui est notamment le cas lors d'infractions complexes (*al. 1*). Les infractions visées sont surtout celles dites «sans victime» qui relèvent de la criminalité économique, ainsi que les délits d'initiés ou de blanchiment d'argent, délits pour lesquels il n'y a eu aucune dénonciation pénale de la part des lésés. Si une dénonciation avait été déposée, le ministère public ne pourrait pas procéder à des investigations préalables puisqu'en pareille occurrence, la procédure devrait formellement se clôturer au moins par une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement.

Afin de délimiter clairement la procédure des investigations préalables de l'instruction proprement dite, l'al. 1, *2e phrase,* n'autorise le ministère public qu'à rechercher de manière informelle des informations. Pour ce faire, il peut requérir des renseignements par écrit ou par oral. Il ne peut, par conséquent, pas procéder à des auditions, au sens des art. 140 ss, pas même de personnes appelées à donner uniquement des renseignements. Il n'est à fortiori pas autorisé à recourir à des mesures de contrainte. Nul n'est tenu de collaborer à ces investigations; les personnes concernées et les autorités doivent en être informées (*al. 2*).

De par sa nature, la procédure d'investigations préalables n'a pas besoin d'être clôturée formellement. Si ces investigations débouchent sur des soupçons suffisants, le ministère public ouvre une instruction au sens de l'art. 308. Les pièces recueillies durant les investigations préalables sont ajoutées à celles qui ont déjà été collectées dans le cadre de l'instruction (*al. 3*). Si, par contre, le ministère public arrive à la conclusion que les investigations préalables n'ont pas permis d'établir des soupçons suffisants, il peut clôturer la procédure sans observer de forme particulière et sans en aviser les personnes concernées. Il est en revanche loisible au ministère public de rendre une décision de non entrée en matière au sens de l'art. 310, notamment dans les cas où des personnes ont été interrogées ou ont suscité un certain intérêt dans l'opinion publique. Cette décision n'est pas sujette à recours (cela en dérogation à

357 Tel est aussi l'avis exprimé par les experts, cf. «De 29 à l'unité», p. 134.
358 *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A, Bâle 2005, p. 2005 § 75 n. 1 ss

l'art. 310, al. 2, en liaison avec l'art. 323). Le droit de consulter le dossier est limité aux seules informations relatives à la personne concernée.

Art. 310 Ordonnance de non-entrée en matière

Dès réception du dossier, le ministère public rend une ordonnance de-non entrée en matière s'il ressort des pièces que les éléments constitutifs de l'infraction en cause ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont pas réunis (*al. 1, let. a*), s'il existe des empêchements de procéder (*let. b*) ou si, pour des raisons d'opportunité, il convient que l'on renonce à ouvrir une poursuite pénale (*let. c*). La décision de non-entrée en matière est rendue lorsque le ministère public n'a pas procédé à des actes d'instruction; dans le cas contraire, il doit prononcer une ordonnance de classement. Il ne peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière pour absence d'éléments constitutifs de l'infraction que s'il apparaît d'emblée qu'aucun élément constitutif de l'infraction n'est réuni. En d'autres termes, le ministère public n'est pas habilité à prendre une telle décision de clôture lorsqu'il n'a que des doutes sur l'existence des éléments constitutifs ou sur la possibilité d'en apporter ultérieurement la preuve.

2.6.3.2 Section 2 Conduite de l'instruction (art. 311 à 315)

Art. 311 Administration des preuves et extension de l'instruction

Selon *l'al. 1re phrase*, les procureurs recueillent, en principe, eux -mêmes les preuves nécessaires. *La 2e phrase* statue une première exception: dans certains cantons, selon une pratique établie, le ministère public peut, aux fins de décharger les procureurs, confier certains actes d'instruction à ses collaborateurs donc à des agents chargés de l'instruction, des secrétaires, des stagiaires ou d'autres fonctionnaires. Il s'agit généralement d'auditions de participants à la procédure dans les cas les plus simples, en particulier lorsqu'il est prévisible que la procédure sera clôturée par une ordonnance pénale. La Confédération et les cantons doivent pouvoir maintenir cette pratique tout en veillant à ce que les actes essentiels de l'instruction (par exemple l'établissement de demandes de détention provisoire adressées au tribunal des mesures de contrainte; les mises en accusation) continuent d'être accomplis par les procureurs eux-mêmes.

Art. 312 Mandats du ministère public à la police

Il est usuel – et c'est là une pratique bien établie – que même après l'ouverture de l'instruction, le ministère public charge la police d'investigations complémentaires (*al. 1*). C'est là la seconde exception au principe statué à l'art. 311, al. 1. Grâce à ces services spéciaux, dotés d'un personnel bien formé et d'équipements adéquats, la police judiciaire est souvent mieux à même d'élucider des détails que le ministère public. Afin de parer au risque que la phase de l'instruction conduite par le ministère public soit vidée de sa substance, ou presque, et se transforme en une sorte d'investigation dans l'instruction, le projet statue deux règles spécifiques: d'une part, le ministère public ne peut plus décerner de mandats *généraux* d'investigation

après l'ouverture de l'instruction[359]. Ainsi est remise en cause la pratique qui a parfois cours et qui consiste à transmettre le dossier à la police en la chargeant, en termes généraux, d'entreprendre les investigations qui sont encore nécessaires. Dorénavant, selon l'al. 1, *2e phrase*, le ministère public ne pourra plus décerner à la police que des directives – généralement écrites – limitées à des actes d'enquête précisément définis. D'autre part, dans le cadre des interrogatoires opérés par la police sur mandat du ministère public, *l'al.* 2 garantit aux participants à la procédure, les mêmes droits que ceux accordés dans le cadre des auditions effectuées par le ministère public lui-même[360].

Art. 313 Administration de preuves en relation avec des conclusions civiles

La procédure pénale sert au premier chef à garantir l'exercice uniforme de l'action publique. Cependant, le droit de la procédure pénale et donc également le projet qui vous est soumis donnent au lésé la faculté de se constituer partie plaignante et de faire valoir ses conclusions civiles par adhésion à la procédure pénale (art. 120 ss). Il est, par conséquent, logique que le ministère public, lorsqu'il administre les preuves sous l'angle pénal, tienne aussi compte d'éventuels besoins de preuves sous l'angle civil et acquiesce autant que possible aux propositions de preuves qui lui sont faites. Toutefois, il n'administre les preuves en question que dans la mesure où cela ne prolonge pas ou ne retarde pas indûment le déroulement de la procédure pénale (*al. 1*).

L'al. 2 donne, en outre, au ministère public la possibilité, lors de l'administration de preuves qui servent exclusivement ou en premier lieu à établir les conclusions civiles, de demander une avance de frais à la partie civile lorsqu'une certaine retenue de la part de cette dernière, en tant que victime, serait de bon aloi.

Art. 314 *Suspension*

Lorsque le ministère public constate que la procédure pénale ne peut plus se poursuivre, par exemple, parce que le lieu de séjour de l'auteur est inconnu, que ce dernier est gravement malade ou qu'il existe d'autres empêchements, il ordonne la suspension de l'instruction (*art. 314*). Le terme de «suspension» n'est utilisé ici que pour cette forme d'interruption de la procédure; des codes de procédure de certains cantons suisses alémaniques utilisent les expressions «einstweilige oder vorläufige Einstellung», c'est-à-dire une suspension provisoire. Les cas visés à *l'al. 1* correspondent au droit en vigueur.

L'al. 2 régit le cas particulier de la suspension d'une procédure lorsque l'affaire fait l'objet d'une procédure de conciliation ou de médiation qui est encore pendante. Dans ces cas, il apparaît opportun de limiter la suspension. Cette limitation est, d'une part, de nature à favoriser une issue favorable de la conciliation ou de la médiation; d'autre part, elle permet d'éviter que la procédure soit retardée indûment dans l'hypothèse où aucun accord n'aboutirait. Il sied également de relever que la direction de la procédure pourra, en principe, à nouveau citer les parties à une au-

359 C'est ce qui est également préconisé dans «De 29 à l'unité», p. 132 s. et ce qui ressort en partie des *auditions*, cf. *auditions*, p. 146.

360 Cf. art. 141. La même règle s'applique naturellement aussi lors des auditions, selon l'art. 311, al. 1, 2e phrase.

dience de conciliation ou recourir à un médiateur, dans le cadre de la procédure judiciaire proprement dite (art. 333, al. 2).

L'al. 3 reprend la règle admise unanimement selon laquelle les preuves dont il est à craindre qu'elles disparaissent doivent être administrées immédiatement.

Art. 315 Reprise de l'instruction

Par la reprise de l'instruction, le ministère public se saisit à nouveau de l'instruction sans que cet acte soit soumis à une forme spéciale (*al. 1*). Cette reprise n'est pas sujette à recours (*al. 2*); en effet, dans les situations visées, les personnes qui entendraient recourir pourraient difficilement faire valoir un intérêt digne de protection.

2.6.3.3 Section 3 Conciliation et médiation (art. 316 et 317)

La conciliation et la médiation sont des processus de négociation entre le lésé et le prévenu ayant pour but de trouver un terrain d'entente qui satisfasse les deux parties. En effet, à ce jour, notre justice, et plus particulièrement notre droit pénal, supposent l'existence d'intérêts individuels distants les uns des autres, le conflit intervenant lorsque les intérêts des uns se rapprochent par trop de (voire empiètent sur) ceux des autres. La justice est ainsi appelée à trancher et à rétablir l'équilibre entre les intérêts de chacun. Une autre conception de la justice – à la base de nombreux systèmes légaux non occidentaux – considère que les divers intérêts individuels s'imbriquent et forment les fibres d'un tissu social. Le conflit correspond à un éloignement des intérêts individuels, soit à une déchirure du tissu social. La justice doit alors rapprocher les intérêts séparés par la crise[361].

La justice pénale impose au prévenu autant qu'au lésé sa solution qui consiste généralement en une sanction. Pourtant, l'Etat n'a pas toujours véritablement d'intérêt à poursuivre une infraction et parfois, les parties pourraient trouver une solution au conflit qui leur convienne mieux qu'une sanction purement pénale. Il arrive même que la réponse pénale engendre le mécontentement non seulement du condamné, mais également du lésé. En d'autres termes, de tout le monde serai perdant.

Dans le but de tenter de s'approcher d'un résultat idéal gagnant-gagnant,il s'agit dès lors d'ouvrir la porte de la réconciliation et donc de la négociation entre les parties. C'est ce que proposent les dispositions sur la conciliation et la médiation. La conciliation et la médiation sont des voies pour atteindre ce but, comme le proposent les art. 316 et 317 à titre facultatif aussi dans le cadre de la procédure pénale contre les adultes[362]. L'avant-projet de 2001 avait déjà proposé ces deux possibilités, la médiation toutefois sous une forme plus restreinte que celle de l'art. 317 (seulement dans les cas de la réparation selon l'art. 53, nCP[363]). Les réactions positives émises lors de la procédure de consultation[364] ont incité le Conseil fédéral à reprendre ces propositions dans le présent projet et même à étendre le champ d'application de la médiation.

361 A ce propos, voir *André Kuhn*, La médiation pénale, in: Journal des Tribunaux 2002 I 99–109 et la littérature qui y est citée.
362 Pour la procédure pénale applicable aux mineurs, cf. art. 17, LPPMin.
363 FF **2002** 7658
364 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 71.

Notons encore en ce qui concerne la conciliation et la médiation que lorsqu'il est fait mention de négociation, il ne s'agit en aucun cas de discussions portant sur la culpabilité de l'auteur. Contrairement au «plea-bargaining» connu dans les législations anglo-saxones, ni la conciliation, ni la médiation ne présupposent l'admission par le prévenu de sa culpabilité au sens pénal du terme. Les négociations portent ici uniquement sur la meilleure manière de sortir du conflit.

Art. 316 Conciliation

Bon nombre de législations cantonales connaissent déjà la tentative de conciliation en matière d'infractions poursuivies sur plainte. Il s'agit alors pour la direction de la procédure de tenter de trouver un arrangement à l'amiable entre le plaignant et le prévenu permettant au premier de retirer sa plainte et de renoncer ainsi à l'action pénale. *L'al. 1* intègre cette tentative de conciliation dans la procédure pénale unifiée. Cette proposition se fonde sur l'idée que le ministère public doit, par principe, faire usage de cette possibilité[365]. Restent réservés les cas dans lesquels une réconciliation apparaît d'emblée impossible. Dans la pratique, la conciliation nécessitera souvent une confrontation entre le lésé et le prévenu. Cependant, avant d'en arriver là, le ministère public pourra entendre les deux parties séparément – à plusieurs reprises si nécessaire – dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable. En cas d'échec de la conciliation ou si le prévenu fait défaut à l'audience de conciliation, sans être excusé (ce qui sera considéré comme étant le signe d'une volonté de ne pas chercher à trouver un terrain d'entente), la procédure suivra son cours (*al. 4*). Par contre, si un accord est trouvé, ou si le plaignant fait défaut sans excuse (ce qui sera assimilé à un retrait de la plainte), la procédure sera classée (*al. 1 et 3*), permettant ainsi de décharger la justice dans une mesure appréciable. Pour éviter que le retrait définitif de la plainte soit prématuré (art. 33, al. 2, nCP[366]), le ministère public pourra également suspendre la procédure en application de l'art. 314, al. 1, let. c, le temps, par exemple, que le prévenu honore ses engagements.

L'al. 2 traite de la conciliation dans le cas d'une réparation. En effet, l'art. 53 nCP prévoit une renonciation à toute poursuite pénale lorsque certaines conditions sont remplies et que l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort causé. Cette disposition de droit matériel implique que le ministère public doit, en cours de procédure, tenter une conciliation entre le prévenu et le lésé dans tous les cas où une telle renonciation à la poursuite pénale est envisageable. Si l'une des deux parties à la conciliation fait défaut sans excuse à l'audience de conciliation, on considérera qu'elle émet de la sorte sa volonté de ne pas chercher à trouver un terrain d'entente en matière de réparation; l'instruction se poursuivra alors sans délai. Contrairement à la conciliation en matière d'infractions poursuivies sur plainte, l'absence du lésé n'implique pas un retrait de la plainte. Si la conciliation aboutit, le ministère public en fait mention au procès verbal et classe l'affaire ou la suspend le temps nécessaire à la réparation du dommage.

Dans certains cas, certes rares, le ministère public pourra astreindre la partie plaignante à verser une avance destinée à couvrir les éventuels frais et indemnités. On pense ici principalement au cas où la conciliation échoue manifestement en raison de

365 L'AP-CPP (art. 346) avait prévu que la conciliation serait obligatoire. Cette option a suscité de nombreuses oppositions lors de la procédure de consultation, cf. p. 71.
366 FF **2002** 7658

la mauvaise volonté de la partie plaignante ou en raison d'exigences démesurées de sa part lors de la tentative de conciliation et où son attitude procédurière entraîne des frais de justice importants. Cette mesure exceptionnelle doit être dûment motivée par le ministère public. Si la tentative de conciliation échoue en raison d'une mauvaise volonté manifeste du prévenu, le projet n'a prévu aucune règle spécifique, puisqu'en pareil cas l'art. 424 peut s'appliquer.

Art. 317 Mediation

Si le but principal de la conciliation est l'économie de procédure, la médiation poursuit un objectif tout autre. En effet, la grande différence entre la conciliation et la médiation est que la première est un acte de procédure interne au processus pénal, mené par une autorité pénale, alors que la seconde est une procédure particulière pratiquée en dehors du cursus judiciaire, parfois en parallèle avec ce dernier, ou le temps d'une suspension de la procédure pénale. La médiation est donc toujours menée par une personne externe à la procédure pénale proprement dite, soit par un médiateur pénal.

La position de ce médiateur par rapport aux parties est totalement neutre. Contrairement à la conciliation, où la relation entre le conciliateur et les parties est pyramidale et hiérarchisée, celle qui doit s'instaurer entre le médiateur et les parties est horizontale. Le médiateur doit donc être librement accepté par les deux parties qui doivent par ailleurs toutes deux avoir la volonté de tenter une médiation. Le rôle du tiers médiateur doit se restreindre à favoriser l'émergence d'une solution librement consentie par les deux parties. Ainsi, par la conduite de réunions, il devra établir et maintenir une communication, ce qui implique la création d'un climat de confiance et d'un espace de dialogue et d'écoute mutuelle[367].

La médiation est ainsi une forme de justice «douce» substituant un mode *consensuel* de gestion des conflits au mode *conflictuel* habituel en droit pénal. En outre, elle implique pour l'auteur de l'infraction, une prise de conscience de l'autre et de ses droits, ainsi qu'une responsabilisation, prémices indispensables à une prévention couronnée de succès. Quant à la victime, elle devient, avec la médiation pénale, acteur à part entière et pourra mieux faire le deuil de l'infraction au travers d'une rencontre avec son agresseur et d'une éventuelle réparation symbolique (excuses) ou financière (dédommagement).

La médiation pénale n'a pas la prétention de vouloir se substituer à la justice traditionnelle. Pourtant, elle pourrait en devenir un complément utile dans bon nombre de cas. Elle s'inscrit, dès lors, dans une nécessité de diversification des réponses sociales à la délinquance.

Selon *l'al. 1*, le ministère public peut, en tout temps, avec l'accord des parties, faire appel à un médiateur pénal, quelle que soit d'ailleurs la gravité de l'acte reproché au prévenu, s'il estime que la médiation pourrait être utile au prévenu, au lésé et à la société. Il reste maître de l'action pénale (*al. 2*) qui pourra donc suivre son cours

367 En ce qui concerne la distinction entre conciliation et médiation, cf. par exemple *F. Denat*, La médiation pénale, in La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits?, Zurich 1992, ainsi que *J. Knoepfler*, Quelles sont les possibilités actuelles de médiation dans la justice pénale en Suisse? Quelles sont les évolutions envisageables?, in Médiation: une voie à suivre dans la justice pénale (F. Riklin, éd.), pp. 103 ss

parallèlement à la médiation si telle est la volonté du ministère public. L'art. 314, al. 1, let. c, lui permet toutefois de suspendre la procédure le temps de la médiation.

Le médiateur pénal fera en sorte que la médiation soit réellement une recherche d'une solution librement négociée entre les parties et non une négociation entre les représentants de celles-ci. De plus, la confidentialité des débats sera totale, même à l'égard du ministère public. Il n'est en effet pas question de faire du médiateur pénal un auxiliaire du ministère public (*al. 3*).

Une fois la médiation achevée, le médiateur pénal en communiquera le résultat au ministère public. En cas d'aboutissement de la médiation, il lui communiquera les termes de l'accord de médiation, ainsi que, le cas échéant, les preuves de son exécution. En cas d'échec, le médiateur ne communiquera au ministre public que le constat d'échec sans aucune précision complémentaire (*al. 4*). Aucune des parties ne pourra donc se prévaloir devant le ministère public de ce qui aura été dit par l'autre durant la médiation et le médiateur pénal sera tenu au secret absolu (*al. 6*).

L'al. 5 prévoit encore que les autorités pénales tiennent compte de façon appropriée du résultat de la médiation aboutie. Ainsi, la médiation permettra de retenir une circonstance atténuante dans certains cas, de classer l'affaire, ou encore de la suspendre le temps de l'exécution des obligations découlant de l'accord de médiation.

En ce qui concerne les frais de médiation, il faut distinguer deux cas: si la médiation aboutit et que la procédure est classée, le prévenu n'a pas à supporter les frais, sous réserve de l'art. 433, al. 2. En revanche, si elle échoue, l'Etat supporte les frais, le cas visé à l'art. 433, al. 4, étant réservé.

2.6.3.4 Section 4 Clôture de l'instruction (art. 318 et 319)

Art. 318 Audition finale

S'inspirant de plusieurs codes de procédure cantonaux, l'art. 318 prévoit la possibilité d'une *audition finale* du prévenu. Celle-ci a pour but de consigner par écrit, dans une forme concise et claire, les délits reprochés au prévenu et l'attitude de celui-ci; grâce à l'audition finale, l'autorité pénale qui étudie le dossier à un stade ultérieur de la procédure peut tout de suite se faire une idée du cas. Cette audition permet, en outre, au ministère public de contrôler si les infractions reprochées ont été suffisamment établies.

Art. 319 Clôture

Dans certains cantons, la clôture de l'instruction n'est soumise à aucune condition de forme; en d'autres termes, l'autorité compétente rend, sans autres formalités ni annonces, une ordonnance de classement, de mise en accusation ou une ordonnance pénale. D'autres codes de procédure prévoient que la clôture de l'instruction doit être annoncé aux parties par une *ordonnance de clôture* qui leur offre la possibilité de demander des compléments de preuves. *L'art. 319* prévoit une telle ordonnance de clôture (*al. 1*)[368] lorsque le ministère public estime que l'instruction est complète.

368 Comme les experts l'ont aussi recommandé, in «De 29 à l'unité», p. 137.

Cette ordonnance est notifiée aux parties dont le domicile est connu et mentionne (sans que cela lie le ministère public dans sa décision finale) si l'instruction sera probablement clôturée par une mise en accusation, une ordonnance pénale ou de classement. Contrairement à ce que prévoyait l'art. 349, al. 2, AP-CPP, *l'al. 1* ne fixe pas un délai pour des requêtes en complément de preuves. Le délai que fixe le ministère public n'est par conséquent pas un délai légal et peut donc être prolongé sur demande (art. 87, al. 1, *a contrario*). Cela permet de tenir compte des nombreux cas, dans lesquels les droits de la défense et de participation à la procédure ne pourraient pas s'exercer si le délai de 10 jours n'était pas prolongeable[369].

Le contenu de l'acte d'accusation et les preuves qui le sous-tendent sont essentiels pour les débats. Le tribunal qui statue au fond se fonde sur l'acte d'accusation et le dossier pour se forger une première impression, impression qui – c'est un fait notoire – peut être marquante. Aussi importe-t-il de donner aux parties – notamment au prévenu et à son défenseur – la possibilité de modifier cette première impression par des requêtes en compléments de preuves. Afin que les parties puissent le faire, dans la mesure la plus large possible, le projet limite les motifs pour lesquels le ministère public peut écarter des propositions de preuves. Ils correspondent à ceux pour lesquels le ministère public peut, de manière générale, renoncer à administrer une preuve (art. 137, al. 2). La décision du ministère public d'écarter des propositions de preuves doit être motivée. En revanche, si la requête est admise, le ministère public peut se borner à renvoyer aux motifs de la requête. En exigeant que le ministère public motive sa décision, le projet vise à assurer que le tribunal qui statue au fond ait connaissance des motifs et puisse les prendre en compte et les apprécier, si la partie concernée réitère, dans le cadre des débats, ses propositions de preuves écartées (*al. 2*). Malgré l'importance que revêtent les requêtes en complément de preuves avant la clôture de l'instruction, la décision négative du ministère public n'est pas sujette à recours (*al. 3*). D'une part, la recevabilité de recours à ce stade de la procédure pourrait entraîner d'importants retards dans le déroulement de celle-ci. D'autre part, il se justifie également de ne pas admettre des recours puisque les propositions de preuves écartées peuvent – ainsi que nous l'avons mentionné – être réitérées dans le cadre des débats. Enfin, on voit mal comment une autorité qui ne connaît pas le dossier peut, dans un délai utile, se faire une idée suffisante pour juger de la justesse de l'appréciation anticipée des preuves portée par le ministère public. Force est donc de prévoir que, dans la majorité des cas, l'autorité de recours confirmerait la décision du ministère public de rejeter la requête en complément de preuves de sorte que la partie recourante n'y gagnerait rien d'autre qu'un allongement de la procédure.

2.6.4 Chapitre 4 Classement et mise en accusation

Ce chapitre traite de la dernière phase de la procédure préliminaire[370], c'est-à-dire celle au cours de laquelle se décide si et de quelle manière la procédure pénale se poursuit. Concrètement, il s'agit de la phase dans laquelle l'autorité compétente

369 On trouvera un point de vue critique sur la réglementation prévue par l'avant-projet chez *Niklaus Ruckstuhl*, in 514 Gesetzartikel als Mogelpackung, Plädoyer 5/2001, p. 23; *du même auteur*, Das Strafverfahren nach dem Vorentwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordung vom Juni 2001, Anwaltsrevue/revue de l'avocat, 5/2002, p. 10, 15.

370 Dans certains codes de procédure pénale, cette phase est réglée séparément («procédures intermédiaires»).

prononce le classement de l'affaire ou rend une ordonnance pénale ou de mise en accusation.

Cette décision est du ressort du *ministère public*. Ainsi, aucune autre autorité n'a à statuer sur le classement de l'affaire et la mise en accusation. Sont réservés toutefois la possibilité de former recours contre l'ordonnance de classement (art. 323) et l'examen de l'accusation par le tribunal saisi (art. 330). Ce système a parfois été appelé «système suisse»[371], ainsi qu'il est consacré, avec des variantes, dans de nombreux codes de procédure cantonaux. Il a donné satisfaction et a été bien accueilli par une majorité des participants à la procédure de consultation[372]. Il doit donc être repris dans le code de procédure pénale suisse. Ce système se distingue des régimes procéduraux dans lesquels le ministère public, par exemple, ne peut requérir de la Chambre d'accusation que la mise en accusation du prévenu (modèle français), ou d'un système prévoyant une procédure particulière d'admission de la mise en accusation (système anglo-américain) ou encore d'un système permettant de former opposition ou recours contre la mise en accusation auprès d'une instance indépendante du tribunal saisi (système autrichien). La concentration de compétences entre les mains du ministère public vise à simplifier le déroulement des instances, à rendre plus rigoureuse l'articulation des étapes précédant la procédure judiciaire proprement dite, deux améliorations qui devraient contribuer à accroître l'efficacité des poursuites pénales.

2.6.4.1 Section 1 **Classement** (art. 320 à 324)

Le classement entraîne la *clôture définitive de la procédure pénale*. Ainsi que nous l'avons déjà exposé dans les remarques préliminaires, la compétence de classer la procédure appartient au ministère public et non à une autorité judiciaire, tel qu'un tribunal ou une Chambre d'accusation. En cela, le projet reprend la réglementation d'ores et déjà prévue dans nombres de codes cantonaux de procédure pénale. Le droit de recours prévu à l'art. 323 vise à faire contrepoids aux pouvoirs étendus dont jouit le ministère public en matière de classement de la procédure.

Art. 320 Motifs de classement

Les motifs de classement énumérés à *l'al. 1* correspondent – dans la mesure où ils font l'objet d'une réglementation spécifique – aux codes de procédure en vigueur ou à la doctrine. De manière générale, il s'agit de motifs qui, devant le tribunal, déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou sur une clôture produisant des effets similaires. Dans les paragraphes qui suivent, nous nous bornerons à commenter brièvement les let. a et e.

La *let. a* prévoit le classement de l'affaire lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'a été établi durant l'instruction. S'il y a contradiction entre les preuves, il n'appartient pas au ministère public de procéder à leur appréciation. En particulier, le principe *in dubio pro reo* (art. 10, al. 3) ne saurait s'appliquer lors de la décision de classement; en l'occurrence, le principe qui vaut au contraire est *in*

371 *Hauser/Schweri/Hartmann,* Schweizerisches Strafprozessrecht, 6.A, Bâle 2005, p. 2005 § 79 n. 12.
372 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 73.

dubio pro duriore, principe dont l'application a pour conséquence que de tels cas doivent être dénoncés au tribunal compétent par une mise en accusation.

La let. e prévoit le classement de la procédure lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction, en vertu de dispositions du droit matériel ou de procédure. Les cas visés sont, par exemple, ceux d'infractions commises par des étrangers ou à l'étranger au sens de l'art. 3, al. 3, nCP[373] (… *ne peut plus être poursuivi en Suisse* …), celui de la tentative au sens de l'art. 22, al. 2, nCP (… *l'auteur n'est pas punissable* …), ceux d'exemption de peine au sens des art. 52 à 54 nCP (… *renonce à le poursuivre* …), ceux de diverses infractions prévues dans la partie spéciale du code pénal (… *le juge renonce ou exempte de toute peine* …)[374] ainsi que ceux auxquels l'art. 8 P-CPP peut être appliqué en vertu du principe de l'opportunité.

En sus des motifs impératifs de classement énumérés à l'al. 1, *l'al. 2* prévoit un motif facultatif de classement, à savoir l'issue positive de la médiation. La décision de classement total ou partiel pour ce dernier motif constitue l'une des possibilités prévues à l'art. 317, al. 5, de tenir compte de façon appropriée du résultat d'une médiation qui a abouti.

L'al. 3 reprend la réglementation statuée actuellement à l'art. 10d, al. 1, LAVI[375] sur l'aide aux victimes d'infractions, article qui sera abrogé dès l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse.

Art. 321 Ordonnance de classement

Suivant l'exemple de quelques cantons, *l'al. 2, 2e phrase,* prévoit que lors de la procédure de classement, le ministère public peut ordonner *la confiscation d'objets et de valeurs patrimoniales* (art. 69 à 72 nCP[376]), ainsi que leur allocation au lésé (art. 73, nCP). En pareil cas, il n'y a donc pas lieu de prévoir une procédure de confiscation indépendante au sens des art. 384 ss Les personnes touchées par la confiscation peuvent former recours selon l'art. 401 de sorte que l'exigence légale d'une décision judiciaire est respectée.

Le classement d'une procédure pénale a pour effet de supprimer toute base permettant de statuer sur d'éventuelles actions civiles intentées par adhésion à la procédure pénale. *L'al. 3* souligne que la voie civile est ouverte à la partie plaignante dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance de classement, même si, en vertu de l'art. 120, al. 3, l'action civile était déjà pendante dans la procédure pénale.

L'al. 4 rappelle qu'une ordonnance de classement, qui n'a pas été attaquée ou l'a été sans succès, équivaut matériellement et formellement à un acquittement. Comme ces ordonnances ne sont pas rendues par une autorité judiciaire et se fondent souvent sur un dossier plutôt sommaire, l'entrée en force est limitée en ce sens qu'une reprise de la procédure soit possible, à des conditions moins strictes que celles qui valent en cas d'acquittement (art. 324).

373 FF **2002** 7658
374 Par exemple, art. 171, al. 2, 192, al. 2, 193, al. 2, 305, al. 3, CP; cf. aussi l'art. 100, ch. 1, 2e phrase, LCR.
375 RS **312.5**
376 FF **2002** 7658

Art. 322 Notification

L'ordonnance de classement doit être notifiée aux parties, à savoir au prévenu et à la partie plaignante, à la victime ainsi qu'à tous les participants à la procédure qui sont touchés par l'ordonnance, c'est-à-dire aux personnes dont des objets ou des valeurs patrimoniales sont en cause, celles qui sont condamnées à payer des frais, selon l'art. 433 ou celles qui doivent fournir des indemnités (*al. 1, let. a* à *c*). La *let. d* doit être mise en relation avec l'art. 323 qui donne au procureur général (cf. art. 14, al. 3) la compétence de recourir contre les ordonnances de classement. En sus des personnes et autorités énumérées à l'al. 1, il y a lieu de rappeler que l'art. 82, al. 6, oblige à communiquer également les décisions aux autres autorités désignées par le droit fédéral ou cantonal.

Quant aux modalités de la communication, *l'al. 3* renvoie aux art. 82 à 86. Ce renvoi permet de souligner que lorsqu'il n'est pas possible de notifier une ordonnance de classement, point n'est besoin de publier celle-ci (art. 86, al. 4).

Art. 323 Approbation et moyens de recours

Le dépôt d'un moyen de recours par le premier procureur ou par un procureur général selon *l'al. 2, 2e phrase,* présuppose qu'une telle fonction ait été instituée. Et même si tel est le cas, le premier procureur ou le procureur général ne peuvent toutefois pas déposer de moyens de recours si l'ordonnance de classement doit être approuvée par eux, selon *l'al. 1*. Ainsi donc, la Confédération et les cantons ont le choix entre deux solutions pour faire réexaminer les ordonnances de classement, à savoir l'approbation ou le dépôt d'un moyen de recours.

Art. 324 Reprise de la procédure préliminaire

Selon *l'al. 1*, une procédure clôturée par une ordonnance de classement peut être reprise si le ministère public a connaissance de nouveaux moyens de preuves ou de faits nouveaux. Dans ces cas, a lieu une *reprise de la procédure préliminaire* (parfois appelée aussi réouverture). Les nouveaux moyens de preuves ou les faits nouveaux peuvent être en rapport tant avec la question de savoir si l'on était en présence d'une infraction qu'avec les raisons qui ont amené à soupçonner la personne qui était alors prévenue.

Afin de déterminer quels faits et moyens de preuves doivent être considérés comme nouveaux, le projet prend comme critère que ces faits et moyens de preuves n'étaient pas connus dans le cadre de la procédure préliminaire qui a été classée, autrement dit, ne ressortaient pas du dossier antérieur (*al. 1, let. b*). Par voie de conséquence, des moyens de preuves qui ont été cités voire administrés dans le cadre de la procédure antérieure sans être toutefois complètement exploités, ne peuvent pas être considérés comme étant nouveaux[377]. Inversement, on ne saurait exiger qu'un fait ou un moyen de preuve ne soit considéré comme nouveau que dans la mesure où le ministère public ne pouvait pas en avoir connaissance, dans le cadre de la procédure antérieure, même en ayant fait montre de la plus grande diligence. Concevoir les choses ainsi serait trop strict puisqu'en raison du grand nombre

377 Par exemple, si un rapport de police concernant un accident mentionne que X.Y. a vu l'accident et que X.Y. n'a pas été entendu comme témoin, un tel fait ne peut pas fonder une reprise de la procédure même s'il ressort ultérieurement que cette personne pourrait faire des déclarations importantes concernant le déroulement de l'accident.

d'affaires pénales qu'elles ont à traiter, les autorités d'instruction sont naturellement enclines à classer les procédures, ce qui donne à penser que l'on ne saurait se monter par trop exigeant s'agissant du respect du devoir de diligence.

Il est concevable qu'au cours de la première procédure, le ministère public ou une partie (notamment la partie plaignante) ait eu connaissance d'un moyen de preuve ou d'un fait important mais pour une raison quelconque, n'en ont volontairement pas parlé durant la procédure. En pareille occurrence, le principe de la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit devrait en règle générale faire obstacle à une reprise de la procédure au détriment du prévenu.

2.6.4.2 Section 2 **Mise en accusation** (art. 325 à 328)

Art. 325 Principes

Si une procédure préliminaire est close par une ordonnance pénale ou de classement, elle doit être suivie d'une mise en accusation devant le tribunal compétent à raison du lieu et à raison de la matière. L'*accusation, appelée aussi ordonnance de renvoi*, doit être portée lorsque la procédure préliminaire a permis de fonder des soupçons suffisants qui, aux yeux du ministère public, rendent une condamnation vraisemblable.

Dans l'introduction de ce chapitre, nous avons déjà abordé la question de savoir si la mise en accusation devait être sujette à *recours*. Certains codes de procédure pénale prévoient que la mise en accusation est attaquable alors que d'autres excluent une telle possibilité. Les experts entendaient que la mise en accusation soit sujette à recours[378]. Si *l'al. 2* exclut cette possibilité, c'est notamment par respect de la *maxime de célérité*. Cette renonciation se justifie parce que, selon l'art. 330, la direction de la procédure du tribunal saisi est tenue de procéder à un examen provisoire de l'acte d'accusation dès réception de celui-ci ainsi que du dossier qui l'accompagne, afin de déterminer si l'acte d'accusation et le dossier ont été établis régulièrement. Au demeurant, c'est la tâche même du tribunal chargé de juger au fond de déterminer si les accusations portées contre le prévenu l'ont été à bon droit.

Art. 326 Contenu de l'acte d'accusation

L'accusation est portée par écrit dans un acte dit d'accusation. *L'al. 1, let. a* à *e,* dresse la liste des éléments que doit contenir l'acte d'accusation afin qu'il n'y ait aucun doute concernant les parties et les autorités pénales impliquées dans la procédure.

Les let. f. et *g* règlent ce qui constitue le «cœur» de l'acte de l'accusation, à savoir les délits reprochés au prévenu. A l'heure actuelle, la Confédération et les cantons règlent le contenu des actes d'accusation ou des ordonnances de renvoi de façons très diverses. Certains codes de procédure donnent à l'acte d'accusation la forme d'un rapport final relativement complet qui non seulement définit les actes reprochés au prévenu mais encore résume les résultats de l'instruction, et sur cette base, exposent les raisons pour lesquelles un verdict de culpabilité devrait être rendu et les

378 «De 29 à l'unité», p. 139; de même une minorité lors de la procédure de consultation, Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 72.

sanctions qui devraient être infligées. D'autres codes prévoient, en revanche, un exposé concis des faits, limité à l'essentiel, qui ne fasse pas référence à la procédure préliminaire, ni aux preuves recueillies ni ne se prononcent sur la question de la culpabilité ou de la peine.

Le projet s'inspire du second modèle. Un exposé clair et concis des actes reprochés au prévenu n'est pas seulement utile aux parties; il permet aussi au tribunal de se faire tout de suite une idée précise des infractions qui font l'objet de l'acte d'accusation. Un exposé concis des infractions qui font l'objet de l'acte d'accusation est aussi requis parce que, selon la maxime d'accusation (art. 9), seules peuvent faire l'objet de la procédure pénale ainsi que du jugement la clôturant, les infractions qui ont été exposées dans l'acte d'accusation. A cette fin, l'acte d'accusation doit:

– décrire *«le plus brièvement possible, mais avec précision»* les actes reprochés (*let. f*); les affirmations ou les descriptions qui ne sont pas nécessaires à fonder les infractions reprochées au prévenu, doivent être laissées de côté. En revanche, il est nécessaire d'indiquer de manière aussi précise que possible le lieu, la date et l'heure de la commission des infractions; en outre, il est essentiel que l'acte d'accusation décrive la manière d'agir de l'auteur de manière à faire ressortir tous les éléments objectifs et subjectifs qui donnent au ministère public à penser que l'infraction a été réalisée. Enfin, si l'acte d'accusation porte sur des formes particulières de responsabilité pénale, telles que la tentative, la commission de l'acte en tant que co-auteur ou encore la participation, il y a lieu d'exposer en quoi le comportement de tel ou tel prévenu permet de retenir contre lui l'une des formes de responsabilité pénale évoquée ci-dessus;
– selon *la let. g*, indiquer *quelles infractions sont réalisées*. Le ministère public doit donc désigner de façon précise, les infractions qui, à son sens, sont réalisées selon la loi, compte tenu de l'état de faits décrit. S'il a des doutes quant à la qualification de l'infraction, il peut présenter un acte d'accusation subsidiaire, qui, pour le cas où ses conclusions principales seraient rejetées, met normalement moins gravement en cause le prévenu.

Le fait que l'acte d'accusation ne doit contenir que les points mentionnés à l'al. 1 est le corollaire du principe évoqué plus haut selon lequel l'acte d'accusation doit se limiter à l'essentiel. L'acte d'accusation n'a aucunement pour but de justifier ni de prouver le bien fondé des allégations du ministère public (notamment celles qui sont visées aux let. f et g). C'est dans le cadre des débats qu'il s'agira de déterminer, sur la base des preuves administrées, du dossier de l'instruction et des plaidoiries, si ces allégations sont exactes (art. 10, 341 ss). Aussi, l'acte d'accusation ne doit-il faire aucune mention de preuves ou de considérations qui tendraient à corroborer tant sur le plan des faits que sous l'angle de la culpabilité ou du droit, les allégations du ministère public. La seule exception à ce principe est statuée à l'art. 327, al. 2, qui permet au ministère public, lorsqu'il ne soutient pas en personne l'accusation devant le tribunal, de joindre à son acte d'accusation, un rapport final.

Ainsi que le prévoient, d'ores et déjà, divers codes cantonaux de procédure cantonale, et le préconise la doctrine, *l'al. 2* autorise le ministère public à présenter un *acte d'accusation alternatif*. Celui-ci peut revêtir diverses formes. La situation classique dans laquelle le ministère public dresse de tels actes d'accusation (et le tribunal rend éventuellement des jugements alternatifs) est celle dans laquelle l'état de faits en question n'est pas clairement établi, bien que tous les moyens d'élucider

la situation aient été mis en œuvre, et dans laquelle, en tout état de cause, il ne fait aucun doute qu'il y a bien eu infraction. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'un témoin a fait des déclarations contradictoires lors de deux auditions différentes; or, tout en sachant qu'une version doit être fausse, on ne parvient pas à déterminer laquelle est exacte. Autre cas de figure classique: à la lumière des preuves administrées, on sait pertinemment que le prévenu n'a pu se procurer l'objet en sa possession que par vol ou par recel. Pourtant, il est impossible de déterminer laquelle de ces infractions est réalisée.

Art. 327 Autres informations et propositions

Les codes de procédure pénale existant en Suisse prévoient que le ministère public communique au tribunal, dans l'acte d'accusation-même ou à titre d'annexes, *la liste et la récapitulation des opérations essentielles ayant eu lieu durant la procédure préliminaire.* Ces réglementations ont pour but de permettre au tribunal et aux parties, lors de la préparation des débats et du jugement, de se forger rapidement une idée de l'affaire, sans devoir procéder à de longues recherches de pièces dans le dossier qui est parfois très volumineux (*al. 1*). Selon le type d'informations à fournir, le ministère public peut recourir à des listes ou à des formulaires préimprimés.

L'al. 2 donne au ministère public la faculté de joindre à l'acte d'accusation un *rapport final* qui peut contenir également son appréciation des preuves. Ce rapport doit permettre non seulement au tribunal mais aussi aux parties d'avoir rapidement une vue d'ensemble sur les faits faisant l'objet de l'acte d'accusation et sur les actes de procédure qui ont déjà été accomplis. Afin d'éviter que le ministère public ne profite de ce rapport final pour faire un préréquisitoire, le projet prévoit qu'il ne peut user de la faculté susmentionnée que lorsqu'il ne soutient pas en personne l'accusation devant le tribunal.

Art. 328 Notification de l'acte d'accusation

Comme il appartient au seul ministère public de soutenir l'accusation, c'est à lui qu'il doit incomber de notifier l'acte d'accusation dès que celui-ci a été dressé, en premier lieu au prévenu et au tribunal compétent. *L'al. 1* règle les modalités de cette notification.

L'art. 228 du projet confère au tribunal des mesures de contrainte la compétence d'ordonner la détention du prévenu pour des motifs de sûreté après que la procédure préliminaire a été clôturée et que le prévenu a été mis en accusation. Si le ministère public estime que la détention doit être prolongée, il doit, simultanément à la mise en accusation, adresser au tribunal des mesures de contrainte une demande écrite tendant à ce qu'il ordonne la détention pour des motifs de sûreté (*al. 2*).

2.7 Titre 7 Procédure de première instance

Ce titre traite de la procédure devant le tribunal de première instance au sens de l'art. 19. Les dispositions qu'il contient sont donc applicables, que la procédure ait lieu devant le juge unique, un tribunal collégial ou encore un tribunal de première instance spécialisé (par exemple le tribunal des délits économiques).

La procédure de première instance débute lorsque le tribunal reçoit l'acte d'accusation et se termine par le prononcé du jugement. Il y a lieu d'établir un distinguo entre «procédure de première instance» *(Hauptverfahren) et* «débats» *(Hauptverhandlung)*, puisque ces derniers ne constituent qu'une phase de l'ensemble de la procédure de première instance.

2.7.1 Chapitre 1 Litispendance, préparation des débats, dispositions générales relatives aux débats (art. 329 à 335)

Art. 329 Litispendance

Du libellé de *l'al. 2,* on peut inférer qu'avec la naissance de la litispendance, le ministère public perd la direction de la procédure. En revanche, s'agissant de tribunaux collégiaux, cette disposition ne précise pas si la direction de la procédure incombe à l'ensemble du tribunal; ce point est réglé à l'art. 59, let. c, selon lequel la procédure devant les tribunaux collégiaux est dirigée par le président du tribunal concerné.

Art. 330 Examen de l'accusation; suspension et classement

Puisque la mise en accusation incombe au seul ministère public (art. 325, al. 1) et qu'elle n'est pas sujette à recours (art. 325, al. 2), il est capital que la direction de la procédure du tribunal examine l'acte d'accusation dès sa réception. Elle détermine tout d'abord si l'acte d'accusation satisfait aux exigences posées à l'art. 326 (*al. 1, let. a*). Selon l'*al. 1, let. b,* il y a lieu également d'examiner si les conditions d'ouverture de l'action publique sont réalisées, autrement dit, si le comportement dénoncé dans l'acte d'accusation est punissable et s'il existe des soupçons suffisants permettant d'étayer l'accusation. La direction de la procédure n'examine ces points que sommairement. Il appartient, bien évidemment, au tribunal chargé de statuer au fond de déterminer si les preuves avancées sont suffisantes pour justifier un verdict de culpabilité. Par «empêchements de procéder» au sens de *l'al. 1, let. c*, on entend la situation dans laquelle les conditions d'ouverture de l'action publique ne sont pas réalisées. Tel est notamment le cas lorsqu'il y a prescription, que le prévenu est décédé ou qu'il est dans l'incapacité de prendre part aux débats. Cet examen n'obéit pas à une procédure formelle qui se clôturerait par une décision d'admission ou de rejet de l'accusation. Aussi n'est-il pas expressément prévu de donner aux parties la possibilité de s'exprimer. Il n'en est pas moins loisible à celles-ci d'adresser à la direction de la procédure des requêtes sur des points que celle-ci doit examiner. Cette réglementation de la procédure d'examen ne pose pas de problème parce que l'omission de formuler des objections sur des points énumérés à l'al. 1 n'entraîne aucun préjudice juridique. En effet, il sera toujours possible de soulever durant les phases ultérieures de la procédure de première instance une question préjudicielle ou incidente portant sur le défaut ou l'existence des conditions d'ouverture de l'action publique ou des empêchements de procéder (cf. art. 339, al. 2 à 5).

Les al. 2 à 4 règlent la marche à suivre lorsque qu'il résulte de l'examen selon l'al. 1 que l'acte d'accusation est lacunaire, que des conditions à l'ouverture de l'action publique font défaut ou qu'il existe des empêchements de procéder. Dans chacun de ces cas, il appartient au tribunal et non pas à la direction de la procédure, qui a

examiné l'accusation, de la suite des opérations. Dans les tribunaux collégiaux, la direction de la procédure doit informer les autres membres du tribunal de ses constatations et leur soumettre une proposition quant à la suite de la procédure. Le code de procédure pénale n'exige pas que cette décision soit prise lors de débats publics ou devant les parties; cette décision peut être prise par voie de circulation.

Selon *l'al. 2*, la procédure doit être suspendue lorsqu'il apparaît qu'un jugement au fond ne peut pas encore être rendu. Tel est tout d'abord le cas lorsque l'acte d'accusation présente des vices réparables ou que des conditions d'ouverture de l'action publique font momentanément défaut ou encore que les empêchements de procéder qui existent sont passagers; il y a également lieu de décider une suspension lorsque la procédure de première instance fait apparaître des motifs qui obligeraient à suspendre une procédure préliminaire, conformément à l'art. 314, al. 1. De tels motifs peuvent apparaître lors de l'examen de l'accusation selon l'al. 1 ou lors d'une phase ultérieure de la procédure de première instance. La suspension doit être notifiée aux parties à titre de décision concernant le sort de la procédure (cf. art. 78, al. 3).

Al. 3: les codes cantonaux de procédure pénale en vigueur ne règlent parfois pas la question de savoir si une affaire suspendue assortie d'un renvoi de l'accusation au ministère public, reste pendante devant le tribunal saisi. L'élément déterminant, en l'occurrence est de savoir quelle est l'autorité compétente en matière de mesures de contrainte durant cette phase intermédiaire de la procédure (par exemple qui a le pouvoir de statuer sur une demande de libération de la détention). L'obligation qu'a le tribunal de décider expressément si l'affaire reste pendante devant lui a pour but de clarifier la situation. Le maintien de la saisine du tribunal peut, par exemple, être judicieux lorsque le ministère public ne doit apporter à l'accusation que des compléments ou des corrections qui lui prennent peu de temps. Si, en revanche, il est prévisible que ces travaux induiront un investissement important de temps, il peut être préférable que le ministère public reprenne direction de la procédure.

Al. 4: la procédure doit être classée si les empêchements de procéder sont insurmontables ou si les conditions à l'ouverture font durablement défaut. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de suspension visé à l'al. 2, les personnes touchées par le classement ont le droit d'être entendues. Il s'agit des parties ainsi que des personnes atteintes par le classement de procédure, en particulier celles qui sont touchées par la confiscation de valeurs patrimoniales ou d'objets. L'al. 4 s'applique aussi si les causes d'un classement n'apparaissent qu'au cours de la procédure de première instance.

Pour des motifs d'économie de procédure, *l'al. 5* permet que la décision de classer l'affaire soit rendue en même temps que le jugement sur les autres points de l'accusation. L'économie de procédure peut toutefois aussi requérir que le tribunal fasse connaître rapidement son intention de classer la procédure sur certains points afin de réduire les conclusions des parties sur ces points lors des plaidoiries.

Art. 331 et 332

La préparation des débats repose essentiellement dans les mains de la direction de la procédure: celle-ci en fixe la date, fait circuler le dossier et décide qui doit participer aux débats et quelles autres preuves doivent être administrées lors des débats. Afin que les parties puissent, en connaissance des intentions de la direction de la procédure, proposer l'administration d'autres moyens de preuves, la direction de la procé-

dure doit leur communiquer l'information nécessaire (*art. 332, al. 1*) et leur impartir un délai pour requérir l'administration de nouvelles preuves (*art. 332, al. 2*). Le devoir de communiquer rapidement la composition du tribunal (*art. 332, al. 1*) a pour but que les parties fassent valoir d'éventuels motifs de récusation le plus rapidement possible et qu'on évite ainsi un renvoi des débats. Les demandes de récusation sont jugées selon l'art. 54 ss

Une fois qu'elle a statué sur les éventuelles propositions relatives à l'administration de nouvelles preuves formulées par les parties selon *l'art. 332, al. 3*, la direction de la procédure fixe la date des débats et cite les parties et d'autres personnes à comparaître (art. 332, al. 4). Lorsqu'elle cite les parties à comparaître, la direction de la procédure doit également décider si elle entend requérir la présence du ministère public pour soutenir l'accusation devant le tribunal (art. 338, al. 4).

Art. 333 Débats préliminaires

Suivant l'exemple de certains codes cantonaux et l'avis de la commission d'experts[379], il est prévu qu'une audience préliminaire puisse avoir lieu avant l'ouverture des débats. Cette audience n'est ouverte qu'aux parties et sert à régler des questions d'organisation (*al. 1*), comme le déroulement des débats, le temps nécessaire pour ceux-ci ou le besoin d'un traducteur.

En vertu de *l'al. 2,* la direction de la procédure peut mener une conciliation ou faire appel à un médiateur – aux conditions fixées aux art. 316 et 317. Si, dans le cas d'infractions poursuivies sur plainte, ces mesures aboutissent au retrait de la plainte, le tribunal doit classer la procédure, selon l'art. 330, al. 4.

Al. 3: la possibilité d'administrer des preuves avant l'ouverture des débats revêt de l'importance, notamment lorsque l'administration de certaines preuves peut être mise en péril, par exemple lorsqu'un témoin est gravement malade ou qu'une personne appelée à donner des renseignements est sur le point de partir outre-mer. Il n'y a lieu de n'user qu'avec la plus grande retenue de la possibilité de déléguer au ministère public l'administration de preuves puisque celui-ci a le statut de partie dans le cadre des débats et que l'administration de preuves par une partie apparaît comme un cas de figure exceptionnel.

Art. 334 Modification et complément de l'acte d'accusation

Al. 1: l'exposé des faits et leur qualification juridique dans l'acte d'accusation sont en interaction: le ministère public formulera ses allégations sur les faits qui font que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis. Comme il est parfois très difficile de délimiter les éléments constitutifs d'infractions les uns par rapport aux autres, il peut arriver qu'un acte d'accusation expose un état de faits qui ne se rapporte qu'à une seule infraction et fasse abstraction des éléments qui permettraient de conclure que le même état de faits est constitutif d'une autre infraction. Exemple[380]: le prévenu est accusé d'abus de confiance qualifié. Le tribunal est d'avis que le comportement incriminé pourrait aussi être qualifié juridiquement d'escroquerie. Il est compréhensible que l'acte d'accusation ne décrive, par exemple, pas, par quel comportement le prévenu a dû agir dolosivement. Il manque ainsi un élément factuel

379 «De 29 à l'unité», p. 141.
380 Selon *Georges Greiner,* Akkusationsprinzip und Wirtschaftsstrafsachen, ZStrR 123 (2005) 120.

qui est nécessaire pour permettre au tribunal de qualifier juridiquement le comportement d'escroquerie. En pareille situation, l'al. 1 permet au tribunal d'inviter le ministère public à modifier son acte d'accusation. Il lui impartit un délai à cet effet. Toutefois, le ministère public n'est pas tenu de modifier son acte d'accusation.

L'al. 2 permet de déroger à la maxime d'accusation (art. 9, al. 1) et de compléter l'acte d'accusation. Encore faut-il que le tribunal ait eu connaissance, pendant la procédure de première instance, de nouvelles infractions commises par le prévenu. En permettant que l'acte d'accusation soit complété, on évite d'ouvrir une nouvelle procédure préliminaire puis de première instance, ce qui répond au principe de l'économie de procédure, notamment dans les cas d'infractions en série. Lorsqu'il est appelé à prendre sa décision d'autoriser le ministère public à compléter son acte d'accusation, le tribunal doit notamment prendre en compte la disposition figurant à *l'al. 3*. Selon celle-ci, il n'est pas possible de compléter l'acte d'accusation si les nouvelles infractions du prévenu qui ont été découvertes exigent de nouvelles administrations de preuves de grande ampleur ou s'il y a connexité objective, c'est-à-dire lorsque l'on soupçonne l'existence de co-auteurs ou la participation de tiers. Dans de tels cas, le ministère public doit ouvrir une procédure préliminaire.

Art. 335 Dessaisissement

Il semble que le cas le plus courant de dessaisissement soit celui dans lequel le juge unique qui arrive à la conclusion que la cause pendante devant lui peut déboucher sur une peine ou une mesure qui dépasse sa compétence juridictionnelle. On peut aussi imaginer qu'un tribunal collégial saisi, mais disposant d'une compétence juridictionnelle réduite, transmette l'affaire à un autre tribunal collégial.

Il n'y a pas de dessaisissement si le tribunal auquel une cause a été déférée soit directement soit à la suite d'un dessaisissement au sens de l'art. 335, entend prononcer une peine ou une mesure qui ressortirait à un tribunal qui jouit d'une compétence juridictionnelle moins étendue.

2.7.2 Chapitre 2 Débats

2.7.2.1 Section 1 Tribunal et participants à la procédure (art. 336 à 338)

Art. 336 Composition du tribunal

En vertu de *l'al. 3*, la direction de la procédure a le droit de convoquer des membres supplémentaires pour assister aux débats. Cette faculté répond à une proposition de la commission d'experts[381]. Les tribunaux devraient en user avant tout lors d'affaires complexes exigeant des débats de longue durée. Pour pouvoir remplacer, au besoin, un membre défaillant du tribunal, le juge suppléant ne doit pas seulement participer aux débats. Il faut encore qu'il reçoive le dossier mis en circulation selon l'art. 331, al. 2.

381 «De 29 à l'unité», p. 141.

Art. 337 Prévenu et défense d'office

Selon *l'al. 4,* les dispositions régissant la procédure par défaut sont applicables si le prévenu ne comparaît pas sans excuse. Toutefois, avant d'engager une procédure par défaut, la direction de la procédure peut décerner un mandat d'amener à l'encontre du prévenu (art. 205 à 207).

Art. 338 Ministère public

Selon *l'al. 1,* le ministère public est tenu, en tout état de cause, soit de présenter des propositions par écrit soit de comparaître personnellement aux débats. Cette possibilité de choix est toutefois limitée par *l'al. 3* qui détermine les cas dans lesquels le ministère public doit impérativement soutenir en personne l'accusation devant le tribunal. Cette obligation de comparaître personnellement va relativement loin. Elle est sous-tendue par l'idée que le ministère public occupe, dans le cadre de la procédure préliminaire, une position relativement forte d'où découle une lourde responsabilité qu'il doit assumer jusqu'au bout en participant personnellement aux débats.

2.7.2.2 Section 2 **Début des débats** (art. 339 et 340)

Art. 339 Ouverture, questions préjudicielles et questions incidentes

Lorsque *l'al. 1* prescrit à la direction de la procédure de constater la présence des personnes citées à comparaître, il s'agit naturellement uniquement des personnes qui ont été citées au début des débats et non pas celles qui doivent comparaître à un moment ultérieur (par exemple des témoins à auditionner ou des experts).

L'al. 2 cite quelques points qui peuvent donner lieu à des questions préjudicielles. Cette énumération n'est pas exhaustive. Une question est préjudicielle ou incidente selon que le tribunal a la compétence de la trancher ou non (cf. *al. 3*). Les demandes de récusation selon l'art. 56, al. 1, doivent être déposées par les parties, dès qu'elles ont eu connaissance du motif de récusation, si possible immédiatement après la communication de la composition du tribunal. Elles ne sont, toutefois, pas traitées comme des questions préjudicielles puisque l'autorité appelée à statuer sur elles est l'autorité de recours (art. 57, al. 1, let. b). La *let. a* se réfère aux exigences auxquelles doit répondre un acte d'accusation selon les art. 326 et 327. Parmi les «conditions à l'ouverture de l'action publique» qui peuvent faire l'objet d'une question préjudicielle selon la *let. b* citons, par exemple, la compétence du tribunal, alors que la prescription peut être invoquée au titre des «empêchements de procéder» visés à la *let c*.

Le cours que suivra la procédure, une fois traitées les questions préjudicielles ou les questions incidentes dépend de la manière dont elles ont été tranchées. Si le tribunal a constaté qu'une condition à l'ouverture de l'action publique faisait défaut ou qu'il existait un empêchement de procéder, il doit, en application de l'art. 330, al. 2 ou 4, suspendre ou classer la procédure.

Art. 340 Poursuite des débats; lecture de l'acte d'accusation

Al. 2: seules les parties présentes aux débats sont légitimées à renoncer à la lecture de l'acte d'accusation. Même lorsque les parties renoncent à sa lecture, la direction

de la procédure peut le résumer brièvement afin d'informer le public présent dans la salle d'audience.

L'*al. 1* cite quelques effets que peut produire le fait que les questions préjudicielles ont été traitées. L'un d'entre eux (visé à la *let. b*) n'est pas sans importance: l'accusation ne peut, en principe, plus être retirée ni modifiée. Cette interdiction ne concerne que le ministère public. Il en résulte également qu'un prévenu, après sa mise en accusation, ne peut en principe qu'être acquitté ou condamné. Sont réservés, toutefois, les cas de figure qui aboutissent au classement de la procédure. En font partie le retrait de la plainte pénale lors des débats, retrait qui est possible puisqu'il n'est pas le fait du ministère public. Ce retrait fait disparaître une des conditions à l'ouverture de l'action publique, ce qui entraîne le classement de la procédure selon l'art. 330, al. 4.

Al. 2: seules les parties présentes aux débats sont habilitées à renoncer à la lecture de l'acte d'accusation. Même lorsque les parties renoncent à sa lecture, il semble indiqué, par respect du principe de la publicité, que la direction de la procédure le résume brièvement afin d'informer le public présent dans la salle d'audience.

2.7.2.3 Section 3 **Procédure probatoire** (art. 341 à 347)

Une des questions fondamentales à laquelle doit répondre un code de procédure pénale est de savoir si le tribunal saisi doit fonder sa conviction sur l'opinion qu'il se forge durant le procès (principe de l'immédiateté des preuves) ou s'il peut s'appuyer sur les preuves qui ont été administrées durant la procédure préliminaire (principe de la non-immédiateté des preuves).

Dans le droit supérieur, ni la Constitution, ni la CEDH, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'exigent une procédure immédiate devant le tribunal saisi. Si l'art. 6, par. 3, CEDH donne bien au prévenu le droit «d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge», on ne saurait en inférer, pas plus selon la jurisprudence du Tribunal fédéral[382] que selon celle de la Cour européenne des droits de l'homme[383], que le procès doit être conduit selon le principe de l'immédiateté de l'administration des preuves. Il est, au contraire, tout à fait loisible aux tribunaux de fonder leurs jugements sur des preuves qui ont été administrées durant la procédure préliminaire.

Au niveau fédéral et dans certains cantons, les débats obéissent au principe de l'immédiateté; d'autres codes de procédure cantonaux autorisent le tribunal qui statue au fond à se fonder à la fois sur les preuves qui ont été administrées durant la procédure préliminaire et sur celles qui l'ont été durant les débats. Selon la pratique adoptée, on peut parler d'une prédominance du principe de la non-immédiateté ou d'une immédiateté limitée. Force est de constater que les codes de procédure pénale existant en Suisse ont abandonné le seul principe de l'immédiateté des preuves pour s'orienter vers des réglementations différenciées allant dans le sens d'une immédiateté limitée. De telles réglementations permettent, en principe, au tribunal qui statue au fond de s'appuyer sur les preuves administrées lors de la procédure préliminaire tout en lui donnant aussi la possibilité de faire administrer à nouveau celles qui sont

382 ATF **113** Ia 422; **116** Ia 289.
383 Références dans *régissant/Schürmann,* Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Berne 1999, p. 239 ss

essentielles pour juger de la culpabilité et de la peine ou qui sont importantes pour forger la conviction intime des membres du tribunal.

Faisant siennes les recommandations de la commission d'experts[384], le projet reprend le principe de l'immédiateté limitée tout en réglant la procédure probatoire lors des débats de manière différenciée selon la gravité du cas à juger: le principe de l'immédiateté des preuves constitue la règle pour les débats (art. 344); toutefois, lorsque le ministère public ne requiert ni une peine privative de liberté sans sursis ni une mesure privative de liberté, le tribunal peut se limiter aux preuves recueillies durant la procédure préliminaire (art. 345).

Art. 342 Auditions

Il incombe à la direction de la procédure de mener les auditions. Il en va de même en ce qui concerne les questions complémentaires émanant des parties ou des autres membres du tribunal (*al. 2*): même lorsque ceux-ci peuvent poser directement les questions, c'est la direction de la procédure qui décide en dernier ressort si elle les y autorise; elle peut interdire les questions contenant des insinuations, purement rhétoriques ou sans lien avec les faits à juger. Toutefois, une question ne doit pas être écartée pour la seule raison qu'elle n'a pas de lien direct avec les thèmes déjà traités. La notion de «questions complémentaires» doit être comprise dans un sens large, c'est-à-dire plus dans le sens d'«autres questions» que dans celui de «questions connexes». Le droit des parties de poser des questions existe évidemment aussi devant le juge unique. Même si l'al. 2 ne fait référence qu'aux autres membres du tribunal, il est évident que les parties ont également le droit de poser des questions devant le juge unique. En ce qui concerne le tribunal, le droit de poser des questions appartient aux membres ordinaires et non au juge suppléant qui n'assiste aux débats que par mesure de précaution au sens de l'art. 336, al. 3.

Selon *l'al. 3*, le prévenu est interrogé de façon détaillée sur sa situation personnelle, au début des débats, à moins que ceux-ci ne soient scindés en deux parties, conformément à l'art. 343. En pareil cas, la situation personnelle du prévenu qui ressort, notamment, de l'interrogatoire détaillé sur sa personne ne peut faire l'objet des débats que dans le cas d'une déclaration de culpabilité (art. 343, al. 3).

Art. 343 Scission des débats en deux parties

Depuis quelques temps, on constate que les cantons ont de plus en plus tendance à prévoir, dans leurs codes de procédure pénale, la possibilité de scinder les débats en deux parties. Une telle scission répond, tout d'abord, à la protection de la personnalité du prévenu, puisque celui ne sera tenu de fournir publiquement les explications – qui touchent à sa sphère privée – pour fixer la peine ou la mesure que dans le cas où il est déclaré coupable. Ensuite, la scission évite à la défense de devoir faire des propositions sur la quotité de la peine en cas d'une condamnation éventuelle alors qu'il a plaidé principalement l'acquittement (c'est le fameux «dilemme du défenseur»). Enfin, elle présente des avantages sous l'angle de l'économie de procédure puisqu'elle évite le débat sur les conséquences d'une déclaration de culpabilité qui n'existe pas encore.

384 «De 29 à l'unité», p. 144.

Al. 1: lorsque la scission des débats est requise, le tribunal traite la requête à titre de question préjudicielle (cf. art. 339, al. 2, let. f). La partie plaignante n'a pas le droit de présenter une telle requête. En outre, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner une scission des débats. Il doit surtout, avant de prendre sa décision, soupeser tant les avantages tels qu'ils ont été exposés ci-dessus que les inconvénients possibles (notamment, un ralentissement de la procédure). Le tribunal peut scinder les débats de deux façons. Selon la *let. a*, dans la première partie il cherchera à déterminer s'il y a eu infraction et, dans l'affirmative, si le prévenu peut en être considéré comme l'auteur (question de faits) et si sa culpabilité est engagée (question de la faute). Dans la seconde partie, il traitera des conséquences d'une déclaration de culpabilité ou d'acquittement. Selon les modalités prévues à la *let. b,* le tribunal ne traite que de la question des faits dans la première partie, la seconde étant consacrée à la question de la faute ainsi qu'aux conséquences d'une déclaration de culpabilité ou d'acquittement.

Selon *l'al. 4*, la première partie de la procédure se termine par les plaidoiries qui sont limitées aux questions de faits et de culpabilité ou encore aux questions de faits puis, après des délibérations à huis clos, par la lecture de la décision. Sur ce, les débats reprennent et se poursuivent par la seconde partie de la procédure.

Art. 344 Administration ordinaire des preuves

Cette disposition est applicable dans les cas dans lesquels le ministère public requiert une peine privative de liberté sans sursis ou une mesure privative de liberté. En revanche, si le ministère public renonce à requérir une peine privative de liberté sans sursis ou une mesure privative de liberté, les dispositions qui valent sont celles qui régissent «l'administration simplifiée des preuves» (art. 345). *L'al. 2* règle les conditions permettant de renoncer à la répétition de l'administration de preuves. Il s'agit de prouver une fois de plus, au moyen de preuves qui ont déjà été administrées, des faits qui sont connus. Une telle répétition peut, par exemple, se révéler nécessaire pour permettre au tribunal de se forger immédiatement la conviction dont il a besoin pour apprécier la valeur probante des moyens de preuves administrés. Il convient encore de relever que les conditions visées aux let. a à c, auxquelles le tribunal est fondé à refuser une nouvelle administration des preuves, sont cumulatives.

L'al. 3 règle l'administration de nouvelles preuves, donc le recours à de nouveaux moyens de preuves (par exemple, l'audition d'un nouveau témoin) ainsi que le complément de preuves, autrement dit l'utilisation réitérée d'une preuve déjà administrée, dans le but d'établir de nouvelles infractions. La renonciation à l'administration de nouvelles preuves et au complément de preuves est subordonnée aux mêmes conditions que celles qui permettent de renoncer à l'administration de preuves (art. 137, al. 2).

Il sied de relever qu'en tout état de cause le prévenu est entendu durant les débats, en vertu de l'art. 342, al. 3, qu'une nouvelle audition de celui-ci ou une audition à titre de complément de preuves ait été demandée ou non.

S'il apert, au cours des débats, qu'il n'est plus nécessaire d'administrer une preuve (par exemple, parce que l'on a pu faire toute la clarté sur une contradiction qui aurait exigé une nouvelle administration de preuves), le tribunal peut y renoncer avec l'accord des parties présentes (*al. 4*).

Art. 345 Administration simplifiée des preuves

Alors que l'art. 344 table sur le principe de l'immédiateté des preuves durant les débats et que l'al. 2 définit les limites de l'applicabilité de ce principe, le principe de non-immédiateté s'applique dans les cas dans lesquels le ministère public ne requiert ni une peine privative de liberté sans sursis, ni une mesure privative de liberté. Dans ces cas également, le prévenu devra de toute façon être entendu durant les débats en vertu de l'art. 342, al. 3.

Cet article, à la différence de l'art. 344, ne mentionne pas expressément le droit des parties de demander l'administration de preuves. Or, dans les cas visés à *l'art. 345*, les parties peuvent également requérir que certaines preuves soient à nouveau administrées. Pour fonder leur demande, elles doivent démontrer que les conditions fixées à *l'al. 1, let. a ou b*, permettant au tribunal de se limiter aux preuves recueillies durant la procédure préliminaire, ne sont pas remplies.

L'al. 2 statue les conditions auxquelles le tribunal peut administrer des preuves qui ne l'ont pas été durant la procédure préliminaire.

Art. 346 Appréciation juridique divergente

Cet article ne fait précisément allusion qu'à *l'éventualité* dans laquelle le tribunal s'écarterait de l'appréciation juridique des faits que porte le ministère public. Dans une telle éventualité, le tribunal doit en informer les parties le plus tôt possible, mais au plus tard avant les plaidoiries. Il doit le faire indépendamment du fait que la nouvelle appréciation juridique est de nature à entraîner une condamnation plus sévère[385] ou à influer sur les autres parties du jugement.

Art. 347 Clôture de la procédure probatoire

La procédure probatoire une fois close, l'admission de nouvelles preuves n'est plus possible que selon l'art. 351 (complément de preuves). Aussi, immédiatement avant la clôture de la procédure probatoire, la direction de la procédure doit-elle donner aux parties l'occasion de demander l'administration de preuves supplémentaires. S'il s'agit d'un tribunal collégial, elle doit accorder la même possibilité aux autres membres du tribunal. Le tribunal statue sur les demandes conformément aux dispositions régissant l'administration ordinaire ou l'administration simplifiée des preuves (art. 344 ou 345). La procédure probatoire ne peut être déclarée close que dès lors qu'aucune demande d'administration de preuves supplémentaires n'a été présentée ou que les demandes qui ont été formulées ont été rejetées.

2.7.2.4 Section 4 Plaidoiries et clôture des débats (art. 348 et 349)

Art. 348 Ordre des plaidoiries

La clôture de la procédure est suivie des plaidoiries durant lesquelles les parties ou des tiers touchés par une mesure de confiscation présentent et motivent leurs conclusions. Les personnes citées à *l'al. 1* ne peuvent s'exprimer que dans la mesure où

385 ATF **126** I 23

elles sont également habilitées à faire valoir des conclusions. Il en résulte que la partie plaignante n'a pas à s'exprimer sur la quotité de la peine et que le tiers visé à la let. c n'est habilité à faire des déclarations que dans la mesure où elles se rapportent à la mesure de confiscation dont il fait l'objet.

Dans la mesure où l'objet de la décision ou du jugement ne peut être que l'état de faits reproché dans l'accusation (qui, éventuellement, a pu être étendue à d'autres infractions au cours débats), le ministère public est lié par cet état de faits. Il est, toutefois, libre de requérir l'acquittement sur un point, voire tous les points, de l'accusation même s'ils ont donné lieu à la mise en accusation. Une telle manière de procéder se justifie notamment lorsque la procédure probatoire durant les débats n'a pas permis d'établir des soupçons suffisants pour une déclaration de culpabilité. Par voie de conséquence, le ministère public n'est pas non plus lié par les propositions de sanctions formulées dans l'acte d'accusation. Enfin, le ministère public peut, compte tenu des résultats de la procédure probatoire, porter sur les faits une appréciation juridique différente de celle que contenait l'acte d'accusation. Toutefois, une appréciation juridique divergente présuppose que le tribunal l'ait réservée selon l'art. 346.

2.7.2.5 Section 5 **Jugement** (art. 350 à 353)

Art. 350 Délibérations

Reprenant la réglementation prévue dans la plupart des codes cantonaux de procédure pénale, *l'al. 1* prévoit que les délibérations du tribunal ont lieu à huis clos, autrement dit hors de la présence des parties et du public, ce qui n'est pas la règle en procédure civile. Comme les prononcés des tribunaux pénaux peuvent porter plus gravement atteinte aux droits fondamentaux que les décisions civiles, le risque de représailles à l'encontre des membres d'un tribunal pénal est plus élevé que dans un procès civil. Si les tribunaux pénaux devaient délibérer en public, on risquerait de ne plus trouver de laïcs qui soient disposés à faire fonction de juge.

L'al. 2 reprend une proposition de la commission d'experts[386]. A l'instar du greffier, les juges suppléants convoqués selon l'art. 336, al. 3 prennent part aux délibérations. Toutefois, à la différence du greffier, ils n'ont pas voix consultative.

Art. 351 Complément de preuves

En prévoyant la possibilité de compléter les preuves au moment des délibérations le projet reprend une réglementation préconisée par la commission d'experts[387], réglementation qui figure, d'ores et déjà, dans certains codes cantonaux. Les compléments de preuves font l'objet d'une décision du tribunal. Ils doivent être administrés dans le cadre d'une nouvelle procédure probatoire, ce qui oblige le tribunal à rouvrir les débats. Toutefois, ceux-ci ne sont pas repris de fond en comble, mais sont généralement limités aux compléments de preuve. A l'issue de la nouvelle procédure probatoire, les parties peuvent s'exprimer sur les compléments de preuve, dans le cadre de nouvelles plaidoiries.

386 «De 29 à l'unité», p. 146.
387 «De 29 à l'unité», p. 146.

Art. 352 Latitude dans l'appréciation de l'accusation; fondements du jugement

Le jugement porte sur les faits tels qu'ils ressortent de l'acte d'accusation adressé au tribunal et sur ceux qui résultent d'éventuelles modifications et compléments apportés à l'acte d'accusation à la faveur des débats selon l'art. 334. En revanche, le tribunal n'est pas lié par l'appréciation juridique que le ministère public porte sur ces faits. S'il entend s'écarter de l'appréciation juridique du ministère public, il doit le communiquer, conformément à l'art. 346.

Art. 353 Prononcé et notification du jugement

Al. 1: le terme de «jugement» doit être compris dans un sens large. Il n'englobe pas seulement les jugements au fond, c'est-à-dire ceux qui tranchent des questions civiles et pénales (pour reprendre la définition des jugements figurant à l'art. 78, al. 1) mais aussi les jugements de nature procédurale qui prononcent le classement de la procédure (cf. art. 330, al. 4). Lorsque le tribunal est en mesure de se déterminer, il prononce un jugement soit de condamnation soit d'acquittement). En cas de déclaration de culpabilité, le tribunal se prononce aussi sur les sanctions. Qu'il rende un verdict de culpabilité ou d'acquittement, le tribunal doit aussi fixer les autres conséquences du jugement (notamment, décisions sur les frais, les indemnités et les conclusions civiles).

Si une condition à l'ouverture de l'action pénale fait défaut pour que le tribunal puisse statuer au fond ou si un empêchement de procéder survient (par exemple, retrait de la plainte ou prescription), le tribunal classe la procédure conformément à l'art. 330, al. 4 et 5.

Il appartient à la direction de la procédure de déterminer l'ordre des objets sur lesquels le tribunal doit délibérer et l'ordre des votes. Si les juges ont l'obligation de voter, il n'existe, en revanche, pas de disposition réglant la procédure à suivre en cas d'égalité des voix (*al. 2*). Cela explique que les tribunaux collégiaux doivent compter un nombre impair de juges.

2.7.3 Chapitre 3 Procédure de révocation (art. 354)

Une procédure de révocation ne peut avoir lieu que si le prévenu a été reconnu coupable lors des débats qui viennent de se clore. Durant cette procédure, le tribunal doit examiner si une peine prononcée précédemment avec sursis doit être révoquée. La procédure de révocation s'ouvre immédiatement après le prononcé du jugement. Les parties ont la possibilité de présenter leurs conclusions et de les motiver. Après quoi, le tribunal délibère à huis clos sur la révocation. Il communique ensuite sa décision et la motive.

Al. 2: une procédure de révocation ne peut être ouverte si les débats du procès se sont achevés sur une déclaration de culpabilité. L'éventualité d'une procédure de révocation peut être signalée dans la citation à comparaître aux débats par la mention que le destinataire est également cité «pour une éventuelle procédure de révocation».

2.8 Titre 8 Procédures spéciales

Il est de tradition que le droit régissant la procédure pénale en Suisse prévoie des procédures spéciales en sus du déroulement usuel des poursuites pénales qui passe par la procédure préliminaire menée par le ministère public pour aboutir à la procédure devant le tribunal de première instance. Ces procédures spéciales permettent de tenir compte soit des particularités propres à la personne du prévenu (par exemple, de son âge ou de sa non-comparution, s'agissant de la procédure par défaut), soit du peu de gravité de l'infraction (par exemple, du fait que l'acte punissable est une infraction mineure, voire une simple contravention, s'agissant de la procédure de l'ordonnance pénale), soit encore du caractère particulier de la sanction (s'agissant des procédures indépendantes en matière de mesure). Ces procédures spéciales font indubitablement partie de la matière que se doit de régler la procédure pénale unifiée[388]. Toutefois, on est en droit de se demander lesquelles parmi ces procédures spéciales doivent être réglées dans le code de procédure pénale. Il est ressorti très nettement des avis recueillis lors de la consultation que la procédure pénale applicable aux mineurs devait être régie par une loi distincte, par analogie à la séparation opérée en droit pénal matériel[389]. Le projet renonce totalement à introduire la procédure de l'accusation privée qui est, pourtant, prévue aujourd'hui dans quelques codes cantonaux[390]. En revanche, en instaurant la procédure simplifiée, il reprend un type de procédure que seuls trois cantons connaissent jusqu'ici. Le projet qui vous est soumis prévoit donc trois possibilités d'abréger la procédure pénale ordinaire, à savoir la procédure de l'ordonnance pénale, la procédure pénale en matière de contraventions et la procédure simplifiée.

Les procédures spéciales prévues dans le cadre de l'unification de la procédure pénale constituent des *exceptions qui, en tant que telles, ne sont applicables que dans les cas expressément prévus par la loi.* Lorsque le titre 8 ne contient pas de règles spécifiques, les procédures spéciales sont régies par les dispositions générales du code de procédure pénale.

2.8.1 Chapitre 1 Procédure de l'ordonnance pénale (art. 355 à 360)

Dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale (appelée aussi «mandat de répression» ou «ordonnance de condamnation»), l'affaire n'est, le plus souvent, pas close par le juge, mais par une ordonnance que l'autorité compétente pour instruire le cas et mettre en accusation rend, ordonnance que les parties ou bien admettent ou bien contestent en formant opposition devant le tribunal. Ces dernières années, les cantons ont fait un usage de plus en plus fréquent de cette procédure. A n'en point douter, celle-ci doit être prévue et réglée par le nouveau code de procédure pénale, notamment par ce qu'elle permet d'accélérer le procès lors d'infractions légères[391].

388 Tel est aussi l'avis exprimé par les experts dans De 29 à l'unité, p. 152.
389 Cf. supra ch. 1.6.1.
390 Cf. supra ch. 1.5.4.1.
391 Tel est aussi l'avis exprimé par les experts dans De 29 à l'unité, p. 155.

Art. 355 Conditions

En l'occurrence, une question doit tout d'abord être tranchée: faut-il exiger que le prévenu ait avoué, au cours d'une audition, avoir commis les faits qui lui sont reprochés? En réalité, seuls quelques cantons exigent de tels aveux (qui doivent parfois comprendre également la qualification juridique de l'infraction). La majorité d'entre eux estiment suffisant que la culpabilité du prévenu ressorte clairement du dossier, ce qui n'empêche pas parfois que l'autorité se fonde sur les aveux du prévenu. *L'al. 1* s'inspire, pour l'essentiel, de ce dernier modèle: il permet, en effet, au ministère public de rendre une ordonnance pénale s'il ressort clairement du dossier de la procédure que le prévenu est coupable des faits qui lui sont reprochés, ce quand bien même il n'est pas passé aux aveux. C'est ce qui se produit, notamment, dans les cas de conduite en état d'ébriété, lorsque, au moment de l'interrogatoire de police, on ne dispose pas encore des résultats de l'analyse visant à déterminer le taux d'alcoolémie et que ces résultats obtenus ultérieurement de même que les autres pièces du dossier permettent au ministère public d'établir indubitablement la culpabilité du prévenu. En pareils cas, et sous réserve de l'art. 356, le ministère public peut rendre une ordonnance pénale sans procéder à un interrogatoire supplémentaire du prévenu.

Au chapitre des conditions, une autre question se pose: jusqu'à quelle sanction l'ordonnance pénale doit-elle être licite? Selon l'évolution récente du droit de la procédure pénale, la tendance est à relever progressivement le plafond en la matière. En effet, si autrefois une ordonnance pénale ne pouvait être rendue que pour des peines privatives de liberté très brèves, aujourd'hui, dans quelques cantons, elles peuvent l'être pour des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à six mois. Le projet tient compte de cette évolution, se rangeant du même coup à l'avis des experts et de la majorité des participants à la consultation[392]. Il prévoit, en effet, une peine privative de liberté de six mois au plus (*let. d*) ou une peine pécuniaire équivalente de 180 jours-amende (*let. b*) ou encore un travail d'intérêt général correspondant, soit 720 heures (*let. c*)[393]. Dans les cas visés aux let. b à d, il convient d'inclure dans le calcul de la peine maximale une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle[394]. La réglementation préconisée constitue un moyen terme entre deux solutions: d'une part, celle qui voudrait exclure le recours à l'ordonnance pénale dans les cas où le sursis dont les sanctions ont été assorties doit être révoqué et, d'autre part, celle qui admettrait une peine globale supérieure à la peine maximale au-delà de laquelle l'ordonnance pénale n'est plus admissible. Cette solution médiane permet, dans les cas simples, d'appliquer la procédure de l'ordonnance pénale, quand bien même le prévenu est passible de la révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle.

Art. 356 Interrogatoire du prévenu

Il est inhérent à la procédure en question qu'il n'est, en soi, pas nécessaire de procéder à l'administration de preuves avant que le ministère public rende l'ordonnance

392 De 29 à l'unité, p. 156; Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 87.

393 Conversion selon les art. 36, al. 1, et 39, al. 2, nCP (180 jours-amende = 720 heures de travail d'intérêt général = peine privative de liberté de six mois)

394 Si le prévenu se voit infliger une amende par ordonnance pénale (let. a), le problème du cumul des sanctions en cas de révocation ne se pose pas, car de simples contraventions ne peuvent entraîner la révocation du sursis (art. 46, nCP).

pénale. Cependant, si, en dépit des aveux du prévenu, le ministère public doute qu'il soit l'auteur de l'infraction ou que sa culpabilité soit clairement établie, il ne peut rendre une ordonnance pénale qu'à partir du moment où il aura pu lever ces doutes en procédant à des administrations de preuves complémentaires. Concrètement, cela signifie, par exemple, qu'il interrogera le prévenu si les aveux qu'il a faits à la police lui semblent contradictoires et s'il n'existe pas d'autres moyens de preuves propres à établir la culpabilité de l'intéressé. Il est également impératif de procéder à un interrogatoire lorsque le ministère public entend rendre une ordonnance pénale infligeant au prévenu une peine privative de liberté sans sursis ou un travail d'intérêt général. Cet interrogatoire n'est pas public.

Art. 357 Contenu et notification de l'ordonnance pénale

Le contenu de l'ordonnance pénale (*al. 1*) correspond, pour l'essentiel, à celui du jugement (art. 79). A la différence de ce dernier, cependant; seules la sanction et une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle doivent être motivées (*let. e et f*). Elles peuvent l'être très brièvement.

Dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, les prétentions civiles de la partie plaignante ne sont prises en compte que dans la mesure où elles ont été reconnues par le prévenu. Mention en est alors faite dans l'ordonnance pénale. En réalité, cette mention a valeur de constatation du ministère public, constatation qui acquiert force exécutoire si le prévenu ne forme pas opposition contre l'ordonnance pénale. En outre, si le prévenu a reconnu les prétentions civiles non seulement au niveau du principe mais encore quant à leur montant, l'ordonnance pénale constitue un titre de mainlevée définitif au sens de l'art. 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)[395]. Si, en revanche, le prévenu ne reconnaît pas les prétentions, celles-ci sont renvoyées au procès civil (*al. 2*). Cette règle vaut également pour les prétentions des victimes, qui, déjà sous l'empire de l'ancien droit, ne devaient pas être nécessairement traitées dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale (art. 9, al. 4, LAVI).

La notification et la communication de l'ordonnance pénale sont régies, outre par la disposition sommaire figurant à *l'al. 3,* par les normes générales des art. 82 à 86.

Art. 358 Opposition

L'ordonnance pénale constitue, au fond, une proposition de règlement extrajudiciaire d'une affaire pénale. Elle ne peut donc être attaquée que par la voie de l'opposition. Celle-ci n'est pas un moyen de recours. Elle ne fait que déclencher la procédure judiciaire au cours de laquelle le tribunal examinera le bien-fondé des accusations portées contre le prévenu dans l'ordonnance pénale.

Ont le droit de former opposition en vertu de *l'al. 1,* le prévenu, éventuellement le procureur général de la Confédération ou du canton, enfin des tiers dans la mesure où l'ordonnance pénale porte atteinte à leurs intérêts (par exemple, les personnes chez lesquelles des objets et valeurs patrimoniales ont été séquestrés et sont censés être confisqués aux termes de l'ordonnance pénale).

L'opposition doit être formée par écrit et motivée. Seuls les prévenus sont exemptés de l'obligation d'exposer les motifs (*al. 2*). Il s'agit de ne pas entraver l'exercice de

395 RS **281.1**

leur droit de former opposition, notamment lorsqu'ils ne sont pas représentés en justice.

Si aucune opposition n'est (valablement) formée, l'ordonnance pénale, à l'instar de ce qui vaut sous l'empire du droit actuel, est assimilée, sans autre forme de procès, à un jugement entré en force et exécutoire (*al. 3*).

Art. 359 Procédure en cas d'opposition

Lorsqu'une opposition a été formée, le cas est tout d'abord repris par le ministère public. Celui-ci conduit alors une véritable procédure préliminaire au cours de laquelle il administre les autres preuves nécessaires (*al. 1*). Cette étape achevée (ou s'il n'y a pas lieu d'administrer des preuves supplémentaires), plusieurs options (énumérées à *l'al. 3*) s'offrent au ministère public. Il peut décider de maintenir l'ordonnance pénale initiale ou de liquider le cas en portant l'accusation devant le tribunal de première instance, en classant la procédure ou en rendant une nouvelle ordonnance pénale. Le ministère public n'est donc pas lié par les termes de la première ordonnance pénale s'agissant des infractions poursuivies de même que des sanctions à prononcer.

Art. 360 Procédure devant le tribunal de première instance

Si, à l'issue de l'administration des preuves, le ministère public décide de maintenir son ordonnance pénale initiale (art. 359, al. 3, let. a), l'affaire est transmise au tribunal de première instance, à moins que l'opposition n'ait été retirée. En pareil cas, l'ordonnance pénale tient lieu d'acte d'accusation (*al. 1*).

Aux termes de *l'al. 2,* le tribunal doit, tout d'abord, statuer sur la validité de l'ordonnance pénale et de l'opposition. Si, par exemple, une ordonnance pénale prévoit des sanctions qui outrepassent les limites fixées à l'art. 355, le tribunal est dépourvu d'une base lui permettant de conduire une procédure judiciaire et, partant, de rendre un jugement. En pareille occurrence, il renvoie le cas au ministère public en le priant de conduire une nouvelle procédure préliminaire (*al. 5*).

Si l'opposition n'est pas valable, par exemple parce qu'elle n'a pas été formée dans les délais ou si un particulier qui a fait opposition[396] a fait défaut aux débats sans être excusé, le tribunal n'entre pas en matière sur l'opposition (*al. 4*). En pareil cas, il n'y a donc pas de procédure par défaut, le tribunal statuant au contraire sur la base de la seule ordonnance pénale. Toutefois, à la différence de ce que prévoit l'art. 359, al. 2, l'opposant qui fait défaut aux débats (y compris le prévenu, à moins que la direction de la procédure n'exige sa présence) a le droit de se faire représenter.

En règle générale, le tribunal statue par écrit si l'opposition ne porte que sur des points accessoires tels que les frais, les indemnités, les objets et valeurs confisqués. Sont réservés les cas dans lesquels la personne qui a formé opposition exige expressément des débats oraux. Si l'opposition est traitée lors de débats oraux, les cas auxquels s'applique l'art. 6, par. 1, CEDH, doivent faire l'objet d'une procédure conforme à cette convention. Etant donné que, dans le cadre de cette procédure d'opposition restreinte, le tribunal n'a pas à statuer sur la question de la culpabilité,

396 Lorsque l'opposition émane d'une autorité (par exemple du Procureur de la Confédération ou d'un canton selon l'art. 359, al. 1, let. d), celle-ci n'est pas tenue d'être présente; elle fait valoir ses conclusions par écrit.

son prononcé revêtira la forme d'une décision ou d'une ordonnance et ne sera donc pas sujet à appel. Il ne pourra être attaqué que par la voie du recours (art. 401, al. 1, let. b).

2.8.2 Chapitre 2 Procédure pénale en matière de contraventions (art. 361 à 364)

En matière d'organisation judiciaire, il convient de laisser aux cantons le soin de déterminer s'ils entendent confier la poursuite des contraventions au ministère public ou, ainsi que cela est, d'ores et déjà, possible en vertu de l'art. 345, ch. 1, al. 2, CP, déléguer cette tâche à une autorité administrative («autorité pénale compétente en matière de contraventions»; cf. art. 17)[397]. La même faculté s'offre également à la Confédération quoiqu'elle ne revête pour elle qu'une portée nettement moins essentielle[398]. Si la Confédération ou un canton use de cette faculté, les dispositions particulières de ce chapitre sont applicables; dans le cas contraire (autrement dit, si le ministère public est également compétent pour poursuivre les contraventions), la procédure en la matière est régie par les dispositions ordinaires du code de procédure pénale.

Art. 361 Dispositions générales

Cet article statue clairement que les autorités administratives chargées de la poursuite et du jugement des contraventions ont les attributions du ministère public (*al. 1*) et que la procédure devant ces autorités est, en règle générale, régie par les dispositions sur la procédure de l'ordonnance pénale (*al. 2*).

Cependant, il y a lieu de déroger à ces dernières dispositions si les autres articles du chapitre 2 de même que d'autres normes du code de procédure pénale soumettent la procédure en matière de contraventions à des règles spécifiques (par exemple, l'art. 125, al. 5, concernant la défense, l'art. 216, al. 3, concernant l'arrestation provisoire, les art. 389, al. 3, 403, let. a, 406, al. 4 et 413, al. 1, let. c, concernant les voies de recours).

Art. 362 Introduction de la procédure

La procédure pénale en matière de contraventions est introduite par la dénonciation de la police ou par une dénonciation d'une autorité ou d'un particulier, adressée d'ordinaire à la police (*al. 1*). Cette réglementation tient compte de la pratique qui a cours dans de nombreux cantons, selon laquelle de telles dénonciations lorsqu'elles sont adressées à l'autorité pénale compétente en matière de contraventions, sont automatiquement transmises par celle-ci à la police pour qu'elle procède aux investigations nécessaires.

L'al. 2 constitue une version abrégée des art. 305 et 306. La police a pour mission d'établir les éléments constitutifs de la contravention, d'identifier les coupables et

397 Même si le code pénal révisé ne mentionne plus expressément cette possibilité, les cantons peuvent continuer d'en tirer parti sous l'empire du nouveau droit (art. 339 nCP); cf. FF **1999** 1968.

398 Compétence juridictionnelle fédérale selon l'art. 23, al. 1.

les témoins éventuels, etc. et de faire rapport à l'autorité compétente sur le résultat de ses investigations.

Avant de rendre une ordonnance pénale, l'autorité pénale compétente en matière de contraventions accorde le droit d'être entendu à la personne dénoncée. *L'al. 3* ne précise pas à quel stade elle doit le faire. Toutefois, en règle générale, ce droit est accordé par la police dans le cadre de la procédure d'investigation, exceptionnellement par l'autorité qui entend dénoncer la contravention (avant que la dénonciation ne soit opérée) et, au plus tard, par l'autorité pénale compétente en matière de contraventions lorsqu'elle a été saisie du cas. De même, les autorités pénales compétentes sont libres de choisir la forme sous laquelle elles permettront à la personne dénoncée de s'exprimer (interrogatoire; confrontation orale de cette personne aux accusations portées contre elles et consignation de ses réponses dans un procès-verbal, notification de la dénonciation pénale assortie de l'invitation à prendre position par écrit). Si la personne dénoncée n'entend pas user de son droit d'être entendue, ce refus n'empêche pas l'autorité compétente de rendre une ordonnance pénale (*al. 4*).

Art. 363 Prononcé

Si l'autorité pénale compétente en matière de contraventions estime que les éléments constitutifs de la contravention sont réalisés, elle rend une ordonnance pénale. Par définition (cf. art. 103 nCP[399]), cette ordonnance ne peut statuer qu'une condamnation à une amende ou, à titre de sanction de remplacement, à un travail d'intérêt général conformément à l'art. 107 nCP. En règle générale, l'autorité pénale compétente en matière de contraventions rend ses ordonnances pénales sans instruction préalable, ce quand bien même il lui est loisible d'en mener une. L'art. 357, al. 1,s'applique par analogie au contenu de l'ordonnance pénale, à ceci près que l'amende n'a pas à être motivée (*al. 1*). Cependant, là encore, rien n'empêche l'autorité compétente de joindre un exposé des motifs si elle l'estime nécessaire dans le cas d'espèce.

Si les éléments constitutifs de la contravention ne sont pas réalisés, l'autorité pénale compétente en matière de contraventions rend une *ordonnance de classement*, en appliquant par analogie l'art. 321. Celle-ci doit être brièvement motivée, deux ou trois phrases suffisant en règle générale (*al. 2*). S'agissant de la communication, la réglementation qui vaut pour l'ordonnance pénale (art. 357, al. 3) est applicable par analogie.

L'affaire peut également être transmise au ministère public (*al. 3*) lorsqu'en sus de la contravention, il s'agit de poursuivre un crime ou un délit (cf. art. 17, al. 2).

Art. 364 Procédure devant le tribunal de première instance

Si l'autorité pénale compétente en matière de contraventions a rendu une ordonnance pénale, les dispositions régissant la procédure de l'ordonnance pénale (art. 358 et 359) sont applicables par analogie à la suite de la procédure.

Par ailleurs, la procédure devant le tribunal de première instance correspond, pour l'essentiel, à celle qui est prévue à l'art. 360. Il en résulte notamment que, par analogie avec l'art. 360, al. 6, la procédure se déroule par écrit (à moins qu'une partie ne

399 FF **2002** 7658

demande expressément des débats oraux) lorsque l'opposition ne porte que sur les conséquences financières accessoires.

L'al. 1 introduit une particularité par rapport à la procédure ordinaire de l'ordonnance pénale que conduit le ministère public. A la différence de ce que statue l'art. 360, al. 1, 2e phrase, une ordonnance pénale rendue par l'autorité compétente en matière de contraventions ne tient pas lieu d'acte d'accusation dans le cadre de la procédure devant le tribunal de première instance. Ainsi donc, en l'occurrence, la maxime d'accusation n'est pas applicable. Cette réglementation particulière s'impose notamment parce que, souvent, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions rendent des ordonnances pénales très sommaires qui ne répondent donc pas, quant au contenu, aux exigences auxquelles doit satisfaire l'acte d'accusation selon l'art. 326. Cela étant, le tribunal peut prononcer un verdict de culpabilité à l'endroit du prévenu pour toutes les contraventions faisant l'objet de l'ordonnance pénale et ressortant du dossier déjà constitué ainsi que des débats en cours. Il va de soi qu'il doit préalablement accorder le droit d'être entendu (*al. 2*) aux personnes concernées.

2.8.3 Chapitre 3 **Procédure simplifiée** (art. 365 à 369)

Selon les dispositions générales de la procédure pénale, un jugement pénal ne peut être rendu qu'après que le ministère public a dressé un acte d'accusation contre le prévenu à l'issue d'une procédure préliminaire complète au cours de laquelle, notamment, les preuves nécessaires ont été administrées et que le tribunal a examiné de manière approfondie la pertinence de cet acte dans le cadre des débats. Il en va autrement de la procédure civile lorsqu'elle est purement civile puisque les maximes auxquelles elle obéit sont celles de la recherche de la vérité *formelle* et du principe de disposition. Conformément à ces maximes, les parties peuvent conclure un accord qui lie le tribunal et décider librement de maintenir ou non leurs prétentions; en d'autres termes, il leur est loisible de mettre fin au procès en tout temps, soit par une transaction, soit par renonciation à leurs prétentions soit encore en acceptant de succomber.

En procédure pénale, les conventions passées entre le ministère public et le prévenu qui portent sur les faits qui doivent être soumis au tribunal pour jugement ainsi que sur les sanctions qu'il convient de requérir du tribunal, portent atteinte aux principes statués par le droit de la procédure pénale, principes sur lesquels s'appuie le code de procédure pénale suisse. De telles conventions remettent notamment en cause la maxime de l'instruction (art. 6) qui oblige les autorités pénales à rechercher d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et le jugement du prévenu, de même que le caractère impératif de la poursuite (art. 7), principe en vertu duquel les autorités pénales sont tenues d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles disposent d'éléments permettant de présumer l'existence d'infractions.

Dans son rapport, la commission d'experts ayant considéré que le fait de donner au ministère public et au prévenu la possibilité de passer des conventions était problématique au regard des valeurs qui fondent l'Etat de droit, avait déconseillé d'introduire une telle innovation. En contrepartie, elle avait préconisé d'autres

solutions propres à simplifier la procédure (application plus ample du principe de l'opportunité et instauration de la procédure de l'ordonnance pénale)[400].

En dépit des réserves de taille émises par les experts, le Conseil fédéral propose d'introduire une procédure simplifiée qui permette aux parties qui se sont entendues sur la question de la culpabilité, la mesure de la peine et les prétentions civiles, de soumettre directement (ou plus précisément en sautant certaines étapes de la procédure préliminaire, en particulier) le cas pour jugement au tribunal compétent pour statuer au fond. Les motifs suivants plaident en faveur de l'introduction d'une telle procédure:

A l'heure actuelle, trois cantons (le Tessin, Bâle-Campagne et Zoug) ont instauré la possibilité de passer des conventions du même type que celles dont le Conseil fédéral préconise l'introduction. Il semble que cette réglementation novatrice ait permis – sauf dans le canton du Tessin – de faire des expériences plutôt positives. Force est cependant de supposer que dans d'autres cantons qui ne connaissent pas une telle réglementation, des conventions informelles sont cependant passées entre les autorités chargées de l'instruction et des prévenus.

En raison de la criminalité économique, il est à craindre que les autorités de poursuite pénale soient de plus en plus surchargées. En effet, dans ce domaine, les affaires sont complexes, exigent d'abondants moyens de preuves et, parfois, manquent de clarté sur le plan juridique. Cette situation devrait avoir pour incidence de renforcer la tendance et d'accroître la propension des dites autorités à passer des conventions, même en l'absence de bases légales, aux fins de simplifier la procédure. Le Conseil fédéral estime qu'il est plus correct de créer les normes légales permettant de passer de telles conventions et, partant, d'éliminer les «zones grises» (pour ne pas dire noires) en la matière que de tolérer le recours à de tels procédés en l'absence de bases légales. La réglementation proposée a été approuvée – au moins dans son principe – par la grande majorité des participants à la consultation (en particulier, par la quasi-totalité des cantons)[401].

Art. 365 Principe

Il appartient au prévenu de prendre l'initiative de demander l'exécution de la procédure simplifiée; en revanche, le ministère public n'a pas le droit d'exercer des pressions sur le prévenu sous la forme de promesses, afin qu'il consente à l'ouverture d'une procédure simplifiée. Deux conditions doivent être remplies pour qu'une procédure simplifiée puisse être exécutée: le prévenu doit avoir reconnu les faits déterminants pour la qualification juridique ainsi que les prétentions civiles, que ce soit sur leur principe ou quant à leur montant. La reconnaissance peut prendre la forme d'une déclaration qui est consignée au procès-verbal ou d'un accord transactionnel avec la partie plaignante.

En prévoyant que la peine ne doit pas dépasser cinq ans de privation de liberté (*al. 2*), l'art. 365 met en évidence que la procédure simplifiée peut parfaitement être appliquée aux auteurs d'infractions de moyenne gravité, ce qui va nettement plus loin que la procédure de l'ordonnance pénale.

400 «De 29 à l'unité», p. 52 ss

401 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 82: FR, SG et VD ont émis de sérieuses réserves; JU et 7 autres participants se sont opposés par principe à la réglementation.

On peut partir de l'idée que le prévenu ne demandera pas l'exécution de la procédure simplifiée dès le début de la procédure d'investigations de la police mais attendra pour le faire que sa responsabilité pénale commence à être cernée de manière plus précise. Il est même probable que, souvent, la demande ne sera faite qu'à partir du moment où les parties (c'est-à-dire le ministère public et le prévenu) seront tombées d'accord sur les points essentiels de l'acte d'accusation, à savoir notamment les faits incriminés et la mesure de la peine. Pour parvenir à cette identité de vues, les parties devront mener des négociations informelles qu'il n'y a pas lieu de régler dans le code de procédure pénale unifié.

Art. 366 Ouverture de la procédure

Selon *l'al. 1,* l'ouverture de la procédure simplifiée est subordonnée à l'accord du ministère public. Celui-ci peut le refuser sans motiver sa décision. Celle-ci n'est pas sujette à recours. Si le ministère public consent à l'exécution d'une procédure simplifiée, le prévenu doit avoir un défenseur, conformément à l'art. 128, let. e.

Al. 2: l'annonce des prétentions civiles et des indemnités réclamées constitue la condition préalable à leur règlement au sens de l'art. 367, al. 1, let. f et g. Si la partie plaignante omet d'annoncer ses prétentions dans le délai imparti, le règlement ne pourra plus avoir lieu dans le cadre de la procédure simplifiée. Dans ce cas, la partie plaignante sera renvoyée à agir par la voie civile.

Art. 367 Acte d'accusation

En statuant que l'acceptation est irrévocable, l'*al. 2* vise à garantir que le prévenu n'usera pas de la procédure simplifiée à des fins dilatoires, en passant tout d'abord une convention avec le ministère public, convention qu'il refusera ensuite à la dernière minute, ce qui aura pour effet de retarder l'exécution d'une procédure ordinaire.

Al. 3: la procédure ordinaire doit s'appliquer non seulement en cas de non acceptation de l'acte d'accusation par une partie, mais encore en l'absence de toute déclaration d'une partie. Le fait que le prévenu n'accepte pas l'acte d'accusation n'exclut pas forcément qu'il présente ultérieurement – après que des preuves supplémentaires auront été administrées – une nouvelle demande d'exécution de la procédure simplifiée.

Art. 368 Débats

Lorsque les parties ont accepté l'acte d'accusation, le tribunal procède aux débats. Ceux-ci sont généralement publics. Le tribunal peut ainsi examiner coram populo la licéité de l'application de cette procédure spéciale.

Art. 369 Jugement ou rejet

Le caractère même de la procédure simplifiée limite les pouvoirs d'examen du tribunal car il est fréquent que l'acte d'accusation ne repose que sur des investigations et actes d'instruction sommaires. Aussi le tribunal apprécie-t-il:

– si le ministère public a ouvert et conduit correctement la procédure et si les droits des parties ont été respectés (*al. 1, let. a*);

– si l'accusation concorde sous l'angle formel et matériel avec le dossier (assez sommaire). Le tribunal est tenu de vérifier si le dossier contient des éléments suffisants pour établir l'existence des infractions mentionnées dans l'acte d'accusation. Le tribunal doit, en outre, examiner les autres points de l'acte d'accusation et, notamment, vérifier que le règlement des prétentions civiles concorde avec l'arrangement conclu entre le prévenu et la partie plaignante (*al. 1, let. b*);
– si les sanctions proposées sont appropriées (*al. 1, let. c*).

Al. 2: si le tribunal souscrit à l'acte d'accusation, celui-ci tient lieu de jugement. Eu égard à ses pouvoirs d'examen limités, le tribunal motive sommairement le jugement en exposant en quoi les conditions de la procédure simplifiées sont réunies.

Al. 3: si le tribunal estime que les conditions permettant de rendre un jugement en procédure simplifiée ne sont pas réunies, il rend une ordonnance ou une décision de refus et renvoie la cause devant le ministère public. Les motifs de refus peuvent être d'ordre formel (par exemple, vices présentés par une déclaration au sens de l'art. 367, al. 2) ou d'ordre matériel (par exemple, si le tribunal estime qu'il n'y a pas une connexité suffisante entre les infractions telles qu'elles ressortent du dossier de l'instruction et celles qui sont mentionnées dans l'acte d'accusation). Le tribunal se doit également de refuser la procédure simplifiée lorsqu'il considère que la mesure de la peine au sens de l'art. 367, al. 1, let. b, est inappropriée. Cependant, rien n'empêche le tribunal de s'écarter des sanctions proposées si les parties s'en déclarent d'accord devant lui. Avec le consentement des parties, il est également loisible au tribunal de modifier l'accusation ainsi que la qualification juridique des infractions. Une décision de rejet rendue par le tribunal n'est pas sujette à recours .

Les déclarations faites par les parties dans la perspective de la procédure simplifiée (aveux du prévenu, déclarations du ministère public concernant les infractions retenues contre le prévenu ou encore renonciation à continuer de poursuivre des infractions déterminées; arrangements transactionnels avec la partie plaignante lorsqu'ils ont été passés dans la perspective de la procédure simplifiée) deviennent caduques si le jugement rendu en procédure simplifiée est rejeté: elles ne lient donc plus les parties et ne sont pas exploitables.

L'al. 4 limite les possibilités d'attaquer un jugement. Cette limitation est liée au caractère sommaire de la procédure simplifiée. Puisque, dans cette procédure, les parties acceptent l'acte d'accusation en étant pleinement conscientes des conséquences et notamment du verdict de culpabilité et des sanctions, il paraît tolérable au regard des valeurs qui fondent l'Etat de droit de limiter les griefs qu'elles peuvent faire valoir en interjetant appel du jugement. Ainsi, elles ne peuvent invoquer que le fait qu'elles n'ont pas accepté l'acte d'accusation ou que le jugement ne correspond pas à l'acte d'accusation. Il n'est donc pas admissible que le prévenu fasse, par exemple, valoir que même s'il a accepté que l'affaire soit jugée en procédure simplifié, il n'a en réalité pas reconnu sa culpabilité ou que les faits n'ont pas été établis ou encore que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réalisés. Puisqu'en acceptant l'acte d'accusation, les parties renoncent, par principe, à user des moyens de recours (art. 367, al. 1, let. h), toute révision ultérieure du jugement est exclue, le prévenu ne pouvant pas faire valoir après coup un moyen de preuve qui semble le disculper.

2.8.4 Chapitre 4 Procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures indépendantes (art. 370 à 372)

Le droit pénal prévoit, notamment dans le contexte de l'exécution des peines, que le tribunal doit compléter ou peut modifier ultérieurement son jugement. Dans l'état actuel du droit, ces *décisions judiciaires ultérieures* (appelées aussi parfois *«décisions ultérieures et procédure de révocation»*) sont celles qui:

- ordonnent une peine privative de liberté de substitution (art. 36 nCP[402]);
- portent sur la conversion d'un travail d'intérêt général en une peine pécuniaire ou en une peine privative de liberté (art. 39 nCP);
- ordonnent la prolongation d'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59, al. 4, nCP);
- ordonnent la prolongation d'une mesure de traitement des addictions (art. 60, al. 4, nCP);
- ordonnent la prolongation du délai d'épreuve en cas de libération conditionnelle (art. 62, al. 4, nCP);
- en cas de levée d'une mesure, ordonnent une nouvelle mesure à la place de l'exécution de la peine (art. 62*c*, al. 3, nCP);
- ordonnent l'internement (art. 62*c*, al. 4, nCP);
- ordonnent la prolongation d'un traitement ambulatoire (art. 63, nCP);
- fixent la mesure dans laquelle la privation de liberté entraînée par un traitement ambulatoire est imputée sur la peine (art. 63*b*, al. 4, nCP);
- ordonnent le remplacement de l'exécution de la peine par une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 63*b*, al. 5, nCP);
- ordonnent la prolongation du délai d'épreuve en cas de libération de l'internement (art. 64*a*, al. 2, nCP);
- ordonnent la réintégration dans l'internement (art. 64*a*, al. 3, nCP);
- ordonnent une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 65, nCP;
- ordonnent des mesures au sens de l'art. 95, al. 4 et 5, nCP.

Art. 370 Compétence

Les décisions qui viennent d'être énumérées ne peuvent être prononcées dans le cadre d'un jugement puisque – à l'exception de la révocation de sanctions dont l'exécution a été ajournée ou qui ont été assorties du sursis ainsi que des libérations, pour cause de récidive – ces décisions n'appellent pas de nouveau jugement sur le fond. Il en résulte qu'elles doivent être rendues dans le cadre d'une procédure distincte et *indépendante.* Elles ressortissent au juge qui a rendu le jugement initial (*al. 1*). Si la décision fait partie des exceptions susmentionnées, les dispositions du chapitre 4 ne sont pas applicables. En pareille occurrence, il appartient au ministère public de communiquer au tribunal, en même temps que l'acte de d'accusation, ses

402 FF **2002** 7658

propositions de décisions ultérieures (art. 327, al. 1, let g), propositions sur lesquelles il sera statué dans les débats puis dans le jugement qui sera rendu (art. 79, al. 4, let. d).

Si des décisions ultérieures doivent être prises à la suite d'une ordonnance pénale, elles relèvent du ministère public ou de l'autorité pénale compétente en matière de contraventions (*al. 2*). Cette règle vaut, par exemple, pour la révocation d'un sursis ou pour une décision ordonnant la conversion d'une amende en une peine privative de liberté de substitution (art. 106, al. 2, nCP[403]). La décision ultérieure est rendue, cette fois encore, sous la forme d'une ordonnance pénale sujette à opposition.

L'al. 3 souligne bien que le chapitre 4 ne régit que les décisions ultérieures qui sont de la compétence d'une *autorité judiciaire.* Lorsque, dans le code pénal, il est question de «l'autorité compétente» (par exemple, aux art. 62*d*, 63, al. 3, et 63*a*, al. 1), les décisions pertinentes, surtout celles qui touchent l'exécution des peines, relèvent d'une *autorité administrative d'exécution* et sont régies par les normes législatives fédérales concernant l'exécution des peines (cf. art. 372 à 381 nCP), ou par le droit cantonal pertinent. (art. 447, al. 1).

Art. 371 et 372

Les dispositions de nature procédurale figurant à l'art. 371 correspondent, pour l'essentiel, aux normes législatives qui sont, d'ores et déjà, appliquées ou à la pratique qui a cours aujourd'hui. En règle générale, la procédure est introduite d'office par l'autorité compétente. Elle se déroule normalement par écrit, le juge pouvant toutefois ordonner des débats oraux. Si la décision ultérieure doit être rendue simultanément avec un nouveau jugement sur le fond, le juge statue sur elle au cours de la même procédure, donc lors de débats oraux et publics, la décision étant ensuite notifiée par oral en même temps que le jugement.

Quant au *régime des voies de droit,* il tient compte des spécificités des décisions ultérieures. Lorsqu'une décision ultérieure indépendante est rendue sous la forme d'une ordonnance ou d'une décision et – ce qui arrive souvent – en procédure écrite (*art. 372, al. 2*), elle peut faire l'objet d'un recours. En revanche, si elle est rendue en même temps qu'une nouvelle décision sur le fond et que cette dernière décision est attaquée, les ordonnances et décisions rendues simultanément sont réputées également attaquées, à moins que la partie concernée n'ait déclaré le contraire (cf. art. 407, al. 4, let. g).

2.8.5 Chapitre 5 Procédure par défaut

2.8.5.1 Section 1 Conditions et exécution (art. 373 et 374)

Art. 373 Conditions

En définissant les conditions auxquelles la procédure par défaut (appelée aussi «*procédure par contumace*») peut être engagée, l'art. 373 s'inspire des réglementations que l'on trouve aujourd'hui dans les codes de procédure les plus récents, tout en tenant compte de la doctrine en matière de procédure pénale, qui requiert que l'on

403 FF **2002** 7658

pose des restrictions au recours à cette procédure, compte tenu notamment des exigences posées par la CEDH.

L'al. 1 exige, premièrement, que si le prévenu, dûment cité (cf. art. 199 ss, 332, al. 4) ne comparaît pas aux débats, le tribunal le cite à nouveau à comparaître ou le fasse amener[404]. Cette disposition tient compte de l'importance que la jurisprudence attache à ce que le prévenu soit présent lors des débats[405]. Elle oblige le tribunal à entreprendre toutes les démarches que l'on peut raisonnablement exiger de lui aux fins d'assurer la présence du prévenu.

Si le prévenu ne se présente pas aux nouveaux débats ou ne peut pas être amené, le tribunal peut engager une procédure par défaut. Il peut également suspendre la procédure jusqu'à ce que l'on ait pu appréhender le prévenu. Il dispose donc d'une certaine marge d'appréciation (*al. 2*). En règle générale, le tribunal engagera également une procédure par défaut lorsqu'il existe un intérêt public (risque de prescription, affaire qui a fait sensation au sein de la population) à ce que la procédure pénale soit close aussi rapidement que possible.

L'al. 3 règle le cas spécial dans lequel le prévenu s'est mis lui-même dans l'incapacité de participer aux débats ou refuse d'être conduit de l'établissement de détention aux débats. Dans ce cas, le tribunal peut engager aussitôt la procédure par défaut.

L'al. 4 statue les conditions matérielles primordiales qui doivent être remplies pour que l'exécution d'une procédure par défaut soit compatible avec la garantie du droit de tout un chacun à un procès équitable: il est exclu d'engager une procédure par défaut si le prévenu n'a pas eu suffisamment l'occasion de s'exprimer au cours de la procédure préliminaire, par exemple, parce qu'il avait déjà disparu au moment de l'ouverture de celle-ci ou qu'il n'a pas pu exercer efficacement les droits de la défense (*let. a*). En pareils cas, la procédure préliminaire doit, en application de l'art. 314, être suspendue, une fois les preuves mises en sûreté et, éventuellement, après que les recherches nécessaires ont été ordonnées. Une procédure par défaut est également exclue si le prévenu a eu suffisamment l'occasion de s'exprimer sur les accusations portées contre lui mais que les preuves réunies ne permettent pas de rendre un jugement en son absence (*let. b*). En d'autres termes, pour qu'il puisse y avoir procédure par défaut, c'est-à-dire en l'absence du prévenu, il faut que l'état de faits soit suffisamment établi sur la base des seules pièces du dossier et, le cas échéant, des plaidoiries de la défense (art. 374, al. 1).

Art. 374 Exécution et prononcé

Même si le prévenu fait défaut, il est primordial qu'aient lieu des débats conformes aux dispositions ordinaires en la matière. Pénaliser le prévenu en raison de son absence ne concorde plus avec les conceptions modernes. Aussi, dans le cadre de la procédure par défaut, convient-il d'autoriser les parties présentes et leurs conseils, notamment les défenseurs, à plaider (*al. 1*)[406]. En cas de défense obligatoire (art. 128), voire lorsque la présence du défenseur est impérative et que celui-ci est absent,

404 Si le prévenu comparaît mais que son défenseur n'est pas présent, le tribunal fixe de nouveaux débats, ce qui n'a aucune incidence négative sur les droits du prévenu.
405 ATF **126** I 36, avec renvois à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.
406 ATF **126** I 36, 39, avec renvois à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

il y a lieu d'ajourner les débats[407]. En prévoyant une telle réglementation le projet – concordant en cela avec l'évolution la plus récente de la doctrine et de la jurisprudence – s'écarte de la pratique largement répandue autrefois ou même des dispositions légales qui interdisaient au défenseur de plaider dans le cadre de la procédure par défaut.

Dans le cadre de cette procédure, le tribunal rend son jugement en se fondant sur le dossier de la procédure préliminaire ainsi que sur les éléments recueillis durant les débats (*al. 2*). Ordinairement, il n'y a pas d'administration de preuves supplémentaires. Toutefois, en application des dispositions générales régissant les débats (au demeurant, déclarées applicables à *l'al. 4*), il est loisible au tribunal de procéder à l'administration de telles preuves.

Les débats une fois clos, le tribunal rend un *jugement,* tel qu'il est réglé aux art. 350 ss pour la procédure ordinaire. Le tribunal peut aussi, cependant, suspendre encore à ce stade la procédure (*al. 3*) conformément à l'art. 314, (parce que, par exemple, lors du délibéré du jugement, il apert que l'état de faits n'est pas clairement établi).

Le renvoi aux dispositions applicables à la procédure de première instance, qui figure à *l'al. 4,* souligne clairement que le jugement rendu en procédure par défaut est un prononcé de clôture ordinaire qui doit être notifié selon les dispositions générales applicables en la matière (art. 82 ss).

2.8.5.2 Section 2 **Nouveau jugement** (art. 375 à 378)

Art. 375 Demande de nouveau jugement

Lorsque le lieu de séjour du condamné a été déterminé ou que celui-ci a pu être appréhendé, le dispositif du jugement rendu par défaut lui est notifié personnellement. S'il n'accepte pas le jugement, il peut, dans les dix jours à compter de la notification, demander au tribunal *d'être jugé à nouveau, autrement dit déposer une requête en relevé du défaut* (*al. 1*)[408]. Afin que le tribunal puisse statuer sur la demande, celle-ci doit être brièvement motivée, oralement ou par écrit (*al. 2*). Si le condamné a omis de le faire, le tribunal lui impartit un délai supplémentaire.

L'al. 3 règle les conditions auxquelles le tribunal peut faire droit à la demande de nouveau jugement. Celles-ci sont réglées de manière très diverse dans les codes de procédure pénale actuels. Certains d'entre eux exigent que la personne condamnée apporte la preuve que des motifs impérieux l'ont empêché de se présenter aux débats. D'autres ne posent pas de condition particulière et autorisent un nouveau jugement sans exiger pour cela que le condamné n'ait pas fait défaut par sa faute[409]. S'il ne fait aucun doute que la deuxième réglementation n'appelle pas de réserves au regard des valeurs qui fondent l'Etat de droit, en revanche, force est de relever qu'en faisant droit sans aucune condition à une demande de nouveau jugement, on risque de provoquer des abus. En effet, le condamné qui ne s'est pas présenté, par sa faute, aux débats a le droit – sans avoir à craindre de répercussions négatives – de deman-

407 ATF **113** Ia 222

408 L'usage de l'expression «être jugé à nouveau» vise à éviter toute confusion entre le «nouveau jugement» et la restitution de délais au sens de l'art. 92 ou la reprise de l'instruction au sens de l'art. 315.

409 Cette réglementation a d'ailleurs été préconisée par les experts: «De 29 à l'unité», p. 155.

der une répétition de ceux-ci, ce qui, dans certains cas, peut faire traîner la procédure en longueur[410].

Cela étant, *l'al. 3* interdit au tribunal de procéder à un nouveau jugement lorsque le condamné a été dûment cité mais s'est soustrait aux débats, de façon manifestement fautive. Un nombre important de participants à la consultation a d'ailleurs souscrit à cette réglementation[411]. On songe au premier chef aux cas dans lesquels des prévenus placés en détention refusent d'être amenés aux débats ou dans lesquels, il ressort de déclarations faites par le prévenu qu'il n'entend pas donner suite à la citation à comparaître. Toutefois, c'est à l'Etat qu'il incombe d'administrer la preuve du comportement fautif du prévenu[412]. Par voie de conséquence, il doit être fait droit à la demande de nouveau jugement lorsqu'il n'est pas établi de manière indubitable que c'est volontairement que le prévenu ne s'est pas présenté aux débats. A ces restrictions près, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg admet que le tribunal puisse refuser de répéter les débats[413]. Au final, la réglementation proposée devrait se rapprocher du régime des cantons les plus libéraux qui accordent au prévenu le droit à un nouveau jugement sans poser aucune condition préalable, tout en permettant d'exclure les abus flagrants.

Si le tribunal rejette la demande, il rend, conformément à l'art. 78, al. 1, une décision formelle (tribunal collégial) ou une ordonnance (juge unique). Ce prononcé est sujet à recours en vertu des dispositions générales (art. 401, al. 1, let. b).

Art. 376 Procédure

Cette disposition règle les modalités de la procédure, dans la mesure où elles ne sont pas déjà régies par d'autres articles du code de procédure pénale.

La demande de nouveau jugement est examinée hors de toute procédure formelle. Si le tribunal décide de faire droit à la demande, la direction de la procédure fixe tout simplement de nouveaux débats. Le tribunal peut siéger dans la même composition que celle qu'il avait lors de la première procédure; en l'occurrence, selon la jurisprudence actuelle, le tribunal ne saurait être considéré comme partial (motif de récusation) du fait qu'il s'est déjà penché sur le cas[414]. Le fait que le tribunal a admis la demande ne signifie pas encore qu'il annule le jugement rendu pas défaut. Celui-ci ne devient caduc que lorsque le réexamen du cas est clos et que le nouveau jugement entre en force (art. 377, al. 2). Cette réglementation vise à empêcher que le jugement rendu par défaut soit annulé, lors même que, pour une raison ou pour une autre (par exemple, parce que le prévenu a à nouveau fait défaut aux débats; cf. al. 4) le tribunal est dans l'incapacité de rendre un nouveau jugement.

La direction de la procédure prend les dispositions qui s'imposent s'agissant de l'effet suspensif et de la détention pour des motifs de sûreté (*al. 3*). Le fait que le

410 Des cas aussi flagrants d'abus – notamment la fameuse affaire de corruption Raphael Huber – ont incité le canton de Zurich, en 1995, à abroger purement et simplement la disposition en cause (CPP ZH, art. 197).

411 Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 85.

412 Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le fait d'exiger du prévenu qu'il prouve que son absence n'était pas fautive serait contraire à la CEDH; cf. arrêt Colozza contre Italie.

413 Cf. l'arrêt Colozza susmentionné ainsi que l'arrêt Medenica contre Suisse, CEDH 2001-VI, p. 95, ch. 57; cf. également ATF **106** Ib 400, **127** I 215 s.

414 ATF **116** Ia 32; **121** IV 344; arrêt Thomann contre Suisse, Rec. 1996, 806; «De 29 à l'unité», p. 155).

tribunal qui statue au fond puisse décider lui-même de la détention est une réglementation qui déroge à la norme générale de l'art. 228 voulant que la mise en détention pour des motifs de sûreté soit ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte. Cette dérogation paraît justifiée par le fait que la procédure de nouveau jugement (à la différence du cas normal dans lequel la mise en détention pour des motifs de sûreté est ordonnée lors de la mise en accusation) a déjà été précédée par un premier jugement de condamnation.

L'al. 4 dispose clairement qu'un nouveau jugement n'est rendu qu'à la condition que le prévenu ne fasse pas défaut, une fois encore, sans être excusé. Dans ce cas de figure, le tribunal n'engage pas une seconde procédure par défaut, pas plus qu'il n'entre en matière sur une demande de nouveau jugement qui serait présentée ultérieurement. Le jugement rendu par défaut reste en force de même que les prononcés déjà rendus sur les recours interjetés par d'autres parties. Ces conséquences doivent être mentionnées dans les citations à comparaître (cf. art. 199, al. 2, let. f). Les procédures de recours qui ont été suspendues au sens de l'al. 2 sont reprises.

Selon *l'al. 5*, la demande de nouveau jugement peut être retirée jusqu'à la clôture des débats. En pareil cas, le prévenu doit toutefois supporter tous les frais qui en découlent; cette règle vaut également en cas de retrait d'un recours (cf. art. 435, al. 1).

Art. 377 Nouveau jugement

Les nouveaux débats sont clos par un jugement qui, dès son entrée en force, remplace le jugement rendu par défaut. Le nouveau jugement rend également caducs les prononcés déjà rendus sur les recours qui auraient été interjetés par d'autres parties. En conséquence, celles-ci devront attaquer le nouveau jugement si elles n'y souscrivent pas.

Art. 378 Rapport avec l'appel

Lorsqu'une personne condamnée par défaut n'accepte pas le jugement, elle peut, tant que court le délai de 10 jours, faire une déclaration d'appel contre ce jugement en parallèle à une demande de nouveau jugement ou en lieu et place de celle-ci (*al. 1*). Si elle opte exclusivement pour l'appel, elle perd une instance; inversement, si elle choisit uniquement de demander un nouveau jugement, elle court le risque que le tribunal n'entre pas en matière sur sa requête parce que les conditions visées à l'art. 373, al. 4, ne sont pas remplies. Dans ce cas, il ne lui reste plus aucun moyen de recours.

Il découle de *l'al. 2* que si la personne condamnée par défaut use cumulativement des deux possibilités susmentionnées, la demande de nouveau jugement doit être traitée en priorité. L'appel n'est recevable que si la demande de nouveau jugement a été rejetée. Le caractère subsidiaire de l'appel vaut également à l'égard des éventuels recours interjetés par d'autres parties (art. 376, al. 2, et 377, al. 2).

2.8.6 Chapitre 6
Procédures indépendantes en matière de mesure

Les mesures qui sont prévues par le code pénal à titre de sanctions sont, ordinairement, prononcées dans le cadre d'un jugement pénal et, partant, sur la base d'un verdict de culpabilité pour des infractions bien déterminées. Les dispositions générales de procédure statuées aux titres 6 et 7 du projet de code de procédure pénale suisse sont applicables à ces mesures. En revanche, si des mesures sont censées être prononcées indépendamment d'une procédure pénale – par exemple, par ce que le ou les auteurs de l'infraction ne sont pas connus, que l'on ignore où ils se trouvent ou encore qu'ils ont été condamnés à l'étranger – il y a lieu de mener une *procédure indépendante en matière de mesure*. Selon le type de mesure dont il s'agit, cette procédure présente, par rapport à une procédure pénale ordinaire, des spécificités qui sont réglées au chap. 6.

2.8.6.1 Section 1
Cautionnement préventif (art. 379 à 381)

Dans la pratique, le cautionnement préventif s'est révélé peu efficace, ce qui explique qu'il n'ait revêtu jusqu'ici qu'une importance secondaire. Néanmoins, il a été repris à l'art. 66 nCP[415], dans la nouvelle partie générale du code pénal[416]. Il y a donc lieu d'inclure dans la procédure pénale unifiée certaines normes concernant cette mesure qui n'est actuellement réglée que par quelques codes cantonaux.

L'art. 66 nCP[417] prévoit l'application du cautionnement préventif dans deux cas: lorsqu'une personne a menacé de commettre un crime ou un délit ou lorsqu'une personne qui a été condamnée pour un crime ou un délit manifeste l'intention formelle de réitérer son acte. Dans les deux cas de figure, il y a également motif à une mise en détention au sens de l'art. 220 (risque de récidive: art. 220, al. 1, let. c; risque de passage aux actes: art. 220, al. 2). *L'art. 379, al. 2,* règle le *rapport* du cautionnement préventif avec la *détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté,* en cas de risque de récidive ou de passage aux actes. Si celle-ci a déjà été ordonnée, un cautionnement préventif n'entre pas en considération. Cette disposition ne doit, toutefois, pas être interprétée en ce sens que le cautionnement préventif ne doit pas être ordonné quand bien même les conditions justifiant une mise en détention provisoire ou en détention pour des motifs de sûreté seraient réunies. En pareil cas, au contraire, le cautionnement préventif pourrait être envisagé à titre de mesure de substitution, moins radicale que la privation de liberté (cf. art. 236, al. 2, qui contient une liste non exhaustive de mesures de substitution).

La procédure visant à ordonner le cautionnement préventif débute par une demande adressée au ministère public (*art. 380*), le prononcé de la mesure relevant du tribunal des mesures de contrainte (*art. 381*). C'est à lui qu'il appartient d'exiger de la personne qui a proféré les menaces l'engagement de ne pas commettre l'infraction, de l'astreindre à fournir des sûretés suffisantes et, au besoin, d'ordonner sa mise en détention.

415 FF **2002** 7658
416 Cf. FF **1999** 1909
417 FF **2002** 7658

En l'occurrence, comme sous l'empire du droit actuel, les autorités compétentes sont celles du lieu où la menace a été proférée ou de celui où l'intention de récidive a été manifestée (*art. 379, al. 3*).

2.8.6.2 Section 2 Procédure à l'égard de prévenus irresponsables (art. 382 et 383)

Art. 382 Conditions et procédure

L'al. 1 définit les conditions auxquelles la procédure indépendante en matière de mesure peut être appliquée à un prévenu irresponsable au sens le l'art. 19, al. 1, nCP, qui, partant, n'est pas punissable. Cette procédure n'est pas applicable si la personne est punissable selon l'art. 19, al. 4, nCP *(actio libera in causa)* ou selon l'art. 263, CP (commission d'une infraction par une personne qui était dans un état d'irresponsabilité dû à sa faute). Elle n'est pas non plus applicable – puisqu'il s'agit d'une procédure *indépendante* en matière de mesure – lorsque le ministère public considère que le prévenu est pénalement responsable et le met en accusation, alors que le tribunal aboutit à la conclusion inverse. En pareille occurrence, on applique la procédure ordinaire, conformément aux dispositions des titres 6 et 7, procédure qui se clôt soit par un acquittement soit par un prononcé constatant l'irresponsabilité du prévenu et ordonnant les mesures nécessaires à son endroit (cf. art. 19, al. 3, nCP).

L'autorité compétente pour ordonner une mesure indépendante est le *tribunal de première instance,* cela à la différence de ce que prévoyaient d'anciennes réglementations cantonales, qui faisaient ressortir cette décision aux autorités de poursuite pénale[418]. Les cas dans lesquels le juge unique est habilité à statuer ressortent du régime de compétence prévu à l'art. 19, al. 2, let. b.

Afin d'assurer que la procédure soit aussi simple que possible, le projet renonce à prévoir que le prononcé du tribunal soit précédé d'une ordonnance de classement pour irresponsabilité du prévenu. Le ministère public adresse directement au tribunal de première instance son rapport assorti de propositions de mesures. Il est vrai que l'on pourrait également soutenir l'opinion selon laquelle les parties ont un droit à ce que soit d'abord tranchée, dans une ordonnance de classement sujette à recours, la question de la responsabilité du prévenu. Toutefois, comme le tribunal doit de toute façon examiner cette question dans le cadre de la procédure qui fait suite à la demande du ministère public et qui doit déboucher sur le prononcé des mesures (art. 383, al. 1), on aboutirait à un double examen, ce qui n'est guère rationnel.

Les al. 2 et *3* règlent succinctement la *procédure judiciaire,* qui, au demeurant, et ainsi que le prévoit expressément l'*al. 4,* est régie par les dispositions du titre 7 (art. 329 ss). Ces deux alinéas ne dérogent auxdites dispositions qu'en ce qui concerne l'obligation du prévenu d'être présent et le principe de la publicité des débats. Ces dérogations se justifient étant donné les spécificités de cette procédure.

418 Ces réglementations sont non seulement contraires aux art. 43 et 44 CP (art. 56 ss, nCP) qui attribuent aux tribunaux la compétence d'ordonner de telles mesures, mais encore elles sont incompatibles avec la CEDH (art. 5, par. 1 et 4, et 6, par. 1).

Art. 383 Prononcé

Lorsqu'il considère la participation du prévenu et son irresponsabilité comme établies, le tribunal constate l'irresponsabilité dans son jugement[419] et ordonne les mesures nécessaires (*al. 1*). S'il ordonne des mesures, il statue aussi, conformément aux art. 120 ss, sur les prétentions civiles que la partie plaignante a fait valoir (*al. 2*).

Si le tribunal arrive à la conclusion que les conditions permettant d'ordonner une mesure indépendante ne sont pas réunies parce qu'il considère le prévenu comme responsable (même s'il lui reconnaît une responsabilité restreinte) ou encore comme punissable selon l'art. 19 nCP[420] ou l'art. 263 CP, il rejette la réquisition du ministère public sans se prononcer sur les prétentions civiles de la partie plaignante (*al. 3*)[421]. Par voie de conséquence, le ministère public est tenu de rouvrir la procédure préliminaire et de la clore soit par une ordonnance de classement soit par un acte d'accusation. Une seconde procédure au sens des art. 382 s. est exclue. Si le ministère public met le prévenu en accusation, le tribunal n'est toutefois pas lié par les décisions qu'il a prises auparavant dans le cadre de la procédure indépendante en matière de mesure; il lui est donc loisible de s'écarter de son prononcé initial en déclarant le prévenu irresponsable et en ordonnant les mesures nécessaires à son endroit.

2.8.6.3 Section 3 Procédure de confiscation indépendante d'une procédure pénale (art. 384 à 386)

Art. 384 Conditions

Lorsque la confiscation d'objets et de valeur patrimoniales selon les art. 69 à 73 nCP[422] ne peut pas être traitée, à titre de point accessoire, dans le cadre d'une procédure pénale (procédure de confiscation *in personam,* appelée aussi *procédure de confiscation accessoire*)[423], elle doit l'être dans une procédure indépendante (appelée aussi *procédure objective ou procédure in rem*).

Art. 385 Procédure

Le ministère public examine si les conditions de la confiscation sont remplies et place sous séquestre les objets ou les valeurs patrimoniales qui seront probablement confisqués (*al. 1*). Si les conditions paraissent remplies, le ministère public entend la personne concernée (cf. art. 105 et 107); dans le cas contraire, il rend une ordonnance de classement (*al. 3*).

419 La forme du jugement (qui est sujet à appel) se justifie compte tenu de la portée des sanctions éventuelles.
420 FF **2002** 7658
421 Il n'y a pas lieu de régler expressément dans le CPP les autres cas dans lesquels la réquisition doit être rejetée, par exemple lorsque le tribunal, tout en tenant le prévenu pour irresponsable ne parvient pas à ne pas douter que celui-ci soit l'auteur de l'infraction ou encore lorsque le tribunal reconnaît l'irresponsabilité du prévenu tout en considérant qu'aucune mesure particulière ne s'impose à son endroit.
422 FF **2002** 7658
423 La confiscation peut également être ordonnée à titre accessoire en cas de classement de la procédure (cf. art. 321, al. 2).

Par principe, la procédure est régie par les dispositions concernant la procédure de l'ordonnance pénale, à cette différence près que si la personne concernée forme opposition contre l'ordonnance de confiscation, le tribunal rend son prononcé, non pas sous la forme d'un jugement, mais sous celle d'une décision ou d'une ordonnance.

Art. 386 Allocation en faveur du lésé

Selon l'art. 73, al. 1, let. b, nCP[424], les objets et les valeurs patrimoniales confisqués peuvent être alloués au lésé, à sa demande. L'autorité statue sur une telle demande également dans le cadre de la procédure de confiscation indépendante: ou bien le ministère public se prononce dans l'ordonnance de confiscation ou bien le tribunal statue dans le cadre de la décision de confiscation ou de l'ordonnance de confiscation.

2.9 Titre 9 Voies de recours

Les moyens de recours ont été institués par le législateur dans le but d'éviter l'erreur judiciaire et d'éliminer les injustices. Les procédures de recours mises en place permettent aux parties qui ont succombé, d'attaquer des jugements rendus à leur encontre et d'obtenir un nouvel examen du jugement en vue d'une modification totale, partielle ou de l'annulation de la décision attaquée.

Le présent projet propose un système de recours relativement simple. En plus de la révision qui connaît déjà une certaine homogénéité au niveau fédéral puisqu'elle est imposée par l'art. 397 CP, le Conseil fédéral ne propose que le recours et l'appel. Sous le titre de recours, le projet regroupe les différentes voies de recours que certains codes de procédure cantonale traitent séparément. Bien que le projet ait renoncé au pourvoi en nullité, l'aménagement de l'appel comporte certaines parentés avec celui-ci.

Le projet réglemente les moyens de recours auprès des instances cantonales supérieures, ainsi que le recours adressé à une autorité fédérale pour les cas relevant de la compétence de la Confédération.

2.9.1 Chapitre 1 **Dispositions générales** (art. 387 à 400)

Art. 387 Dispositions applicables

La procédure de recours n'est pas traitée dans les moindres détails. Les moyens de recours sont donc en principe soumis aux règles générales de procédure.

Art. 388 Décisions définitives ou non sujettes à recours

Cette disposition fait référence aux décisions qualifiées par le présent projet de définitives ou non sujettes à recours (par exemple, art. 319, al. 3; art. 325, al. 2). Puisque celui-ci ne prévoit pas le recours extraordinaire du pourvoi en nullité et

424 FF **2002** 7658

qu'un seul recours de même nature est admis (art. 402, let. c), ces décisions définitives ne peuvent pas être attaquées par l'une des voies de recours prévues par le présent code. A l'avenir, elles seront soumises au recours en matière pénale (art. 78 LTF[425]) qui succède à la fois au pourvoi en nullité (art. 220 ss et 268, PPF) et au recours de droit public (art. 84 ss, OJ).

Art. 389 Qualité pour recourir du ministère public

L'al. 1 reprend le principe admis unanimement que le ministère public peut recourir en faveur comme au détriment du condamné (art. 6, al. 2). Dès lors qu'il estime que la décision prise doit être modifiée, dans l'intérêt comme en défaveur du prévenu, il est légitimé à faire recours.

Les *al. 2 et 3* résultent du fait que le projet définit uniquement dans les grandes lignes les principales autorités pénales dont la Confédération et les cantons doivent être dotés. Puisque la Confédération et les cantons ont le loisir d'opter pour une structure à plusieurs niveaux (cf. supra, ch. 2.2.1.1), il leur appartient de déterminer à quel ministère public revient la qualité pour recourir.

L'al. 4 régit la qualité pour recourir du ministère public de la Confédération contre les décisions cantonales. Cette disposition correspond matériellement au droit en vigueur (art. 266, let. a et c, 267 et 270, let. d, ch. 1 et 3, PPF)[426].

Art. 390 Qualité pour recourir des autres parties

Cette disposition donne une définition générale de la qualité pour recourir qui correspond, dans les grandes lignes, à celle figurant dans les codes de procédure actuels.

L'al. 1 n'établit pas de liste exhaustive des parties habilitées à recourir. La notion de partie doit être comprise au sens des art. 102 et 103. Ainsi, outre le prévenu et la partie plaignante, les autres participants à la procédure peuvent être considérés comme ayant la qualité pour recourir, pour autant qu'ils aient participé à la procédure de première instance et aient un intérêt juridiquement protégé. Comme cela a déjà été mentionné en relation avec l'art. 103, le projet renonce à reconnaître aux associations les droits des parties, et surtout, la qualité pour recourir.

La partie plaignante peut, en vertu de la règle générale de *l'al. 2*, attaquer un jugement sur la question de la culpabilité et sur la question civile[427]. Contrairement à ce que prévoient plusieurs codes de procédure, la qualité pour recourir de la partie plaignante n'est donc pas limitée à la question civile. Cette solution relativement généreuse fait disparaître la distinction peu satisfaisante entre la légitimation de la partie plaignante «ordinaire» et celle de la victime (cf. art. 8, al. 1, LAVI). En revanche, le projet renonce à reconnaître à la partie plaignante (et de ce fait à la victime) la qualité pour recourir sur la question de la sanction car, en règle générale, celle-ci n'a aucune influence sur le sort

425 FF **2005** 3829; futur numéro au RS **173.110**.

426 La possibilité supplémentaire qui était prévue à l'art. 266, let. b, PPF est devenue caduque avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (RS **173.71**) (modification de l'art. 18, al. 3, 2e phrase PPF selon lequel le ministère public de la Confédération peut soutenir l'accusation devant les tribunaux cantonaux).

427 Le lésé qui n'a pas encore eu la possibilité de se constituer partie plaignante au sens des art. 116 ss (par exemple en raison d'une décision de non entrée en matière) peut aussi, cela va de soi, faire valoir un moyen de recours.

des prétentions civiles. Dès lors, seul le ministère public peut être légitimé à recourir sur la peine.

L'al. 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'art. 110, al. 1, nCP[428] 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'art. 119, al. 1. Cette disposition va plus loin que nombre de lois de procédure pénale en vigueur et que l'art. 270, let. b, PPF qui ne reconnaît qu'aux proches du prévenu la qualité pour intenter un pourvoi en nullité au niveau fédéral.

Art. 391 Fournitures de sûretés

La partie plaignante dispose d'une légitimation pour recourir très large. En contrepartie, elle peut devoir supporter les frais et les indemnités de procédure (art. 434, 435 et 440). Afin de garantir les prétentions résultant de ces dispositions lorsqu'une décision finale est entrée en force, *l'al. 1* prévoit que la direction de la procédure de l'autorité de recours peut astreindre la partie plaignante à fournir des sûretés suffisantes. Les tribunaux devraient toutefois appliquer cette disposition avec modération afin de respecter le droit d'accès à un tribunal garanti par l'art. 6, par. 1, CEDH. Par analogie avec l'art. 134, la situation financière précaire de la partie plaignante ne devrait pas l'empêcher de faire recours. Le prévenu sera libéré de la fourniture de sûretés, même s'il s'agit d'infractions poursuivies sur plainte, afin de ne pas restreindre dans une mesure injustifiable les droits de la défense garantis au prévenu.

Art. 393 Motivation et forme

La déclaration de recours n'est en principe soumise à aucune forme quant à son contenu. Il suffit qu'elle fasse ressortir que la partie n'accepte pas la décision. Toutefois, lorsque le projet exige que le recours soit motivé, le mémoire de recours devra se conformer aux exigences des *let. a à c* de *l'al. 1*. Bien que l'autorité de recours ne soit pas liée par les conclusions des parties, les recourants ne sauraient s'abstenir de contribuer à une justice efficace en renonçant à motiver suffisamment leurs conclusions.

Les al. 2 et 3 énoncent le principe formulé parfois par la loi elle-même (art. 273, al. 2, PPF) ou par la jurisprudence selon lequel l'autorité commet un formalisme excessif si elle déclare un acte de procédure vicié alors que l'irrégularité était immédiatement reconnaissable et qu'elle aurait pu la signaler à l'auteur afin qu'il la répare (al. 2). De même, une erreur dans la désignation du recours ne peut nuire au recourant (al. 3).

Art. 394 Renonciation et retrait

L'al. 1 reprend une disposition largement répandue en droit suisse de la procédure selon laquelle toute personne légitimée à recourir peut renoncer à former recours après la communication de la décision attaquable. L'intéressé ne saurait toutefois renoncer à ce droit avant la communication de la décision car il n'est pas lié par l'abandon d'un droit dont il n'est pas en mesure d'apprécier l'étendue avec assez de précision. La renonciation n'a d'effets que si son auteur a manifesté la volonté

428 FF **2002** 7658

d'abandonner le droit de recourir. La renonciation doit être déclarée de manière expresse, par une déclaration écrite ou orale, qui est consignée au procès-verbal.

L'al. 2 prescrit que tout recours peut faire l'objet d'un retrait. La déclaration de retrait peut être formulée par écrit ou, par analogie à l'al. 1, oralement.

La renonciation à recourir et le retrait du recours sont irrévocables (*al. 3*), sauf si le retrait ou la renonciation de la partie concernée a été affecté par un vice du consentement. Dans le cas d'une information inexacte des autorités, la partie concernée ne doit pas avoir pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude de l'information.

Art. 395 Effet suspensif

Selon l'al. 1, les moyens de recours n'ont, en principe, pas d'effet suspensif. Par conséquent, le jugement attaqué pourra être exécuté durant toute la procédure de recours, même si la juridiction supérieure n'a pas statué ou que le recours n'a pas été retiré. L'appel fait exception à ce principe puisqu'il est la seule voie de recours pourvue de l'effet suspensif (art. 409). La direction de la procédure peut aussi attribuer l'effet suspensif à un recours.

Art. 396 Ordonnances rendues par la direction de la procédure et mesures provisoires

Cette disposition définit de manière non exhaustive les cas dans lesquels la direction de la procédure rend des ordonnances et arrête des mesures provisoires. Il ne doit pas être possible d'y surseoir. Les mesures provisoires – qui servent à la mise en sécurité des moyens de preuve ou du prévenu – ne valent que pour la durée de la procédure de recours. A l'issue de celle-ci, elles seront annulées ou pourront être transformées en mesures ordinaires. La mise en détention (*let. b*) peut aussi être prononcée à l'encontre de la personne acquittée, notamment lorsque le ministère public a introduit un appel contre le jugement d'acquittement et qu'il y a des risques de fuite, de collusion, ou lorsque le jugement d'acquittement doit être annulé dans le cadre d'une procédure de révision, car des faits nouveaux laissent apparaître comme très vraisemblable une nouvelle condamnation de la personne acquittée qui pourrait ainsi avoir intérêt à prendre la fuite.

Art. 397 Compléments de preuves

Les preuves ont déjà été administrées durant la procédure préliminaire puis par le tribunal de première instance. Conformément au principe de célérité et d'efficacité, l'administration de ces preuves n'est en principe pas répétée par l'autorité de recours (*al. 1*).

L'al. 2 énumère alternativement les cas dans lesquels l'administration des preuves doit être répétée.

Puisque le principe de la vérité matérielle s'applique en procédure pénale, les autorités pénales ont un rôle actif à jouer dans la recherche de la preuve (*al. 3*). Les preuves sont nécessaires lorsqu'elles pourraient avoir une influence sur le sort du litige.

Art. 398 Procédure écrite

Le projet prévoit une procédure partiellement ou intégralement écrite non seulement pour le recours (art. 401 ss), mais également pour l'appel (art. 406 ss) et la révision (art. 417 ss). L'art. 398 contient quelques règles générales applicables à la procédure écrite.

Les al. 2 et 3 concrétisent le droit d'être entendu selon les art. 29 Cst. et 6, par. 1, CEDH. Selon la jurisprudence de Strasbourg, «la notion de procès équitable implique aussi, en principe, le droit pour les parties au procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et d'en débattre»[429].

L'al. 5 donne la possibilité à l'autorité de recours d'organiser des débats, d'office ou à la demande d'une partie, même si la forme prescrite pour la procédure de recours est la forme écrite. Ainsi, bien que la procédure pénale en matière de contraventions devrait se dérouler par écrit (art. 361, al. 2, en liaison avec l'art. 357), la direction de la procédure peut ordonner des débats, en application de l'art. 6, par. 1, CEDH, lorsqu'elle juge qu'un intérêt public important le justifie ou lorsqu'une partie le demande.

Art. 399 Décision

L'al. 1 concrétise les principes de la vérité matérielle objective et de la légalité qui dominent le procès pénal (art. 6 et 7). Ceux-ci s'appliquent également à la procédure de recours: en effet, l'autorité de recours n'est pas liée par les conclusions et les motivations des parties. Toutefois, cette liberté connaît, outre les conclusions civiles (cf. *al. 1, let. b*), deux tempéraments: d'une part, en cas d'appel, la juridiction d'appel n'examine que les points contestés du jugement de première instance (art. 411, al. 1) et d'autre part, le principe de l'interdiction de la *reformatio in peius* entrave le plein pouvoir d'examen de l'autorité de recours (*al. 2*). Bien que ce principe ne soit pas un principe constitutionnel, il est déjà garanti par la plupart des codes de procédure pénale existant en Suisse. Il garantit au prévenu ou au condamné le droit d'exercer son droit de recours sans risquer d'être exposé de voir le jugement relatif à l'action pénale ou à l'action civile modifié à son préjudice. Le sens de la règle protège le prévenu ou la personne condamnée non seulement contre une condamnation plus sévère à son encontre, soit l'aggravation de la sanction inscrite dans le dispositif du jugement et le choix d'un autre type de sanction plus sévère, mais encore contre la modification dans un sens plus sévère de la qualification juridique des faits initialement retenue. La deuxième phrase de l'al. 2 apporte un tempérament à l'interdiction de la *reformatio in peius*. En effet, il serait choquant que des faits, des documents ou des preuves dont on n'a eu connaissance qu'après le jugement du tribunal de première instance ne puissent pas être utilisés, y compris au détriment du prévenu.

Selon *l'al. 3*, si la partie plaignante est seule à avoir recouru, la juridiction de recours ne peut modifier le jugement attaqué que dans l'intérêt de celle-ci puisqu'elle est limitée par l'objet du recours (*al. 1*). Elle ne peut que faire droit aux conclusions de la partie plaignante, les rejeter ou confirmer le jugement contesté.

429 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, Nideröst-Huber c/Suisse du 18 février 1997, Rec. 1997-I, 110, ch. 24.

Art. 400 Extension du champ d'application de décisions sur recours

Cette disposition prévoit l'extension du champ d'application des jugements admettant le bien-fondé du recours d'un prévenu ou d'une personne condamnée en faveur des autres prévenus ou personnes condamnées qui n'ont pas recouru. Elle a pour objectif d'éviter des demandes de révision ultérieures. Cette disposition ne s'applique que si l'autorité apprécie différemment les faits et dans la mesure où la modification ou l'annulation de la décision contestée touche les autres prévenus ou les autres personnes condamnées qui n'ont pas fait recours.

2.9.2 Chapitre 2 **Recours** (art. 401 à 405)

Art. 401 Recevabilité et motifs de recours

L'al. 1 fixe l'objet du recours.

Les *let. a à c* énumèrent quels types d'actes sont soumis à recours:

Selon la *let. a*, par décisions et actes de procédure de la police, il s'agit notamment de l'arrestation provisoire, du séquestre, de la perquisition, etc. Par décisions et actes de procédure du ministère public et des autorités pénales en matière de contraventions, il s'agit des ordonnances prescrivant des mesures de contrainte. Selon la *let. a*, tout acte de procédure peut faire l'objet d'un recours, y compris toute abstention ou toute omission. Le moyen invoqué sera notamment le déni de justice. Sont également soumises à recours, les ordonnances de non entrée en matière (art. 310) et de classement prises par le ministère public et les autorités pénales en matière de contraventions (art. 323).

Selon la *let. b*, les ordonnances et les décisions des tribunaux de première instance qui ne constituent pas un jugement (art. 78) doivent être attaquées par la voie du recours. Il s'agira notamment de décisions ordonnant des mesures de contrainte et de décisions finales rendues dans une procédure indépendante en matière de mesures (art. 379 ss). La restriction de la let. b, 2e phrase, se justifie car si la voie du recours était ouverte contre des ordonnances ou des décisions distinctes prises au cours des débats par la direction de la procédure, cela supposerait l'interruption des débats. Cette disposition exclut donc le recours immédiat dans ces cas-là. Les erreurs contenues dans ces décisions intermédiaires devront être attaquées avec la décision finale, dans la mesure où elles ont influencé celle-ci.

Les décisions du tribunal des mesures de contrainte sont en principe définitives. Font exception à cette règle, les recours contre les décisions prises dans la procédure de mise en détention provisoire ou pour des motifs de sûreté qui ont duré au moins trois mois (art. 221, al. 2), les recours introduits suite à la notification des motifs et de la durée de la surveillance de l'adresse postale ou du raccordement de télécommunication (art. 278, al. 3) ainsi que les recours introduits contre l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (art. 280, al. 3) et contre une investigation secrète (art. 297, al. 3).

Selon *l'al. 2*, le recours constitue un moyen de droit complet qui inclut des recours spécifiques que l'on trouve dans différents codes de procédure cantonaux et qui permettent d'attaquer quelques comportements particuliers. Il est ouvert sans limitation. L'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen. Le recours fait l'objet d'un examen aussi bien en fait qu'en droit.

Art. 402 Irrecevabilité du recours

L'al. 1, let. a, rappelle le caractère subsidiaire du recours par rapport à l'appel (art. 20, al. 1). Afin de ne pas ralentir le déroulement de la procédure de recours, et en dérogation à la clause générale de l'art. 401, al. 1, let. a, le projet exclut le recours contre le rejet de réquisition de preuves par le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions si ces propositions peuvent être renouvelées devant le tribunal de première instance (*let. b*, cf. art. 332, al. 3).

La *let. c* rappelle que les décisions sur recours sont définitives. Cette disposition constitue une application du principe général énoncé à l'art. 388.

Art. 403 Autorité de recours collégiale

Cette disposition vise 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, qui statuera en qualité de juge unique si le recours porte sur des contraventions (*let. a*) ou sur les frais, indemnités, confiscations, etc., en tant que conséquences économiques d'une décision et si la valeur litigieuse n'excède pas 5000 francs (*let. b*).

Art. 404 Forme et délai

La forme prescrite pour le recours est la forme écrite. Quant au contenu de la forme écrite et de la motivation, les exigences découlent des art. 393 et 398. Le délai pour recourir est de dix jours, sauf en cas de recours pour déni de justice matériel ou formel, qui n'est soumis à aucun délai.

Art. 405 Procédure et décision

L'al. 1 prescrit l'utilisation de la forme écrite. Exceptionnellement, l'autorité de recours peut ordonner des débats (art. 398, al. 5)

Selon *l'al. 2*, le recours peut avoir un effet réformatoire ou cassatoire. Dans ce dernier cas, l'autorité de recours renvoie la décision à l'autorité inférieure. Tel pourra être le cas lorsque la décision de l'autorité inférieure présente une constatation des faits incomplète, une motivation insuffisante ou une contradiction qui ne peut être résolue par interprétation.

L'al. 3 règle l'hypothèse du recours bien-fondé contre une ordonnance de classement. Tel pourra être le cas lorsque l'autorité de recours estime qu'au vu de l'état du dossier, une mise en accusation s'impose ou qu'il y a lieu de recueillir des preuves supplémentaires. En principe, l'activité des autorités pénales n'est guidée que par le droit et n'est pas soumise aux instructions d'une tierce autorité (art. 4). *L'al. 3* constitue une exception à ce principe, dès lors que dans un but d'efficacité, l'instance de recours peut donner des instructions au ministère public ou à l'autorité pénale en matière de contraventions quant à la suite de la procédure. Ce pouvoir conféré à l'instance de recours se justifie aussi lorsque celle-ci constate un déni de justice formel, notamment afin d'éviter que des prévenus ne restent sous le coup d'une accusation et dans l'incertitude.

2.9.3 Chapitre 3 Appel

2.9.3.1 Section 1 **Dispositions générales** (art. 406 à 409)

Art. 406 Recevabilité et motifs d'appel

L'al. 1 détermine le champ d'application de l'appel. Il constitue le principal moyen de recours contre les jugements des tribunaux de première instance. Les jugements définitifs tranchant des questions de droit matériel et rendus par une autorité judiciaire de première instance sont soumis à la voie de l'appel, tels une décision de condamnation ou d'acquittement. L'appel n'est toutefois pas limité à ces cas de figure. Il est également ouvert contre les décisions de principe des tribunaux pénaux, admettant le bien-fondé de prétentions civiles.

Dans la mesure où les affaires de forte criminalité sont soumises à la juridiction fédérale en vertu des art. 23 et 24, celles-ci pourront faire l'objet d'une procédure d'appel (cf. supra, ch. 1.8.2).

En matière de crimes ou de délits, l'appel est un moyen de droit complet puisque tant des motifs de droit que des motifs de fait peuvent être invoqués (*al. 2* et *3*). Il permet un nouvel examen de l'affaire au fond par la juridiction supérieure.

Dans le droit actuel, l'appel est souvent exclu pour la faible criminalité. Dans le présent projet, l'appel est, à certaines conditions, aussi ouvert contre les contraventions (*al. 4*). Le pouvoir d'examen concernant les faits de la juridiction d'appel est toutefois limité. L'appel se rapproche ainsi, dans ce domaine, de l'actuel pourvoi en nullité que connaissaient le droit fédéral et certains cantons. Quant au moment déterminant permettant de qualifier si l'objet de l'appel porte sur une contravention, il faut se référer aux débats et non à l'objet du jugement. Ainsi, si le ministère public a reconnu le prévenu coupable d'un délit alors que le tribunal n'a reconnu le prévenu coupable que d'une contravention, la restriction de l'al. 4 ne sera pas applicable.

Selon *l'al. 5*, lorsque l'appel porte uniquement sur les conclusions civiles, il est limité quant à sa recevabilité afin de ne pas avantager en matière de recours les prétentions civiles formulées par adhésion à la procédure pénale: l'appel n'est recevable que si le droit de procédure civile applicable au for l'autoriserait. Le tribunal de première instance doit avoir rendu une décision au fond sur les prétentions civiles, au moins sur le principe (art. 124). En revanche, si les prétentions civiles ont été renvoyées au tribunal civil, l'appel n'est pas recevable. Cette restriction ne s'applique pas si le jugement a aussi été attaqué sur la question de la culpabilité ou sur celle de la sanction pénale.

Art. 407 Annonce et déclaration d'appel

La procédure d'appel se déroule en deux temps:

Selon *l'al. 1*, la partie qui veut faire appel doit l'annoncer. La possibilité d'une annonce orale déroge à la règle générale de l'art. 393. Elle tient compte de la pratique actuelle répandue selon laquelle la partie qui souhaite faire appel peut l'annoncer immédiatement suite à la notification orale du jugement de première instance. Cette annonce d'appel orale est consignée au procès-verbal. Une fois le jugement motivé rédigé, le tribunal de première instance le transmet aux parties et à la juridiction d'appel accompagné de l'annonce d'appel.

Dès la notification du jugement motivé, la partie qui a annoncé l'appel dispose d'un délai de vingt jours pour adresser à la juridiction d'appel une déclaration d'appel écrite. Les *al. 3 (let. a*) et *4* s'inspirent du principe déjà connu dans certains codes de procédure cantonaux et partagé par la doctrine suisse selon lequel la limitation de l'appel est en principe admise. Le projet reprend ce principe par souci d'économie du procès, d'allègement de la procédure, mais aussi parce que, si la partie peut renoncer entièrement à recourir, elle doit également pouvoir y renoncer partiellement. L'appelant doit indiquer quelles parties du jugement il conteste et les moyens de preuves supplémentaires qu'il souhaite produire. *L'al. 4* détermine de manière exhaustive quelles parties du jugement peuvent être attaquées séparément et fixe définitivement l'objet de l'appel. En effet, la portée de l'appel pourra être restreinte ultérieurement, moyennant un retrait partiel, mais non élargie.

Art. 408 Examen préalable et appel joint

Cette disposition reprend la règle de l'art. 393, al. 2. La juridiction d'appel saisie d'une déclaration d'appel vérifie si celle-ci remplit les conditions de l'art. 408. Si tel n'est pas le cas, l'appelant se voit octroyer un délai supplémentaire pour préciser sa déclaration d'appel.

Les *al. 2 et 3* garantissent le droit d'être entendu des autres parties: une copie de la déclaration d'appel conforme aux prescriptions de l'art. 407 est transmise aux autres parties (al. 2), qui disposent d'un délai de vingt jours afin de faire une proposition motivée de non entrée en matière (al. 3, let. a) ou pour interjeter un appel joint (al. 3, let. b).

Les parties qui annoncent un appel joint doivent également indiquer quelles parties du jugement elles contestent (*al. 4*). Si la partie plaignante conteste la décision par un appel joint, les restrictions de l'art. 391, al. 2, s'appliquent par analogie à l'appel joint. Dans le droit actuel, certains cantons ne connaissent pas l'appel joint, d'autres prescrivent que l'appel joint peut être interjeté tantôt indépendamment des points contestés dans l'appel principal, tantôt dans l'étendue des points attaqués par l'appel principal. Bien que le projet consacre aussi le caractère exclusivement accessoire de l'appel joint à l'appel principal (*al. 6*), il ne le limite pas à l'étendue de l'appel principal, sauf si l'appel a été déclaré par le prévenu ou la partie plaignante et ne porte que sur les conclusions civiles du jugement de première instance. Dans cette hypothèse, l'appel joint sera limité sur ce point.

Art. 409 Effet de l'appel

Au contraire du recours et de la révision, l'appel a un effet suspensif légal: seuls les points du jugement de première instance qui n'ont pas été contestés dans la déclaration d'appel acquièrent force de chose jugée et deviennent exécutoires. La direction de la procédure pourra constater la force de chose jugée et le caractère exécutoire du jugement sur les points qui ne font pas l'objet de l'appel, notamment sur les points principaux du jugement lorsque l'appel est limité aux conclusions civiles ou aux points accessoires.

2.9.3.2 Section 2 **Procédure** (art. 410 à 414)

Art. 410 Entrée en matière

Par analogie à l'art. 330, *l'al. 1* règle les vérifications usuelles quant à la recevabilité (*let. a à c*) auxquelles la juridiction d'appel doit procéder à réception de la déclaration d'appel, à la demande de la direction de la procédure ou d'une partie. Elle vérifie notamment si l'appel a été annoncé et déclaré dans les délais prescrits, s'il est motivé, s'il n'existe pas un motif de prescription. S'agissant d'une décision sur la question de la recevabilité, la procédure se déroule par écrit et le tribunal d'appel donne aux parties l'occasion de se déterminer afin de respecter le droit d'être entendu (*al. 2*).

Si la juridiction d'appel n'entre pas en matière sur l'appel, elle notifie sa décision écrite et motivée aux parties (*al. 3*). L'exigence de la forme écrite est justifiée afin que les parties puissent, le cas échéant, recourir contre cette décision auprès de la juridiction d'appel. Si l'entrée en matière n'est pas contestée ou si la juridiction d'appel décide néanmoins d'entrer en matière malgré les conclusions contraires de la direction de la procédure ou des parties, la juridiction d'appel ne notifie aucune décision formelle aux parties. Cette solution s'impose dans un but d'économie de procédure et se justifie eu égard au fait qu'une décision d'entrée en matière n'est pas soumise à recours.

Si aucun motif d'irrecevabilité n'est établi, l'autorité prend les mesures nécessaires en vue de la mise en œuvre de la procédure écrite ou orale (*al. 4*). Les art. 336 ss s'appliquent par analogie. Le fait qu'aucune décision d'irrecevabilité n'ait été prise dans le cadre de l'examen prévu à l'al. 1 n'exclut pas de soulever et de trancher la question de l'entrée en matière ultérieurement.

Art. 411 Etendue de l'examen

En principe, selon *l'al. 1*, la juridiction d'appel est liée par les conclusions des parties et ne peut aller au-delà de celles-ci.

Cette règle connaît toutefois un tempérament puisque la juridiction d'appel peut aller au-delà des conclusions des parties, uniquement dans le sens d'une amélioration de la situation du prévenu (*al. 2*).

Art. 412 Procédure orale

En principe, la procédure d'appel est orale. Les débats d'appel se déroulent selon les dispositions applicables aux débats de première instance (*al. 1*).

Les *al. 2 à 4* régissent la présence des parties aux débats d'appel. Le droit des parties d'être présentes au procès, afin de respecter le caractère contradictoire de la procédure pénale, concerne aussi la procédure d'appel. Le prévenu et la partie plaignante peuvent, à leur demande, être dispensés de participer aux débats. Tel pourra être le cas lorsque la présence du prévenu ou de la partie plaignante n'est pas indispensable.

Selon *l'al. 3, let. a*, le ministère public doit prendre part aux débats d'appel dans les cas prévus à l'art. 338, al 3 et 4, soit lorsqu'il requiert une peine privative de liberté sans sursis ou une mesure entraînant une privation de liberté ou lorsque la direction de la procédure l'y oblige. L'obligation faite au ministère public de comparaître aux débats (*let. b*), lorsqu'il a déclaré l'appel ou l'appel joint, vise notamment à réduire

les cas, fréquents en pratique, dans lesquels l'appel joint est interjeté avant tout pour amener le prévenu à retirer son appel.

Si le ministère public n'est pas tenu de participer personnellement aux débats, il peut déposer ses conclusions par écrit ou y renoncer. Il ne peut exiger de participer aux débats d'appel car n'ayant ni introduit une procédure d'appel ni un appel joint, il a manifesté un certain «désintérêt» à l'affaire. En conséquence, et à la différence de ce qu'il vaut dans le cadre des débats de première instance (cf. art. 338, al. 1), il n'est pas habilité à participer aux débats en appel.

Art. 413 Procédure écrite

Afin de décharger les instances judiciaires, le projet prévoit, dans certains cas, une procédure d'appel uniquement écrite. Elle est toutefois soumise à des conditions strictes car elle peut porter atteinte à l'exigence du caractère oral et public posée par les art. 6, par. 1, CEDH et 14, al. 1, PIDCP.

Cette procédure écrite s'applique dans les hypothèses mentionnées aux *let. a à e.*

Par l'expression points de droit (*let. a*), il s'agit par exemple de la question de la prescription des actes incriminés, de la qualification de l'infraction, par opposition aux circonstances de fait.

Les *let. d et e* autorisent l'appel pour les effets accessoires d'un jugement ainsi que pour les mesures au sens des art. 66 à 73 nCP[430]. Dans le droit actuel, ces cas sont soumis au recours ou au pourvoi en nullité, qui font déjà l'objet d'une procédure écrite.

L'al. 2 prévoit encore une procédure écrite dans deux autres hypothèses (*let. a et b*), à condition que les parties y aient consenti. Ainsi, la direction de la procédure peut prescrire une procédure écrite lorsque la présence du prévenu n'est pas nécessaire, notamment lorsque ce dernier ne doit pas être interrogé personnellement. La plaidoirie peut être remplacée ici par un échange de mémoires entre les parties. Lorsque la décision n'émane pas du tribunal de collège, mais d'un juge unique, il apparaît aussi justifié de renoncer à des débats oraux en raison du caractère mineur de l'affaire.

Selon *l'al. 3*, la procédure écrite oblige la partie à déposer un mémoire motivé (art. 398). Si une partie entend former un appel joint, celui-ci doit être motivé dans sa réponse à l'appel principal. La suite de la procédure se déroule conformément à l'art. 398, al. 2 à 4.

Art. 414 Défaut des parties

Cette disposition détermine les conséquences du défaut d'une partie. Celles-ci diffèrent des de celles prévues par les art. 373 ss concernant la procédure par défaut.

Selon l'al. 1, l'appel ou l'appel joint est considéré comme retiré, si la partie qui l'a déclaré se trouve dans une des hypothèses énumérées aux *let. a à c*. Selon la *let. a*, la partie absente qui se fait représenter régulièrement n'est pas considérée comme défaillante. La *let. b* envisage l'hypothèse où la partie privée (prévenu ou partie plaignante), dispensée de participer aux débats, omet de déposer ses conclusions écrites (art. 412, al. 2, et 413, al. 3). La règle ne s'applique pas au ministère public car celui-ci, contrairement aux parties privées, n'est pas obligé de déposer un mé-

430 FF **2002** 7658

moire (art. 412, al. 4). La let. c assimile au défaut la partie qui, citée à comparaître, a omis d'indiquer un domicile de notification selon l'art. 85, al. 2 .

Les *al. 2 et 3* règlent la procédure en cas de défaut du prévenu. Si le prévenu ne comparaît pas aux débats alors que l'appel a été déclaré par le ministère public ou la partie plaignante sur la déclaration de la culpabilité ou sur la question de la peine, la procédure par défaut prévue aux art. 373 ss est engagée. Si le défenseur fait seul défaut, 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 l'appel est limité aux conclusions civiles, l'al. 3 permet à l'autorité de recours de statuer sur la base du dossier.

2.9.3.3 Section 3 **Jugement d'appel** (art. 415 et 416)

Art. 415 Nouveau jugement

Cette disposition consacre le caractère réformatoire de l'appel, puisqu'en cas d'entrée en matière, la juridiction d'appel rend un nouveau jugement. Dès lors que la déclaration d'appel peut se limiter à certains points du jugement, l'effet réformatoire du jugement ne porte que sur les éléments attaqués et évoqués au cours de la procédure d'appel.

Art. 416 Annulation et renvoi

Exceptionnellement, l'appel peut avoir un effet cassatoire: la juridiction d'appel ne rend pas un nouveau jugement mais annule la décision attaquée et renvoie la cause au tribunal de première instance en vue d'un nouveau jugement. Ainsi que cela est déjà prévu dans certains codes de procédure, 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 juridiction d'appel aboutirait de facto à priver l'appelant d'un moyen de recours. Il s'agit surtout de cas dans lesquels le droit d'être entendu des parties n'a pas été respecté. L'affaire est également renvoyée à l'instance inférieure lorsque celle-ci n'a pas examiné, comme elle aurait dû le faire, tous les éléments de l'acte d'accusation ou les conclusions civiles (*al. 1*).

Lorsque la juridiction d'appel annule le jugement de première instance, elle donne au tribunal de première instance des instructions sur les actes de procédure à répéter ou à compléter (*al. 2*).

Le tribunal de première instance est lié par les considérants de la juridiction d'appel (*al. 3*).

2.9.4 Chapitre 4 **Révision** (art. 417 à 422)

Quelles que soient les garanties mises en place par le législateur, tels le principe du double degré de juridiction et la possibilité d'un recours en matière pénal au Tribunal fédéral, il n'y a pas de décision de justice qui ne soit à l'abri d'une erreur de fait. Parfois, un jugement entré en force de chose jugée et qui n'est plus susceptible

d'être attaqué par une voie de recours peut constituer une erreur judiciaire. Comme les jugements des autorités judiciaires déploient des effets importants, notamment à l'égard de la personne condamnée à une peine ou à une mesure, l'ensemble des codes de procédure pénale en vigueur en Suisse prévoient, à l'heure actuelle déjà, la révision (cf. art. 385 nCP[431]).

Art. 417 Recevabilité et motifs de révision

Selon *l'al. 1*, la révision est ouverte contre les jugements rendus par les juridictions de n'importe quel degré ayant acquis force de chose jugée, et dans les cas où le jugement intervient dans le cadre d'une procédure simplifiée comme celle de l'ordonnance pénale (art. 355 ss) et l'ordonnance pénale en matière de contraventions (art. 361 ss) car c'est précisément dans ces cas que des faits ou moyens de preuve sérieux peuvent facilement échapper. Une procédure de révision peut, en outre, être introduite contre une décision judiciaire ultérieure, telle une décision relative à l'exécution d'une peine conditionnelle. Elle peut aussi porter sur la question de la culpabilité et la question civile, mais non sur celle des frais ou des indemnités.

La révision est un moyen de recours subsidiaire: elle n'est pas ouverte contre les décisions pour lesquelles une autre voie de recours permettant de les modifier est encore ouverte car elle ne doit pas servir à rattraper un moyen de droit oublié. Ainsi, bien que l'ordonnance de classement entrée en force équivale à un acquittement, celle-ci n'est pas soumise à révision car la procédure préliminaire clôturée par une ordonnance de classement peut être reprise si le ministère public a connaissance de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve (art. 324).

Les personnes légitimées à introduire une demande en révision sont mentionnées aux *art. 389* et *390.* Une demande en révision peut donc 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 prescrite par quelques codes de procédure et la distinction entre révision en faveur et révision au détriment du prévenu, prévue par certains autres textes, ne sont donc plus maintenues.

Les motifs de révision sont exhaustivement énumérés aux *let. a à c* et *à l'al.2*. Ils correspondent aux motifs d'annulation d'un jugement que l'on trouve dans de très nombreux codes de procédure pénale et qui ont également été proposés par les experts[432].

Le début de la *let. a* reprend l'art. 385 nCP[433]. En soumettant le motif de révision à une double exigence, cette disposition correspond aux motifs d'annulation d'un jugement que l'on trouve dans de nombreux codes de procédure pénale: les faits ou moyens de preuve doivent être inconnus de l'autorité et ils doivent être sérieux. Par faits, il faut comprendre toute circonstance susceptible d'être prise en considération dans l'état de faits du jugement. Constituent notamment des faits nouveaux, les indices, l'authenticité d'un document, un faux témoignage, des révélations postérieures au jugement. Les moyens de preuve sont ceux énumérés au titre 4 du présent code. Ces faits ou moyens de preuve sont considérés comme inconnus, s'ils n'ont

431 FF **2002** 7658
432 «De 29 à l'unité», p. 160 s.
433 FF **2002** 7658

pas été soumis à l'autorité inférieure sous quelque forme que ce soit, mais non pas lorsque le juge, les ayant examinés, n'en a pas déduit les conclusions qu'il fallait ou n'a pas pris conscience de ce que le fait ou le moyen de preuve devait démontrer. N'est pas non plus considéré comme inconnu, un fait qui est survenu après le jugement dont la révision est demandée. Les faits ou moyens de preuve doivent être sérieux, soit susceptibles d'influencer de manière significative la qualification juridique ou la mesure de la peine.

La *let. a* va plus loin que l'art. 385 CP puisqu'elle permet une demande en révision tant en faveur qu'en défaveur du condamné. 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 preuves nouveaux laissent supposer une peine sensiblement aggravée[434].

La cause de révision de la *let. b* est ouverte, par exemple, lorsque deux ou plusieurs personnes ont été condamnées pour la même infraction par deux décisions pénales qui sont contradictoires de sorte que, selon les mêmes faits, l'un des condamnés ne peut qu'apparaître innocent au vu de la culpabilité de l'autre. La contradiction ne peut reposer que sur un point de fait. Ainsi, une contradiction sur le plan de l'application du droit ou une modification de la jurisprudence postérieure ne suffit pas.

Afin que les conditions de la *let. c* soient réunies, il n'est pas nécessaire que l'infraction ayant influencé le résultat de la procédure ait été constatée par jugement pénal (ex: infraction prescrite, prévenu décédé ou incapable de discernement); il suffit au juge d'être convaincu de la commission de l'infraction. Le fait que le projet ait réglementé séparément l'hypothèse de la let. c de celle de la let. a démontre qu'un lien de causalité entre l'infraction et le jugement attaqué n'est pas une condition indispensable. L'infraction selon la let. c peut être réalisée notamment si un magistrat est corrompu: en effet, peu importe le résultat de la décision, celui-ci a perdu toute autorité morale.

Le motif de révision exposé à *l'al. 2* a fait son entrée dans les codes de procédure récents ou récemment revus. La disposition proposée reprend les conditions telles que précisées par la jurisprudence[435] et retenues à l'art. 122 LTF [436]. Un jugement doit être révisé lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a admis un recours individuel intenté contre la Suisse à raison d'une violation de la CEDH. Dans un tel cas cependant, la révision n'interviendra que si une indemnité n'est pas de nature à remédier aux effets de la violation et si la révision est nécessaire pour la mise en œuvre concrète de la décision supranationale.

Selon *l'al. 3*, la révision en faveur du prévenu peut être demandée, même si l'infraction considérée est prescrite ou si la peine n'est plus exécutoire ou a déjà été exécutée. Cette disposition est instituée dans l'intérêt supérieur de la justice. *A contrario*, la révision en défaveur du prévenu ne peut être demandée que si celui-ci est en vie et si la prescription de l'action pénale n'est pas encore intervenue.

434 Il va de soi que le motif (absolu) de révision de l'al. 1, let. a (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.

435 ATF **125** III 185

436 FF **2005** 3829

L'al. 4 reprend la règle déjà énoncée à l'art. 406, al. 5, selon laquelle la révision d'un jugement pénal sur la question civile 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.

Art. 418 Forme et délai

L'al. 1 institue la juridiction d'appel comme instance de révision. Le projet reprend le système en vigueur dans la majorité des cantons puisque la compétence de revoir un jugement soumis à révision n'est plus attribuée au tribunal qui a rendu la décision attaquée. Pour les jugements du Tribunal pénal fédéral, cela signifie que le Tribunal fédéral sera l'instance de révision et il appliquera donc les dispositions de la LTF. Dans le cas où une décision rendue suite à la procédure d'appel fait l'objet d'une demande en révision, les cantons doivent prendre les mesures afin que les membres de la juridiction d'appel ne statuent pas dans la même affaire sur une demande de révision (art. 21, al. 2). Quant aux exigences de contenu relatives à la forme écrite, l'art. 398 s'applique par analogie.

Selon *l'al. 2*, la demande de révision n'est en principe soumise à aucun délai. Le temps écoulé entre le motif ouvrant la voie de la révision et la demande de révision est irrelevant. Toute demande en révision introduite selon les art. 417, al 1 let. b et 417, al. 2, est toutefois soumise à un délai de 90 jours, conformément à la solution adoptée dans la LTF (art. 124, al. 1, let. c et d).

Art. 419 Examen préalable et entrée en matière

La révision ne permet d'examiner un jugement que si certaines conditions formelles et matérielles sont réunies. La procédure de l'examen préalable est engagée par une demande écrite (*al. 1*). Cet examen sert avant tout à constater si les motifs invoqués à l'appui de la demande de révision sont vraisemblables. Celle-ci doit contenir – sous peine d'irrecevabilité – des conclusions, indiquer les causes de révision et tous les faits ou moyens de preuve sur lesquels elle se fonde. Si ces conditions sont remplies et s'il existe une des causes de révision limitativement énumérées à l'art. 417, al. 1, la juridiction d'appel est tenue de procéder à un examen provisoire de la demande en révision.

Un motif de révision rejeté dans une première procédure de révision ne pourra en principe pas être invoqué lors d'une deuxième procédure (*al. 2*). Il pourra toutefois être invoqué cumulativement, en vue d'une appréciation globale avec d'autres faits ou moyens de preuve.

Si les conditions d'entrée en matière sont réunies (*al. 3*), la demande de révision est adressée aux autres parties concernées, lesquelles sont invitées à prendre position par écrit. Au contraire de ce qui est prévu dans plusieurs cantons, le projet ne prévoit pas de débats en procédure de révision. Toutefois, en application de l'art. 398, al. 5, la juridiction d'appel peut en ordonner.

Selon *l'al. 4*, la juridiction d'appel ordonne uniquement les mesures provisoires non urgentes et les compléments de preuves car les mesures provisoires qui ne souffrent aucun délai, telles les ordonnances de mise en détention, le séquestre de moyens de preuve, les surveillances policières, etc. sont de la compétence de la direction de la procédure, en vertu de l'art. 396. Si des compléments de preuves sont apportés au

dossier, l'autorité doit respecter le droit d'être entendu des parties avant de rendre sa décision.

Art. 420 Décision

Si la juridiction d'appel est entrée en matière sur la demande en révision, elle doit se déterminer sur le bien-fondé de celle-ci. Si, à l'issue de cet examen, les motifs de révision s'avèrent mal fondés (*al. 1*), la juridiction d'appel rend une décision de rejet de la demande qui est définitive; celle-ci n'est plus susceptible d'être contestée selon les dispositions du CPP[437]. Le jugement contesté reste valable et les éventuelles mesures provisoires sont levées.

Lorsque la demande en révision est fondée (*al. 2*), le jugement attaqué fait l'objet d'une décision d'annulation totale ou partielle. Il peut arriver que l'état du dossier permette au tribunal d'appel de rendre immédiatement une nouvelle décision (*let. b*). Dans ce cas, l'effet réformatoire se justifie dans un but de célérité et d'efficacité de la justice, notamment lorsque la révision intervient en faveur de la personne condamnée.

Si la demande en révision est fondée mais que l'état du dossier ne permet pas au tribunal d'appel de rendre immédiatement une nouvelle décision (*let. a*), celui-ci devra procéder en application des *al. 3 et 4*. Il jouit d'une marge de manœuvre relativement importante pour déterminer quels points du jugement entrepris sont concernés par la révision. Il 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 preuves d'une certaine ampleur qui ne resteront pas sans effets sur l'accusation, le dossier sera renvoyé au ministère public. Si les compléments de preuves n'affectent pas ou que peu l'accusation, le dossier peut être renvoyé au tribunal de première instance. De nouveaux débats oraux et contradictoires auront lieu et l'autorité désignée statuera à nouveau.

Selon *l'al. 4*, la juridiction d'appel décide d'ordonner ou de maintenir la détention pour des motifs de sûreté. La détention ordonnée par la juridiction d'appel est maintenue jusqu'à ce que le ministère public (par exemple en cas de renvoi au stade de l'instruction préparatoire) ait examiné l'opportunité d'une nouvelle détention provisoire sur la base des art. 223 ss et, le cas échéant, adressé au tribunal des mesures de contrainte une requête dans ce sens.

Art. 421 Nouvelle procédure

Cette disposition renvoie implicitement aux dispositions de la procédure pénale ordinaire (art. 319, al. 1, 320 ss et 341 ss). L'autorité devra se fonder sur le droit pénal en vigueur au moment où le jugement attaqué a été rendu.

Art. 422 Conséquences de la nouvelle décision

L'al. 1 s'applique uniquement dans le cas où la révision a été demandée par la partie plaignante ou le ministère public, puisqu'en vertu du principe de l'interdiction de la *reformatio in peius*, le prévenu ne peut être condamné à une peine plus lourde lorsque la demande de révision a été introduite uniquement en sa faveur (art. 399, al. 2).

437 Est toutefois réservé le recours au Tribunal fédéral selon les art. 78 ss LTF (FF **2005** 3829).

La peine subie en exécution du premier jugement sera imputée sur la peine prononcée par la juridiction de renvoi. Si la peine n'a pas encore été subie et que la nouvelle peine prononcée est prescrite au jour du jugement, elle ne pourra plus être exécutée et le juge devra le constater.

L'al. 2 s'applique en cas de révision en faveur de la personne condamnée et règle la question des indemnités lorsque la procédure de révision débouche sur un acquittement, un classement ou une condamnation moins sévère du prévenu. En pareil cas, l'Etat est tenu de rembourser au prévenu les amendes et les peines pécuniaires dont il s'est acquitté en trop, avec les intérêts. En cas d'acquittement ou de classement, l'intéressé sera réintégré dans tous ses droits. Il pourra obtenir réparation de l'erreur judiciaire dont il a été victime, ainsi que cela est garanti par la CEDH (art. 3 Protocole additionnel n°7 à la CEDH) et le PIDCP (art. 14, al. 6). Si la peine prononcée dans le nouveau jugement est inférieure à la peine initiale, le condamné pourra être indemnisé selon les règles de l'art. 444, al. 4.

Comme le droit actuel le prévoit déjà, l'al. 3 ne donne la possibilité de publier le jugement de réhabilitation que si le prévenu a été condamné avant d'être acquitté dans la procédure de révision.

2.10 Titre 10 Frais de procédure, indemnités et réparation du tort moral

La procédure pénale occasionne des frais à l'Etat, d'une part, et aux parties d'autre part. Le droit procédural doit déterminer qui sera appelé à supporter ces frais. La première question qui se pose est de savoir dans quelle mesure ceux-ci peuvent être imposés aux particuliers qui sont partie à la procédure. Il faut ensuite déterminer si, et dans quelle mesure, les parties ont droit au remboursement de leurs frais de procédure, donc à une indemnisation par l'Etat ou la partie adverse de la perte patrimoniale subie.

Les codes de procédure pénale en vigueur en Suisse contiennent tous des dispositions en matière de frais de procédure et d'indemnités. Toutefois, ces dispositions sont souvent lacunaires (notamment dans d'anciennes dispositions), ce qui a provoqué récemment quelques difficultés dans certains cantons; en effet, selon les conceptions actuelles, une base légale est nécessaire pour que les frais de procédure puissent être mis à la charge d'une partie.

2.10.1 Chapitre 1 **Dispositions générales** (art. 423 à 428)

Art. 423 Champ d'application

Cette disposition définit le champ d'application des dispositions du présent titre. Celui-ci inclut les procédures spéciales du titre 8. Pour ce qui est des voies de recours au Tribunal fédéral, qui seront régies à l'avenir par la LTF[438], il y a lieu de se référer à ces dispositions particulières.

438 FF **2005** 3829; futur numéro au RS **173.110**.

Art. 424 Frais résultant d'actes de procédure viciés

Cette disposition énonce le principe selon lequel les frais et les indemnités qui résultent par exemple de l'absence d'une personne convoquée, circonstance ayant rendu nécessaire le report d'une audience, peuvent être mis à la charge de 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 est applicable à d'autres frais dus à la violation d'une prescription légale, comme par exemple la production tardive de preuves (voir art. 332, al. 2).

Art. 425 Participation de plusieurs personnes et responsabilité de tiers

Lorsque plusieurs personnes participent à une procédure, par exemple en qualité de prévenus, les frais de la 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. Les frais qui n'ont pas été causés par une seule, mais par plusieurs personnes participant à la procédure doivent être répartis proportionnellement entre elles (*al. 1*). Ainsi, 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 doit constituer la règle. Elle n'exclut toutefois pas de tenir compte, le cas échéant, de la gravité de l'infraction imputée à chacun.

L' al. 2 permet à l'autorité pénale 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 ensemble. De telles réglementations existent déjà dans le droit en vigueur. La disposition concerne essentiellement les cas de complicité ou de participation dans lesquels des motifs d'équité commandent que les intéressés soient tenus solidairement responsables, solution cohérente avec l'art. 50 CO[439]. 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 personne démunie.

L'al. 3, selon lequel l'autorité peut ordonner une responsabilité solidaire de tiers pour le paiement des frais, s'appliquera notamment lorsqu'un prévenu a commis une infraction pour l'avantage ou sur instruction d'un tiers (lui-même non impliqué dans la procédure pénale), éventuellement d'une personne morale. Les art. 55 ou 333, CC[440] et 50 ou 55 CO sont applicables par analogie. Cette possibilité est déjà prévue dans plusieurs codes de procédure.

Art. 426 Frais à la charge des personnes irresponsables

Par analogie avec l'art. 54, al. 1, CO, les personnes incapables de discernement peuvent être tenues de supporter les frais de procédure et les indemnités. Une telle disposition existe déjà dans plusieurs codes de procédure cantonaux. L'application de cette disposition suppose une pesée des intérêts en présence et n'intervient que si la situation financière de l'intéressé est favorable.

439 RS **220**
440 RS **210**

Art. 427 Action récursoire

Cette disposition donne à la Confédération ou au canton la possibilité d'exercer une action récursoire contre des personnes qui, intentionnellement ou par négligence grave, ont causé des frais et des dépens à l'Etat. Elle consacre le principe de l'exclusivité du devoir d'indemnisation de l'Etat, s'il s'agit de prétentions à des indemnités ou en réparation du tort moral du prévenu: seul la Confédération ou le canton qui a conduit la procédure est tenu de payer les indemnités et la réparation du tort moral réclamées par le prévenu. Ce dernier ne saurait par exemple actionner personnellement un témoin qui se serait rendu coupable d'un faux témoignage.

Est toutefois réservée l'action récursoire de la collectivité publique contre les fonctionnaires agissant au nom et pour le compte d'une autorité. Cependant, cette action n'a pas à être réglée dans le code de procédure pénale mais dans le droit administratif fédéral ou cantonal.

Art. 428 Décision sur le sort des frais

L'al. 1 fait obligation aux autorités pénales de statuer d'office, dans la décision finale, sur les frais et d'éventuelles prétentions en indemnités et réparation du tort moral. Auparavant, l'autorité doit réunir les pièces nécessaires et inviter les parties qui pourraient avoir droit à des indemnités à faire valoir leurs prétentions. Ceci vaut également lorsque l'art. 441, al. 2, s'applique, qui prévoit que la partie plaignante doit faire valoir ses prétentions, les chiffrer et les justifier.

En cas de décisions intermédiaires, d'ordonnances de classement partiel et de décision faisant suite à des recours portant sur de telles décisions, les frais sont répercutés sur la procédure principale, c'est à dire que la fixation des frais et indemnités est repoussée jusqu'à la décision finale. Ceci correspond à plusieurs codes de procédure et à la jurisprudence de certaines autorités cantonales. *L'al. 2* prévoit toutefois la possibilité de statuer sur les frais et indemnités déjà dans les décisions en question. Cela sera notamment le cas si la partie plaignante ne s'est constituée que pour certains délits et que la procédure est classée dans la mesure où elle porte sur ceux-ci.

2.10.2 Chapitre 2 Frais de procédure (art. 429 à 436)

Art. 429 Définition

L'al. 1 fait référence à la distinction, usuelle en Suisse, entre les frais généraux de la justice et les frais liés à une affaire pénale déterminée. En principe, l'Etat prend à sa charge les frais généraux. Il perçoit cependant des émoluments auprès du justiciable au titre du recours à la justice, émoluments qui, en vertu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence, ne doivent jamais être supérieurs au montant des frais exposés par l'Etat pour fournir la prestation correspondante. Les émoluments doivent être compatibles avec la valeur objective de la prestation et rester compris dans un cadre raisonnable.

L'al. 2 mentionne quelques exemples de débours, qui n'appellent pas de commentaire particulier. La *let. e* permet notamment de répercuter sur les frais de l'instruction le coût des enquêtes effectuées par certaines institutions étatiques, telles que les services de police scientifiques ou les instituts de médecine légale.

Art. 430 Principes

La réglementation de *l'al. 1*, selon laquelle la Confédération ou le canton qui a conduit la procédure supporte les frais de procédure, a pour conséquence que les parties privées, en particulier, ne peuvent se voir imposer des obligations en matière de frais de procédure et d'indemnités qu'aux conditions prévues par la loi. Il est d'ores et déjà acquis dans une majorité de cantons, qu'en cas d'acquittement, 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. Si l'Etat, représenté par le ministère public, l'emporte, il n'a pas droit à des indemnités.

L'al. 2 se réfère au cas où la Confédération a délégué à un canton (art. 25) une procédure relevant de sa compétence. Conformément au droit en vigueur, la Confédération restitue aux cantons les frais extraordinaires causés par cette procédure (art. 257 PPF). Faisant usage de sa compétence générale d'exécution (art. 463), la Confédération réglera les détails, notamment le calcul des coûts extraordinaires.

L'al. 3 reprend la règle statuée à l'art. 106, al. 2, PPF, qui prévoit le remboursement obligatoire aux cantons des frais extraordinaires de procédure en cas de classement d'une procédure conduite par la Confédération.

Art. 432 Sursis et remise

Dans le cadre que déterminera l'ordonnance du Conseil fédéral, l'autorité compétente peut fixer les émoluments selon son appréciation, en tenant compte des frais encourus par l'Etat. Pour fixer le montant des émoluments ainsi que des débours, l'autorité peut prendre en compte la situation financière de la personne astreinte à les payer.

Art. 433 Frais à la charge du prévenu et d'autres participants à la procédure

La réglementation selon laquelle le prévenu qui est condamné supporte les frais de procédure (*al. 1*) est commune à tous les codes de procédure pénale existant en Suisse. La disposition spéciale figurant à l'art. 133 s'applique aux frais liés à la défense d'office, qui sont assimilés à des frais de procédure, conformément à l'art. 430, al. 2, let. a.

L'al. 2 règle la prise en charge des frais en cas de classement ou d'acquittement et s'appuie pour ce faire sur le principe énoncé à l'art. 430, al. 1, 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 ainsi que de nouvelles règles introduites dans certains codes suisses de procédure pénale et la doctrine d'autre part, les frais de procédure, dans les cas mentionnés, ne peuvent être mis à la charge du prévenu que s'il a, de manière illicite et fautivement, provoqué l'introduction de la procédure pénale ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci. Le code de procédure pénale unifiée reprend ce principe.

La disposition selon laquelle les frais de traduction ne peuvent être mis à la charge du prévenu (*al. 3, let. b*) existe dans plusieurs codes de procédure cantonaux. Elle reprend les exigences de l'art. 6, par. 3, let. e, CEDH. Suite au retrait des réserves et

déclarations interprétatives de la Suisse concernant l'art. 6 CEDH[441], cette disposition vaut aujourd'hui sans réserve, de sorte que la gratuité de l'interprète libère définitivement le bénéficiaire des frais qui en résultent. Comme la CEDH, l'art. 433, al. 3, let. b, n'exige cette gratuité que pour le prévenu. Si d'autres personnes participant à la procédure sont assujetties aux frais, les frais de traduction peuvent leur être imposés.

L'obligation du prévenu de supporter les frais de la défense d'office est réglée à l'art. 133, al. 4.

L'al. 5 étend le champ d'application de l'art. 433 aux autres participantes à la procédure. Les frais pourront ainsi notamment être mis à la charge de personnes qui font l'objet d'une procédure indépendante en matière de mesures, par exemple d'une procédure de confiscation indépendante au sens des art. 384 ss ou qui font ultérieurement l'objet d'une injonction judiciaire.

Art. 434 Frais à la charge de la partie plaignante

Cet article s'inscrit dans une tendance générale de ce projet, qui consiste, d'une part, à étendre les droits procéduraux de la partie plaignante et, d'autre part, à mettre davantage de frais à sa charge. La question se pose de savoir si la partie plaignante doit supporter tous les frais liés à ses conclusions en cas de classement, d'acquittement ou de rejet des conclusions civiles. Une telle solution pourrait être prise en considération. Il faut toutefois garder à l'esprit que l'entrée en matière et la traduction procédurale des conclusions de la partie plaignante transforment 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, dans les cas énoncés, 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. Pour cette raison, le projet renonce à une obligation générale de supporter les frais de la partie plaignante. Il limite cette obligation aux frais de procédure liés aux conclusions civiles (*al. 1*) ainsi qu'aux procédures relatives à des infractions poursuivies sur plainte (*al. 2*). Cette règle a un caractère dispositif; le juge pourra donc s'en écarter si la situation le justifie. Une réserve toute particulière pourra être de mise à l'égard des victimes.

L'al. 4 règle les cas dans lesquels une plainte est retirée dans le cadre d'un accord amiable entre les parties conclu à la suite d'une procédure de conciliation ou de médiation (*al. 3*). Un tel accord inclut généralement le règlement des frais de procédure et des indemnités liés au classement. Il arrive fréquemment 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'al. 2. Afin qu'il ne soit pas possible de recourir à de tels accords pour faire supporter les frais à une partie qui n'a pas les moyens d'y faire face et de priver ainsi l'Etat du remboursement auquel il a droit, le projet propose de soumettre ces accords à l'approbation de l'autorité qui a ordonné le classement.

Art. 435 Frais mis à charge dans la procédure de recours

La règle de *l'al. 1* selon laquelle les parties supportent les frais de la procédure de recours dans la mesure où elles ont succombé, s'est imposée avant tout dans les

441 RO **2002** 1143

codes de procédure plus récents. Si un particulier fait recours et obtient gain de cause, les frais de la procédure seront pris en charge par la caisse de l'Etat.

Les lois de procédure en vigueur et la jurisprudence prévoient que l'autorité compétente peut s'écarter de la règle générale de l'al. 1 dans certaines circonstances. *L'al. 2* reprend partiellement ces exceptions. Cette disposition est d'application facultative pour permettre au tribunal de statuer, le cas échéant, selon le principe de l'équité. La let. a mentionne les cas où les conditions qui ont permis à une partie d'obtenir gain de cause n'ont été produites que dans la procédure de recours. Si le prévenu a par exemple conservé une preuve pour ne la faire valoir qu'en appel, ou s'il a créé les conditions de l'exemption de peine prévue à l'art. 53 nCP[442] (réparation) peu avant les débats d'appel, il serait choquant que l'Etat supporte les frais.

L'al. 4 se réfère au cas où l'autorité de recours annule une décision et renvoie la cause pour nouvelle décision à l'instance précédente. Lorsqu'une décision de première instance est annulée, des erreurs ont généralement été commises par l'autorité qui a rendu la décision. C'est pourquoi le projet prévoit que l'Etat supporte les frais liés à la procédure de recours. En ce qui concerne les frais de l'instance inférieure, l'Etat supportera notamment les frais exposés en relation avec des actes de procédure fautifs. En revanche, il ne serait guère judicieux de faire supporter à l'Etat les frais résultant par exemple d'une administration des preuves correcte en soi (audition des témoins, expertise), car ces preuves pourront être exploitées après le renvoi à l'autorité inférieure et permettront en principe de soulager financièrement celle-ci. Pour cette raison, le présent projet prévoit que l'autorité de recours statue sur le règlement des frais de l'instance précédente en équité et selon les circonstances de l'espèce.

Si une demande de révision est admise et la cause renvoyée pour nouveau jugement, les frais de la procédure de révision seront tout d'abord pris en charge par la caisse de l'Etat en application de l'al. 1. La décision définitive sur la répartition des frais appartient à l'autorité qui, après l'admission de la demande de révision, reprend l'examen de l'affaire et rend un nouveau jugement au fond. La répartition des frais doit intervenir selon les règles de l'équité (*al. 5*).

Art. 436 Recours

Le recours prévu par cette disposition pour attaquer la décision fixant les frais de procédure permet également de contester le montant des honoraires dus à la défense d'office.

2.10.3 Chapitre 3 Indemnités et réparation du tort moral

2.10.3.1 Section 1 **Prévenu** (art. 437 à 440)

Art. 437 Prétentions

Cette disposition règle les prétentions du prévenu en indemnités et en réparation du tort moral en cas de classement ou d'acquittement. Il s'agit des dépenses et des dommages subis par les parties. En cas de condamnation, le prévenu supporte en

442 FF **2002** 7658

règle générale les frais de procédure (cf. art. 433). Les indemnités ou la réparation du tort moral n'entrent alors en ligne de compte que si les conditions de l'art. 439 sont remplies.

La base légale fondant un droit à des dommages et intérêts et à une réparation du tort moral a été créée dans le sens d'une responsabilité causale. Les motifs d'indemnisation mentionnés aux *let. a et b* correspondent au droit procédural en vigueur. L'Etat doit réparer la totalité du dommage qui présente un lien de causalité avec la procédure pénale au sens du droit de la responsabilité civile. Les dépenses à rembourser au sens de la let. a sont essentiellement les frais de la défense. Cette disposition transpose la jurisprudence selon laquelle l'Etat ne prend en charge ces frais que si l'assistance était nécessaire compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit et que le volume de travail et donc les honoraires de l'avocat étaient ainsi justifiés. Selon la let. b, le prévenu doit être indemnisé pour le dommage économique résultant de la procédure. Il s'agit principalement de la perte de salaire ou de gain subie du fait de la détention provisoire ou de la participation aux actes de procédure et des frais de déplacement.

Si, du fait de la procédure, le prévenu a subi une atteinte particulièrement grave à ses intérêts personnels au sens des art. 28, al. 3, CC ou 49 CO, il aura droit à la réparation de son tort moral (*let. c*). Celle-ci sera régulièrement allouée si le prévenu s'est trouvé en détention préventive ou en détention pour des motifs de sûreté.

Le prévenu aura également droit à une indemnité et à une réparation du tort moral en cas de classement ou d'acquittement partiel (*al. 1*). Dans ce cas, les frais ne pourront pas simplement être répartis au pro rata. Il faudra au contraire vérifier si le prévenu a droit à une indemnité ou à une réparation du tort moral au titre des infractions liquidées par classement ou acquittement. En cas d'acquittement partiel, les frais à la charge du prévenu et les indemnités et réparations allouées pourront être compensés (art. 450, al. 4).

Art. 438 Réduction ou refus de l'indemnité ou de la réparation du tort moral

En règle générale, l'obligation de supporter les frais (art. 433 ss) et l'allocation d'une indemnité vont s'exclure réciproquement. Celui qui, par un comportement illicite et fautif, a provoqué l'ouverture d'une procédure pénale ou 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 du tort moral, étant entendu qu'il convient de réserver le cas particulier du classement partiel ou de l'acquittement partiel.

L'al. 1 du projet prévoit le refus ou la réduction des indemnités ou des réparations dans trois cas. La *let. a* se rapporte au cas dans lequel le prévenu a illicitement et fautivement provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci. Un tel comportement exclut généralement 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 *let. b* souligne qu'en vertu de l'art. 440, la partie plaignante peut être astreinte à verser une indemnité et une réparation du tort moral au prévenu à certaines conditions.

A la *let. c*, le projet reprend un principe largement répandu dans les différents codes de procédure pénale en vigueur en Suisse: seules les dépenses de quelque importance doivent être remboursées. Les inconvénients mineurs tels que l'obligation de

comparaître à une ou deux reprises à des audiences ne donnent donc pas lieu à indemnisation.

L'*al. 2* précise, qu'en cas de recours, l'indemnité ou la réparation du tort moral peuvent également être réduites ou supprimées lorsque les conditions permettant de mettre les frais de la procédure à la charge d'une partie qui interjette un recours et obtient une décision plus favorable (cf. art. 435, al. 2) sont remplies.

Art. 439 Mesures de contrainte illicites

L'al. 2 règle le cas principal de la détention excessive quant à sa durée. La détention préventive ou la détention pour des motifs de sûreté est excessive lorsqu'elle dépasse en durée la peine ou la sanction privative de liberté prononcée par la suite. Dans une certaine mesure, cette disposition inclut les cas dans lesquels le prévenu, après avoir subi une détention préventive ou pour des motifs de sûreté, n'est finalement condamné qu'à une amende. De telles situations pourraient intervenir plus souvent à l'avenir en raison de la peine pécuniaire instaurée par les art. 34 ss, nCP[443] et destinée à remplacer dans une large mesure les courtes peines privatives de liberté. La question de l'indemnisation et de la réparation du tort moral suite à une privation de liberté excessive n'était jusqu'ici réglée que dans peu de cantons. En l'absence d'une réglementation, la question est controversée.

Une privation de liberté excessive doit, le cas échéant, d'abord être imputée sur les sanctions prononcées en rapport avec d'autres infractions, que ce soit dans la même procédure ou dans une autre. La détention préventive ou la détention pour des motifs de sûreté est également imputable sur des peines pécuniaires (art. 34 nCP), des travaux d'intérêt général (art. 37 nCP) ou des amendes (art. 103 nCP), étant entendu qu'il y a lieu d'appliquer les taux de conversion prévus aux art. 35, 36, 39 et 106 nCP). Lorsque ce sera possible, l'imputation interviendra également sur les mesures privatives de liberté. Il appartiendra à la jurisprudence de procéder de cas en cas à une imputation appropriée.

L'indemnisation et la réparation du tort moral sont fournies par l'Etat selon la libre appréciation de l'autorité compétente. Celle-ci pourra ainsi renoncer à toute indemnité ou réparation si l'excès de détention est insignifiant (*al. 3, let. a*) ou s'il est dû à des circonstances dont le prévenu ne saurait tirer profit (par exemple une réduction de peine prononcée par l'instance supérieure en raison de la longueur de la procédure).

Art. 440 Prétentions à l'égard de la partie plaignante

La question se pose de savoir si la partie plaignante doit être obligée d'indemniser le prévenu qui a obtenu gain de cause. Une telle obligation serait parfaitement envisageable, du moins dans les cas où ses requêtes procédurales ont occasionné au prévenu des dépenses ou un dommage économique. Du fait de leur mise en œuvre dans la procédure, ces requêtes sont toutefois assimilables à des actes de l'autorité. Or, c'est en principe l'Etat qui est tenu de verser une indemnité et une réparation du tort moral en rapport avec de tels actes. Pour cette raison, le projet limite l'obligation de la partie plaignante d'indemniser le prévenu aux dépenses occasionnées par les conclusions civiles et permet au tribunal d'astreindre la partie plaignante à indemni-

443 FF **2002** 7658

ser le prévenu en cas d'infraction poursuivie sur plainte pour autant que celui-ci obtienne gain de cause sur la question de la culpabilité. Cette solution est cohérente avec celle de l'art. 433 concernant le règlement des frais.

2.10.3.2 Section 2 **Partie plaignante et tiers** (art. 441 et 442)

Art. 441 Partie plaignante

Lorsque l'autorité compétente constate l'existence d'une obligation d'indemnisation et approuve les prétentions de la partie plaignante, il incombe à cette dernière d'opérer directement le recouvrement de sa créance auprès du débiteur. Le projet ne prévoit pas, comme à l'art. 440, al. 3, la possibilité de faire valoir l'indemnité auprès de la collectivité si elle ne peut pas être obtenue auprès de la partie astreinte à la payer. Cette différence se justifie par le fait que la partie plaignante ne doit pas être avantagée, si elle fait valoir des prétentions dans le cadre de la procédure pénale, par rapport au cas où elle utilise la voie de droit civil, qui ne connaît pas de réglementation de ce type.

L'al. 2 précise que la partie plaignante doit formuler et justifier ses prétentions avant la fin de la procédure, faute de quoi elle perd ses droits. La péremption n'intervient cependant que si la partie plaignante a eu la possibilité de faire valoir ses prétentions au cours de la procédure.

Art. 442 Tiers

Les actes de procédure peuvent causer un dommage direct à des tiers, notamment lorsque ceux-ci subissent des mesures de contrainte telles que des perquisitions ou des écoutes téléphoniques, ou du fait de l'aide qu'ils ont apportée aux autorités pénales, par exemple lors d'une appréhension. Le droit en vigueur prévoit souvent une indemnisation et une réparation du tort moral dans ce contexte. Le code de procédure pénale unifiée crée une base légale pour de telles prétentions en compensation du dommage et en réparation du tort moral subis par les tiers (*al. 1*). Cela évite à ceux-ci d'avoir à chercher une base légale en-dehors du droit procédural et leur permet de faire valoir leurs prétentions dans le cadre de la procédure pénale.

2.10.3.3 Section 3 **Dispositions spéciales** (art. 443 et 444)

Art. 443 Prescription

La prescription de dix ans des prétentions en réparation du tort moral, qui se retrouve dans plusieurs lois cantonales, est conforme à l'art. 60, CO. Elle peut être interrompue un nombre indéterminé de fois. La même règle est applicable à la prescription des créances en rapport avec les frais de procédure.

Art. 444 Indemnités et réparation du tort moral dans la procédure de recours

Dans la procédure de recours, les dispositions des art. 437 ss sont applicables (*al. 1*). *L'al. 2* fonde un droit à une indemnisation du prévenu lorsque celui-ci, au-delà des

cas de l'art. 438, obtient gain de cause en d'autres points, notamment sur un point accessoire ou s'il est condamné à une peine moins sévère.

En ce qui concerne plus particulièrement l'art. 438, si par exemple le ministère public interjette un recours et succombe, le prévenu n'aura en règle générale pas à supporter les frais de la procédure de recours et aura droit à une indemnité en rapport avec celle-ci, même si les conditions de l'art. 433, al. 2, étaient remplies en ce qui concerne la procédure de première instance. En d'autres termes, il convient de vérifier séparément pour chaque phase de la procédure si celle-ci a été provoquée par un comportement illicite et fautif du prévenu.

Selon l'art. 3 du Protocole additionnel n° 7 à la CEDH et l'art. 14, ch. 6, PIDCP, l'Etat est tenu de verser une indemnité pour les peines subies si la condamnation à ces peines est ultérieurement annulée dans une procédure de révision. De nombreux codes de procédure pénale connaissent une réglementation en ce sens. Certains codes, suivis par l'art. 444, al. 4, prévoient également un droit à la réparation du tort moral. Conformément au principe de l'art. 439, al. 2, les sanctions privatives de liberté subies à tort par le prévenu doivent d'abord être imputées sur des sanctions prononcées à raison d'autres infractions et ne pourront donner lieu à une indemnisation que si cette imputation n'est pas possible. Il incombera à la jurisprudence de déterminer dans quelle mesure les nouvelles sanctions prévues par le code pénal – travaux d'intérêt général ou semi-détention (travail en externat) – peuvent donner lieu à une indemnité et à une réparation du tort moral.

2.11 Titre 11 Entrée en force et exécution des décisions pénales

Un procès pénal prend fin dès l'entrée en force du prononcé de clôture. Aussi est-il nécessaire de régler dans le code de procédure pénale unifiée l'entrée en force et la constatation de celle-ci. En revanche, la réglementation sur l'exécution des décisions pénales est du ressort des cantons. Quand bien même la Confédération peut se déclarer compétente en la matière en invoquant l'art. 123, al. 2, Cst., elle ne doit user de cette faculté qu'avec la plus grande retenue au travers du code de procédure pénale. En effet, l'exécution des décisions pénales doit, au premier chef, être réglée par les cantons dans leurs lois introductives, le code de procédure pénale unifiée se bornant à statuer les règles qui sont indispensables pour assurer une application uniforme du droit pénal.

2.11.1 Chapitre 1 **Entrée en force** (art. 445 et 446)

Art. 445 Entrée en force

L'al. 1 reprend la réglementation de l'entrée en force formelle telle qu'on la trouve dans plusieurs codes cantonaux de procédure pénale. Elle pose deux conditions: la décision de clôture ne doit plus pouvoir faire l'objet d'un recours ni, partant, être modifiée, la procédure en la cause concernée doit être close, la décision devenant ainsi exécutoire. La renonciation à former recours ou le retrait d'un recours (*let. b*) peut être déclarée par écrit ou par oral (dans ce cas elle est consignée au procès-

verbal), par exemple, immédiatement après la communication du jugement (cf. art. 394). Une fois déclarée, elle est irrévocable[444].

La réglementation prévue à *l'al. 2*, selon laquelle l'entrée en force remonte au jour où la décision a été rendue, figure dans plusieurs codes cantonaux de procédure pénale. La date déterminante n'est donc pas celle de la notification puisqu'elle peut varier selon les parties lorsqu'elle a lieu par écrit, ce qui est de nature à les induire en erreur sur la date exacte de l'entrée en force.

L'al. 3 a notamment trait aux décisions sur recours. Les recours qui doivent être traités par le Tribunal fédéral ne font pas obstacle à l'entrée en force. Le fait que des décisions de clôture deviennent exécutoires le jour même où elles sont rendues, concorde, en particulier, avec la réglementation statuée à l'art. 61 LTF[445].

Art. 446 Constatation de l'entrée en force

Al. 1: l'entrée en force doit être constatée par une mention dans le jugement même, notamment lorsque toutes les parties ayant qualité pour former recours ont déclaré dans le cadre des débats et avant la notification du dispositif du jugement qu'elles renonçaient à déposer un recours.

Al. 3: lorsqu'une autorité pénale a constaté l'entrée en force d'un jugement en application de l'al. 1, il est concevable que soit l'entrée en force elle-même soit encore la date fixée fassent l'objet d'un recours.

2.11.2 Chapitre 2 Exécution des décisions pénales (art. 447 à 452)

Art. 449 Prescription de la peine

L'al. 3 règle la procédure à suivre lorsque la personne condamnée invoque la prescription de la peine, ce qui a été dénié par l'autorité d'exécution. En pareil cas, le litige est tranché par l'autorité de recours du canton dont l'autorité d'exécution a donné l'ordre d'exécution de la peine. Le projet ne prévoit pas de mesures provisionnelles durant cette procédure. La détention pour des motifs de sûreté selon l'art. 448 est exclue puisqu'elle doit être ordonnée par l'autorité d'exécution et non par l'autorité de recours. Cependant, il est des circonstances qui justifieraient l'exécution immédiate d'une peine privative de liberté en vertu de l'art. 447, al. 3, ou la mise en détention pour des motifs de sûreté selon l'art. 448, circonstances dont se doit de tenir compte l'autorité de recours lorsqu'elle statue sur l'octroi de l'effet suspensif. Il appartient aux cantons et à la Confédération de régler les autres modalités de la procédure. Au nombre de celles-ci figurent, notamment, la forme sous laquelle doit être soulevée l'exception de la prescription de la peine, la désignation de l'autorité devant laquelle ladite exception doit être soulevée, la détermination des autorités qui doivent être entendues avant que l'autorité de recours ne statue, enfin la forme à laquelle doit obéir la procédure de décision.

444 ATF **113** Ia 30 cons. b.
445 FF **2005** 3829; elle figurera au RS sous le numéro **173.110**.

L'indemnité et la réparation du tort moral prévues à *l'al. 4* sont allouées d'office à la personne condamnée qui a subi une peine prescrite; il n'est donc pas nécessaire que celle-ci en fasse la demande.

Art. 450 Exécution des décisions sur le sort des frais de procédure et des autres prestations financières

La compensation de créances prévue à *l'al. 4* a, par exemple, lieu lorsque le prévenu a été totalement ou partiellement acquitté et a donc droit au remboursement des frais occasionnés par sa défense privée mais, d'un d'autre côté, doit supporter les frais de procédure en raison de son comportement ou des verdicts de culpabilité rendus sur d'autres points. La compensation ne s'applique pas à toutes les prestations financières énumérées à l'al. 1. La créance de la collectivité portant sur les frais de procédure ne peut être compensée qu'avec l'indemnité accordée à la partie débitrice, mais non avec la réparation du tort moral allouée à celle-ci. C'est à l'autorité chargée du recouvrement des frais de procédure et non à une autorité pénale au sens des art. 12 et 13 qu'il appartient d'ordonner ou non la compensation.

S'agissant de la couverture des frais de procédure, il convient, en outre, de noter que selon l'art. 266, al. 3, l'utilisation des valeurs patrimoniales séquestrées pour couvrir les frais doit être statuée dans la décision finale. Ainsi donc, non seulement les créances en indemnités mais encore les valeurs patrimoniales séquestrées peuvent servir à couvrir les frais de procédure. Toutefois, seule l'autorité qui rend la décision finale peut user de cette possibilité, puisqu'il lui appartient de statuer définitivement sur le sort des valeurs patrimoniales séquestrées, dans ladite décision.

2.12 Titre 12 Dispositions finales

2.12.1 Chapitre 1 Abrogation et modification du droit en vigueur

Art. 453

L'annexe à laquelle renvoie *l'al. 1* dispose au ch. I que les lois suivantes sont abrogées: la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale (PPF)[446] et la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (LFIS)[447].

Le code de procédure pénale remplace à l'échelon fédéral la PPF. Toutefois, dans la mesure où la PPF contient des dispositions sur l'organisation des autorités pénales, celles-ci devront encore être remplacées par une «loi portant introduction du code de procédure pénale suisse», une «loi concernant l'organisation des autorités pénales» ou un autre acte législatif portant un titre similaire. S'agissant des codes cantonaux de procédure pénale, il y a lieu de respecter le principe statué à l'art. 49, al. 1, Cst., selon lequel le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. La compétence de légiférer en matière de procédure pénale que l'art. 123, al. 1, Cst. confère à la Confédération est une compétence dite «concurrente» qui a, à posteriori, force

446 RS **3** 295; RO **1959** 931, **1965** 913, **1971** 777, **1974** 1857, **1978** 688, **1979** 1170, **1992** 288 2465, **1993** 1993, **1997** 2465, **2000** 505 2719 2725, **2001** 118 3071 3096 3308, **2003** 2133, **2004** 1633, **2005** 5685

447 RO **2004** 1409

dérogatoire par rapport au droit cantonal. Il en résulte que les codes cantonaux de procédure pénale deviendront caducs dès l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse, sans qu'il soit nécessaire que les cantons adoptent des actes abrogatoires en bonne et due forme.

En adoptant la LFIS, la Confédération a anticipé partiellement sur l'unification de la procédure pénale. Les dispositions de la LFIS ayant été transférées dans le code de procédure pénale suisse, cette loi devient caduque pour la partie qui règle l'investigation secrète en procédure pénale ordinaire. Ainsi donc, son champ d'application ne s'étendrait plus qu'à la procédure pénale militaire, puisque le catalogue des infractions figurant à l'art. 4 LFIS interdit de recourir à l'investigation secrète dans le cadre de procédures relevant du droit pénal administratif. Cependant, il ne semble guère rationnel d'adopter une loi distincte pour régler une seule et unique mesure de contrainte relevant de la procédure pénale militaire. Aussi, avons-nous opté pour une modification de la procédure pénale militaire qui permette de régler dans le code de procédure pénale unifiée le recours à l'investigation secrète également dans le domaine militaire. Cette manière de procéder entraîne la caducité de l'ensemble de la LFIS qui peut donc être abrogée.

La législation fédérale contenant de nombreux renvois à la loi fédérale sur la procédure pénale, il se pourrait que, par mégarde, l'on ait omis d'adapter certaines dispositions qui contiennent ces renvois, bien qu'elles soient contraires au nouveau code de procédure pénale unifiée. Nous pensons ici surtout aux dispositions que l'on aurait oublié d'inclure dans l'annexe. C'est précisément pour permettre de remédier à de tels oublis que *l'al. 2* confère à l'Assemblée fédérale la compétence d'adapter par voie d'ordonnance les dispositions de lois fédérales qui bien que contraires au code de procédure pénale suisse, n'ont pas été formellement modifiées par celui-ci. On trouve une réglementation similaire dans la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral[448], la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral[449] et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral[450].

2.12.1.1 Modification du droit en vigueur (annexe, ch. II)

1. Loi fédérale du 21 mars 1997
instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure[451]

Art. 15, al. 4, 1re phrase, et 6, phrase introductive et let. b

A *l'al. 4,* l'expression «enquête de police judiciaire» est remplacée par «procédure préliminaire au sens du code de procédure pénale du …» et «police judiciaire» est remplacée par «autorités de poursuite pénale».

A *l'al. 6*, l'expression «recherches de police judiciaire» est remplacée par «procédures préliminaires au sens du code de procédure pénale du …».

La référence à l'art. 66, al. 1ter, PPF qui figure actuellement à la let. b est déjà incorrecte sous l'empire du droit en vigueur puisque cette disposition a été abrogée par la

448 RS **173.71**
449 FF **2005** 3875; elle figurera au RS sous le numéro **173.61**.
450 FF **2005** 3829; elle figurera au RS sous le numéro **173.110**.
451 RS **120**

LSCPT [452]. Comme les dispositions de la section 2 de la LSCPT seront abrogées par suite de leur intégration dans le code de procédure pénale suisse, il y a lieu de faire référence à celui-ci à l'al. 6, let. b, 2e phrase.

2. Loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité[453]

Art. 15, al. 6

La référence à l'art. 105 PPF devient caduque.

3. Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)[454]

Art. 81, al. 1, let. b, ch. 4, 5 et 7,et 2

Le CPP renonçant à introduire la procédure de l'accusation privée, le *ch. 4*, dans sa teneur actuelle, doit être abrogé.

Est ajoutée au *ch. 5* la partie plaignante qui comprend également la victime (cf. art. 114, al. 1, et 116, al. 1, CPP). La partie plaignante peut interjeter un recours en matière pénale, dans la mesure où elle a qualité pour former recours selon le CPP. Aux termes de l'art. 390, al. 2, CPP, elle peut interjeter recours sur la question de la culpabilité et au sujet de ses prétentions civiles. Toutefois, le Tribunal fédéral n'examine les décisions sur les prétentions civiles que si elles doivent être jugées en même temps que la cause pénale (art. 78, al. 2, let. a, LTF).

Ch. 7: dans les affaires pénales administratives au sens de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA[455]), le Ministère public de la Confédération et les autorités administratives participant à la poursuite et au jugement peuvent, l'un et les autres en toute autonomie, interjeter recours en matière pénale. Cette disposition correspond à la réglementation actuelle (cf. le commentaire relatif à l'abrogation de l'art. 83 DPA).

L'al. 2 est adapté à la teneur de l'art. 389, al. 4, CPP.

Art. 123, al. 2, let. b

Les conditions de recevabilité d'une demande de révision en matière pénale sont définies à l'art. 417, al. 1, let. a et b, et al.2, CPP . La modification vise à remplacer à la let. b la référence à l'art. 229, ch. 1 ou 2 PPF qui sera abrogée.

Art. 128, al. 3

L'art. 422 CPP sera dorénavant applicable par analogie en lieu et place de l'art. 237 PPF qui sera abrogée.

4. Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF)[456]

Dans l'annexe au CPP, LTPF n'est adaptée qu'aux nouvelles dispositions procédurales du CPP. Les autres modifications qu'il s'agira d'apporter à la LTPF, en particulier à son art. 28 (compétence de la Cour des plaintes), le seront dans le cadre de la loi fédérale portant introduction du code de procédure pénale unifiée. Cette loi

452 RS **780.1**
453 RS **170.32**
454 FF **2005** 3829; elle figurera au RS sous le numéro **173.110**.
455 RS **313.0**
456 RS **173.1**

réglera, notamment, l'organisation de la justice pénale à l'échelon de la Confédération conformément aux principes et objectifs fixés par le CPP. La loi introductive entrera en vigueur en même temps que le CPP. Suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du CP, il y aura également lieu de modifier l'art. 27 LTPF (composition de la cour des affaires pénales).

Art. 26, let. a

Il s'agit ici d'une modification d'ordre rédactionnel. En effet, si jusqu'à présent, les affaires pénales soumises à la juridiction fédérale étaient définies dans le CP, elles le seront dorénavant aux art. 23 et 24 du CPP.

Art. 30

Dorénavant, la procédure devant le Tribunal pénal fédéral sera régie par le CPP, et non plus par la PPF puisqu'elle sera abrogée.

5. Code civil[457]

Art. 139, al. 3

Le code civil en vigueur reconnaît aux personnes qui sont intervenues auprès de conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière familiale, le droit absolu de refuser de témoigner ou de donner des renseignements. En tout état de cause, une telle réglementation ne se justifie pas en procédure pénale, car en statuant un droit absolu de refuser de témoigner, le législateur risque d'empêcher ou, pour le moins, d'entraver notablement la manifestation de la vérité et l'exercice de l'action publique, même lors d'infractions les plus graves. Aussi, l'art. 170, al. 1, CPP accorde-t-il aux personnes en question un droit relatif de refuser de témoigner, ce qui permet d'établir une pesée d'intérêts entre le maintien du secret et la manifestation de la vérité. Il y a donc lieu de modifier en conséquence l'art. 139, al. 3 du code civil.

6. Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger[458]

Art. 35, al. 3

Cette disposition renvoie aux art. 258 et 259 PPF. Le premier n'a pas été transféré dans le CPP alors que le second a été repris, dans une teneur modifiée, à l'art. 27, al. 2, dudit code. L'art. 258 n'ayant eu aucune portée dans la pratique, il peut être purement et simplement abrogé.

7. Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale[459]

Art. 19, al. 4

La réserve en faveur du droit cantonal en matière de procédure pénale devient caduque.

457 RS **210**
458 RS **211.412.41**
459 RS **241**

8. Code pénal[460]

Art. 336 à 348

La délimitation entre les infractions qui relèvent de la juridiction fédérale et celles qui ressortissent à la juridiction cantonale, la compétence à raison de la matière et à raison du lieu, de même que la procédure seront dorénavant exclusivement régies par le CPP. Il y a donc lieu d'abroger les dispositions pertinentes qui figurent actuellement dans le code pénal.

Art. 356 à 363

La même remarque s'applique aux dispositions sur l'entraide judiciaire de même qu'à celles qui concernent l'obligation d'aviser des infractions commises contre des mineurs.

9. Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)[461]

Art. 1, al. 2, let. b

Toutes les dispositions de la loi sur l'aide aux victimes qui accordent une protection et des droits dans le cadre de la procédure pénale seront transférées dans le CPP. Il conviendra donc de redéfinir l'objet de cette loi, une fois qu'elle aura été expurgée desdites dispositions.

Art. 2, al. 2, let. b

Les art. 8 et 9 de même que l'ensemble de la section 3 de la LAVI seront abrogés dès l'entrée en vigueur du CPP. Le renvoi qui figure actuellement à l'art. 2, al. 2, let. b doit donc être biffé.

Art. 4, al. 1

L'art. 4, al. 1, LAVI reconnaît aux personnes qui travaillent pour un centre de consultation le droit absolu de refuser de témoigner ou de donner des renseignements. En tout état de cause, une telle réglementation ne se justifie pas en procédure pénale, car en statuant un droit absolu de refuser de témoigner, le législateur risque d'empêcher ou, pour le moins, d'entraver notablement la manifestation de la vérité et l'exercice de l'action publique, même lors d'infractions les plus graves. Aussi l'art. 170, al. 1, CPP accorde-t-il aux personnes en question un droit relatif de refuser de témoigner, ce qui permet d'établir une pesée d'intérêts entre le maintien du secret et la manifestation de la vérité. L'art. 4, al. 1, LAVI doit être modifié en conséquence.

Sections 3 et 3a (art. 5 à 10d)

La teneur de ces dispositions est reprise dans le CPP, notamment aux art. 66, al. 4, 68, al. 1 et 2, 72, al. 4, 149 à 151, 166, al. 4, 304, 322, al. 1, let. b, 331, al. 3, et 336, al. 4.

460 RS **311.0**
461 RS **312.5**

Art. 11, al. 1

2e phrase: l'art. 346 CP (art. 340 nCP[462]) sera abrogé et sa teneur transférée à l'art. 29 CPP.

10. Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)[463]

Art. 22, al. 1, 1re phrase, et 2, 1re phrase

Al. 1, 1re phrase: dorénavant, les règles concernant le for figureront dans le CPP et non plus dans le code pénal.

Al. 2, 1re phrase: la compétence du Tribunal pénal fédéral de trancher les conflits de fors entre autorités de poursuite pénale de différents cantons est dorénavant réglée à l'art. 38, al. 2, CPP.

Art. 24

Il s'agit d'une simple adaptation à la terminologie utilisée dans le code de procédure pénale.

Art. 30, al. 2, 2e phrase, et 3

Al. 2, 2e phrase: par rapport à l'art. 77 PPF qui sera abrogée, les art. 168 à 170 CPP mentionnent des secrets professionnels supplémentaires.

Al. 3: l'entraide judiciaire est régie non plus par le code pénal mais par les art. 41 à 46 CPP.

Art. 31, al. 2

Dans la procédure judiciaire, les délais se détermineront dorénavant conformément au code de procédure pénale.

Art. 41, al. 2

Dorénavant, les dispositions pertinentes du CPP s'appliqueront par analogie à l'audition des témoins. Quant à l'art. 48 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, il continuera de s'appliquer par analogie à l'indemnisation des témoins. C'est la raison pour laquelle il n'est pas fait référence à l'art. 164 CPP.

Art. 43, al. 2, 2e phrase

Les dispositions pertinentes du CPP s'appliqueront par analogie à la désignation des experts ainsi qu'à leurs droits et devoirs. S'il n'est pas fait référence à l'art. 183 CPP (hospitalisation à des fins d'expertise) ni à l'art. 185, CPP (observation des parties), c'est parce qu'ils règlent des matières qui n'ont pas de rapport avec le travail et le statut des experts. Quant à l'indemnisation des experts, elle continue à être régie par l'art. 61 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 et non point par l'art. 187 CPP.

Art. 58, al. 3

Les art. 233 à 235 CPP statuent des principes applicables à l'exécution de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté. Aux termes de l'art. 234, al. 5, CPP, les cantons règlent les droits et les obligations des personnes placées en

462 FF **2002** 7658
463 RS **313.0**

détention, leurs possibilités de recours, les mesures disciplinaires ainsi que la surveillance des établissements de détention.

Art. 60, al. 2, 1re phrase

Dorénavant les art. 237 à 239, CPP seront applicables par analogie à la mise en liberté sous caution. Celle-ci ne sera plus régie par les art. 53 à 60 PPF puisque cette loi sera abrogée.

Art. 73, al. 3

Les codes cantonaux de procédure pénale seront remplacés par le CPP.

Art. 74, al. 1, 75, al. 4, et 78, al. 1

Il s'agit d'une simple adaptation à la terminologie utilisée dans le CPP.

Art. 80

Al. 1: les voies de recours par lesquelles peuvent être attaqués les prononcés des tribunaux cantonaux seront réglées non plus par le droit cantonal mais par le CPP.

Al. 2: la modification apportée à la première phrase est une simple adaptation à la terminologie utilisée dans le CPP. Quant à la seconde phrase, elle est abrogée puisque les délais de recours et exigences de forme seront régis par le CPP.

Al. 3: cet alinéa est abrogé. Dorénavant l'art. 80, al. 2, CPP régira la notification ultérieure aux parties d'un jugement motivé, lorsque le tribunal de première instance avait tout d'abord renoncé à le motiver. Selon l'art. 74 DPA, a également qualité de partie dans la procédure judiciaire l'administration concernée, celle-ci pouvant également recourir de façon indépendante en vertu de l'art. 80, al. 2, DPA.

Art. 82

Tant la procédure devant les tribunaux cantonaux que la procédure devant le Tribunal pénal fédéral sont régies par le CPP, à moins que la loi DPA ne règle elle-même la procédure judiciaire.

Art. 83

La recevabilité des recours formés devant le Tribunal fédéral contre les prononcés des tribunaux cantonaux et du Tribunal pénal fédéral est régie par les art. 78 à 81 LTF (recours en matière pénale). L'art. 83 peut donc être abrogé. Afin de garantir que le Ministère public de la Confédération et l'administration concernée continuent d'avoir qualité pour recourir de façon indépendante, l'art. 81, al. 1, let. b, LTF est modifié en conséquence.

Art. 89

Al. 1: le CPP ne connaît qu'un moyen d'attaquer les jugements exécutoires rendus par les tribunaux: la révision. La reprise de la procédure qui est réglée à l'art. 324 CPP a trait à la procédure préliminaire qui a fait l'objet d'une ordonnance de classement de la part du ministère public. En procédure pénale administrative, cependant, les ordonnances de non-lieu sont rendues par l'autorité administrative concernée. La reprise d'une procédure pénale administrative qui a été clôturée par une ordonnance de non-lieu est régie par les art. 84 ss DPA.

Al. 2: cet alinéa peut être abrogé puisque les codes cantonaux de procédure pénale seront remplacés par le CPP.

Al. 3: aux termes de l'art. 74, al. 2, DPA, celui qui est touché par la confiscation a les mêmes droits que l'inculpé et peut user des mêmes voies de droit. L'art. 89, al. 3 peut donc être abrogé.

Art. 97, al. 1

D'une manière générale, les frais de procédure judiciaire et la mise à la charge de ceux-ci sont régis par le CPP.

11. Procédure pénale militaire du 23 mars 1979[464]

Art. 15, al. 3

Cette disposition est complétée par deux lettres fixant de nouvelles compétences: celle d'ordonner le recours à des dispositifs techniques de surveillance (let. c) et celle d'ordonner l'investigation secrète (let. d); l'actuelle let. c devient la let. e.

Art. 48, al. 2, 2e phrase

Cette disposition correspond à celle de l'art. 68, al. 1, let. a, CPP. Elle est nécessaire dans la mesure où désormais, les droits des victimes dans la procédure sont réglés dans la procédure pénale militaire elle-même et non plus – par renvoi – dans la LAVI.

Art. 70 à 70k

S'agissant de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, l'actuel art. 70 renvoie à la loi fédérale du 6 octobre 2000[465] concernant la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) et statue que les dispositions de celles-ci sont applicables par analogie à l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance.

Dès l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, la section 2 de la LSCPT (art. 3 à 10), qui règle les conditions auxquelles la surveillance peut être ordonnée de même que la procédure, sera abrogée. Les conditions permettant d'ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication dans le cadre de procédures pénales ordinaires et la procédure à suivre à cet effet seront réglées de manière détaillée dans le code de procédure pénale. Comme les dispositions en cause ne s'appliquent qu'aux infractions réprimées par le droit pénal ordinaire et sont établies en fonction des autorités prévues par le code de procédure pénale, il ne suffit pas d'inclure dans la procédure pénale militaire une disposition déclarant les dispositions de la procédure pénale ordinaire applicable par analogie. Il y a lieu, bien plutôt, de compléter celui-ci par une réglementation distincte qui se rapproche autant que possible de celle que statue le code de procédure pénale. Par conséquent, les art. 70 à 70*k* correspondent aux art. 268 à 278, CPP; ils attribuent au juge d'instruction (selon le CPP: le ministère public) la compétence d'ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et au président du Tribunal militaire de cassation, la compétence d'approuver ladite surveillance (selon le CPP: le tribunal des mesures de contrainte). Le tri des informations opéré dans le but de sauvegarder des secrets professionnels (*art. 70b, al. 1*) est opéré sous la direction du président du tribunal militaire (selon le CPP: une autorité judiciaire). S'écartant en cela de la réglementation prévue dans le CPP, *l'art. 70, al. 2,* soumet à

464 RS **322.1**
465 RS **780.1**

la surveillance les infractions énumérées à l'art. 4, al. 2, let.b, LFIS[466] sur l'investigation secrète.

L'art. 70, al. 3, s'inspire de la réglementation statuée à l'art. 221 du code pénal militaire CPM[467]: lorsqu'une personne est prévenue de plusieurs infractions dont certaines relèvent d'une juridiction civile et d'autres d'une juridiction militaire, le Conseil fédéral peut déférer le jugement de l'ensemble de ces infractions aux tribunaux militaires ou aux tribunaux ordinaires. Il est donc concevable qu'un juge d'instruction militaire doive ordonner une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication aux fins de poursuivre une infraction réprimée par le code pénal ordinaire.

Art. 71 à 71c

La réglementation dont il a été question à propos de la correspondance par poste et télécommunication vaut également pour la surveillance de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance. Cette réglementation reprend pour l'essentiel celle du CPP tout en prenant en compte les spécificités de la procédure pénale militaire s'agissant de la désignation des autorités et des infractions.

Art. 73a à 73n

La LFIS[468] règle le recours à l'investigation secrète dans le cadre de la poursuite d'infractions au code pénal ordinaire et au code pénal militaire. L'investigation secrète est régie par le CPP lorsqu'elle vise des infractions au code pénal ordinaire. Il n'est pas judicieux de maintenir une loi distincte pour réglementer l'investigation secrète dans le seul domaine militaire, puisque cette matière peut très bien être réglée par de nouvelles dispositions qui seront intégrées dans la procédure pénale militaire.

Sur ce point également, cette réglementation reprend pour l'essentiel celle du CPP s'agissant de la désignation des autorités et des infractions visées par la surveillance; elle prend toutefois en compte les spécificités de la procédure pénale militaire.

Titre précédant l'art. 74

Section 11: Témoins et personnes appelées à donner des renseignements

La section 11 s'intitule aujourd'hui: «Témoins, personnes appelées à donner des renseignements et victimes». La modification de ce titre est nécessaire puisque les droits de la victime seront réglés dans une section distincte (11*a*).

Titre précédant l'art. 84a (nouveau)

Section 11*a*: Victimes et proches de la victime

L'art. 84*a* en vigueur mentionne expressément que certaines dispositions de la LAV[469] sont aussi applicables dans le cadre de la procédure pénale militaire. Puisque de tels renvois à d'autres actes législatifs sont de nature à entraver la lisibilité d'une loi, les dispositions sur les droits des victimes seront intégrées dans la procédure pénale militaire. En l'espèce, les art. 84*a* à 84*i*, 104, al. 3, et 118, al. 2, correspondent pour l'essentiel à la réglementation prévue dans le CPP. Ici aussi, les spéci-

466 RS **312.8**
467 RS **321.0**
468 RS **312.8**
469 RS **312.5**

ficités propres à la procédure pénale militaire (notamment dans la désignation des autorités) ont été prises en considération.

12. Loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)[470]

Art. 5, al. 2

Il s'agit ici d'une modification d'ordre rédactionnel apportée au 2e membre de phrase. Il y a lieu de remplacer la référence à l'art. 229 PPF qui sera abrogée par une référence à la disposition pertinente du CPP.

Art. 9, 2e phrase

Il s'agit ici d'une modification d'ordre rédactionnel. Il y a lieu de remplacer la référence à l'art. 69 de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale qui sera abrogée par une référence aux dispositions pertinentes du CPP.

Art. 15, al. 1

Actuellement, les dispositions fédérales ou cantonales sont applicables par analogie à l'indemnité due pour la détention injustifiée et d'autres dommages subis par la personne poursuivie. Dorénavant, elle sera régie par le code de procédure pénale. Il convient donc de faire référence aux dispositions pertinentes dudit code.

Art. 16, al. 2

Selon l'art. 54, al. 1, CPP, lorsqu'un canton est saisi d'une demande d'entraide judiciaire internationale, le ministère public du canton concerné est compétent pour l'exécution des tâches qui en découlent. L'art. 16, al. 2, EIMP est donc obsolète et doit être abrogé.

Art. 18a Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication

L'entrée en vigueur du code de procédure pénale entraînera l'abrogation de plusieurs dispositions de la LSCPT[471], ce qui induit quelques adaptations de l'art. 18*a*, EIMP.

Dans les «autres cas d'entraide judiciaire» mentionnés à l*'al. 2,* l'autorité compétente peut, premièrement, être le ministère public de la Confédération ou du canton concerné; en pareil cas, c'est le ministère public saisi de la demande qui a le pouvoir d'ordonner une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication *(let. a)*. L'art. 79*a* en liaison avec l'art. 17, al. 5, EIMP, prévoit cependant, que dans certains cas, l'Office fédéral de la justice traite lui-même la demande d'entraide; dans un tel cas, le dit office qui est compétent pour ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (*let. b*).

L'al. 3 réitère le régime de compétence prévu par le CPP s'agissant de l'approbation des ordres de surveillance et statue que les ordres de surveillance au sens de l'al. 1 doivent être soumis à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte de la Confédération s'ils émanent d'une autorité de la Confédération (*let. a*). Par «tribunal des mesures de contrainte du canton» au sens de la *let. b,* il faut entendre le tribunal désigné comme tel par la législation sur l'organisation judiciaire du canton concerné.

470 RS **351.1**
471 RS **780.1**

Art. 48, al. 2

La PPF ne sera plus applicable par analogie aux recours, puisqu'elle sera abrogée. Il convient donc de faire désormais référence aux dispositions pertinentes du CPP.

Art. 50, al. 4, 79, al. 1, 2e phrase, 87 et 105

Adaptation rédactionnelle du renvoi.

13. Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale[472]

Art. 15, al. 1

La norme déclarant applicables par analogie les dispositions du droit fédéral et cantonal concernant l'indemnisation des personnes victimes d'une détention injustifiée ou d'autres dommages doit être remplacée par un renvoi aux dispositions pertinentes du CPP.

Art. 19, al. 4

La PPF ne sera plus applicable par analogie aux recours, puisqu'elle sera abrogée. Il convient donc de faire désormais référence aux dispositions pertinentes du CPP.

Art. 20, al. 2, 4e et 5e phrase

La PPF ne sera plus applicable par analogie aux recours, puisqu'elle sera abrogée. Il convient donc de faire désormais référence aux dispositions pertinentes du CPP.

Art. 21, al. 4

Adaptation rédactionnelle du renvoi.

14. Loi fédérale du 7 octobre 2004 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération[473]

Art. 7, al. 2 et 3

Al. 2: l'expression «… sur lesquelles le procureur général peut enquêter en vertu de l'art. 340bis du code pénal» est remplacée par «… sur lesquelles le Ministère public de la Confédération peut ouvrir une procédure préliminaire (art. 24 du code de procédure pénale du … ; CPP)» [474].

Al. 3: l'expression «… conformément à la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale» est remplacée par «… conformément aux dispositions du CPP».

15. Loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN[475]

Art. 1, titre et al. 1 et 3

Le CPP fixe les conditions et les modalités auxquelles doit obéir l'établissement de profils d'ADN dans le cadre des procédures pénales qu'il régit. De ce point de vue, la loi sur les profils d'ADN est donc obsolète. Cependant, elle revêt encore une

472 RS **351.6**
473 RS **360**
474 RS …; RO ... (FF **2006** 1373)
475 RS **363**

portée en ce qui concerne les conditions auxquelles des profils d'ADN peuvent être établis dans le cadre de procédures pénales militaires, de procédures pénales administratives et en dehors de procédures pénales, lorsqu'il s'agit d'identifier des personnes inconnues, disparues ou décédées, par le recours à la comparaison de profils d'ADN. Au surplus, le code de procédure pénale suisse ne règle pas, notamment, l'organisation des analyses d'ADN ni les modalités concernant la saisie des profils d'ADN dans un système d'information, bref aucune des matières qui font l'objet des sections 3 à 8 de la loi sur les profils d'ADN.

Compte tenu de cette situation il y a lieu de biffer le terme «conditions» à l'al. 1. Quant à l'actuel *al. 3,* il est transféré à l'al. 1, let. c.

Art. 1bis Champ d'application

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, les art. 254 à 258 CPP règlent les conditions et les modalités auxquelles doit obéir l'utilisation de profils d'ADN. La section 2 de la loi sur les profils d'ADN ne revêt donc aucune portée pour les procédures conduites selon ledit code. Il y lieu d'en tenir compte dans la disposition concernant le champ d'application de cette loi.

16. Loi fédérale du 9 mars 1978 sur la protection des animaux[476]

Art. 32, al. 1, 2e phrase

Le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[477], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

17. Loi du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement du pays[478]

Art. 57, al. 2

L'expression «L'art. 79 de la loi fédérale sur la procédure pénale …» est remplacée par «L'art. 166 du code de procédure pénale du …[479]».

18. Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct[480]

Art. 183, al. 2, 2e phrase

Le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[481], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

Art. 188, al. 2 et 4, 2e phrase

A *l'al. 2*, l'expression «dispositions légales cantonales de procédure pénale» est remplacée par «dispositions pertinentes du code procédure pénale du … (CPP)[482]».

476 RS **455**
477 cf. supra, ch. 6.
478 RS **531**
479 RS …; RO ... (FF **2006** 1373)
480 RS **642.11**
481 Cf. supra, ch. 6.
482 RS …; RO ... (FF **2006** 1373)

Al. 4: le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[483], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

Art. 192, al. 3, 3e phrase

Le renvoi aux articles de la PPF qui sera abrogée est remplacé par un renvoi aux dispositions pertinentes (art. 167, 168, 170 et 171) du code de procédure pénale.

Art. 194, al. 4

Le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[484], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

19. Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir[485]

Art. 44, al. 1

Modification rédactionnelle du 2e membre de phrase: il est fait référence au CPP en lieu et place du renvoi à différentes dispositions de la PPF.

20. Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR)[486]

Art. 55, al. 5

Lorsque doivent être exécutées des mesures visant à déterminer une incapacité de conduire fondée sur le soupçon d'une infraction à la loi LCR ou à d'autres lois, ces mesures sont des mesures probatoires au sens du CPP. Comme celui-ci règle également la compétence d'ordonner ces mesures et de les mettre à exécution, l'art. 55, al. 5, LCR devient obsolète. En revanche, lorsque de telles mesures ne sont pas ordonnées dans le but d'élucider une infraction (ce qui semble admissible selon la teneur de l'al. 1), ces mesures relèvent de la législation sur la police. Cette législation ressortissant indubitablement aux cantons, l'al. 5 se révèle également superfétatoire de ce point de vue.

21. Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer[487]

Art. 15, al. 3, 2e phrase

Le renvoi à la loi PPF qui sera abrogée est remplacé par une référence au CPP.

22. Loi fédérale du 18 février 1878 concernant la police des chemins de fer[488]

Art. 11

La référence aux dispositions des codes cantonaux de procédure pénale est remplacée par un renvoi au CPP.

483 Cf. supra, ch. 6.
484 Cf. supra, ch. 6.
485 RS **661**
486 RS **741.01**
487 RS **742.101**
488 RS **742.147.1**

23. Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse[489]

Art. 57, al. 1 et 2

Al. 1: adaptations à la terminologie du CPP: l'expression «le capitaine a les attributions d'un juge d'instruction» est remplacée par «le capitaine a les attributions de la police dans le cadre des poursuites pénales». En outre, il ne mène plus «l'instruction préparatoire» mais «les investigations».

Al. 2: le renvoi à plusieurs dispositions de la PPF est remplacé par une référence à la disposition pertinente du CPP.

24. Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation[490]

Art. 26b, al. 3

Le renvoi à la loi fédérale sur la procédure pénale qui sera abrogée est remplacé par une référence au CPP.

25. Loi fédérale du 6 octobre 2000 concernant la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)[491]

Section 2 (art. 3 à 10)

La section 2 de la LSCPT règle les conditions auxquelles cette surveillance peut être ordonnée ainsi que la procédure à suivre en la matière. Comme ces deux questions seront dorénavant réglées aux art. 268 à 278 CPP, les art. 3 à 10 deviennent caducs pour ce qui est de la procédure pénale ordinaire. Des dispositions de même teneur ayant été intégrées dans la procédure pénale militaire et l'EIMP ayant été complétée comme il se doit, l'ensemble de la section 2 de la LSCPT perd toute portée et doit donc être abrogée.

Art. 11, al. 1, let. a

Les conditions auxquelles peuvent être ordonnées des mesures de surveillance étant dorénavant réglées au niveau des lois de procédure pénale (code de procédure pénale et procédure pénale militaire), la licéité d'une mesure de surveillance se déterminera dans chaque cas d'espèce à la lumière des dispositions pertinentes de ces deux lois.

Art. 13, al. 1, let a et f

La remarque faite à propos de l'art. 11, al. 1, let. a, vaut aussi pour l'art. 13, al. 1, let a. A la let. f, il convient de supprimer le renvoi aux art. 4 et 7 puisqu'ils seront abrogés.

26. Loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants[492]

Art. 15, al. 2, 2e phrase

Les conditions auxquelles les personnes mentionnées à l'al. 2 sont habilitées à refuser de témoigner seront dorénavant réglées à l'art. 170, al. 1 CPP.

489 RS **747.30**
490 RS **748.0**
491 RS **780.1**
492 RS **812.121**

Art. 29, al. 2 et 4

Le renvoi à la PPF qui sera abrogée est remplacé à *l'al. 2* par une référence au CPP.

Le CPP ne reprenant pas l'art. 259 PPF, *l'al. 4* doit être purement et simplement abrogé.

27. Loi fédérale du 6 octobre 2000
sur la partie générale du droit des assurances sociales[493]

Art. 79, al. 1

L'art. 258 PPF devant être abrogé[494], le renvoi à cette disposition peut être purement et simplement biffé.

28. Loi fédérale du 25 juin 1982
sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[495]

Art. 78, 2e phrase

L'art. 258 PPF devant être abrogé[496], le renvoi à cette disposition peut être purement et simplement biffé.

29. Loi fédérale du 9 octobre 1981
sur les centres de consultation en matière de grossesse[497]

Art. 2, al. 1

L'art. 2, al. 1, reconnaît aux personnes qui travaillent pour un centre de consultation en matière de grossesse le droit absolu de refuser de témoigner ou de donner des renseignements. En tout état de cause, une telle réglementation ne se justifie pas en procédure pénale, car en statuant le droit absolu de refuser de témoigner, le législateur risque d'empêcher ou, pour le moins, d'entraver notablement la manifestation de la vérité et l'exercice de l'action publique, même lors d'infractions les plus graves. Aussi l'art. 170, al. 1, let. d, CPP accorde-t-il aux personnes en question, comme à celles qui œuvrent dans un centre de consultation ouvert aux victimes, un droit relatif de refuser de témoigner, ce qui permet d'établir dans chaque cas une pesée d'intérêts entre le maintien du secret et la manifestation de la vérité. Ces personnes gardent cependant un droit absolu de refuser de déposer dans d'autres procédures, notamment dans les procédures civiles, et à l'égard d'autorités autres que pénales. La loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse doit être modifiée en conséquence.

493 RS **830.1**
494 Cf. supra, ch. 6.
495 RS **831.40**
496 Cf. supra, ch. 6.
497 RS **857.5**

30. Loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels[498]

Art. 52

VI. Communication au Ministère public de la Confédération

Cette disposition nécessite des modifications sur plusieurs points. Ainsi, son al. 2 habilite le Département fédéral de justice et police à recourir en cassation devant le Tribunal fédéral. Par voie de conséquence, les cantons sont tenus de communiquer audit département les prononcés rendus sur leur territoire (al. 1). Toutefois, sous l'empire de l'actuelle loi fédérale sur la procédure pénale (PPF) la qualité pour former recours est, d'ores et déjà, reconnue au Ministère public de la Confédération (art. 268 ss, PPF). C'est donc à lui que doivent être communiqués les jugements et autres prononcés rendus par les autorités pénales des cantons. Par ailleurs, il convient de profiter de cette modification pour préciser que la communication doit être immédiate et gratuite.

Il n'est plus nécessaire de statuer ici expressément la qualité pour recourir du Ministère public de la Confédération. En effet, l'art. 81, al. 2, LTF dispose que le Ministère public de la Confédération a qualité pour recourir si le droit prescrit que la décision doit lui être communiquée. Il ne s'impose pas non plus de régler les voies de recours au Tribunal fédéral puisque, à compter de l'entrée en vigueur de la loi LTF, la protection juridique contre les jugements et décisions des autorités cantonales sera régie par les dispositions générales sur l'organisation judiciaire fédérale.

31. Loi du 23 juin 2000 sur les avocats[499]

Art. 13, al. 1, 2e phrase

Pour les raisons qui ont été exposées dans le commentaire de l'art. 170 CPP, il ne se justifie pas objectivement d'accorder le droit de refuser de témoigner aux avocats lorsqu'ils ont été déliés du secret professionnel. La loi sur les avocats doit être modifiée en conséquence.

32. Loi du 20 juin 1933 sur le contrôle des métaux précieux[500]

Art. 54, al. 3, 2e phrase

Dès l'entrée en vigueur du CPP, les procédures pénales seront menées selon les mêmes règles, qu'elles soient conduites par une autorité cantonale ou fédérale. La règle spéciale voulant que certains articles de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale soient applicables pour le surplus (al. 3, 2e phrase) n'a donc plus de raison d'être.

498 RS **935.51**
499 RS **935.61**
500 RS **941.31**

33. Loi du 23 juin 1978 sur la surveillance des assurances[501]

Art. 50, ch. 4, 2e phrase

Le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[502], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

34. Loi fédérale du 25 juin 1930
sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie[503]

Art. 32, al. 6, 2e phrase

Le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[504], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

35. Loi du 20 mars 1992 sur l'assurance dommages[505]

Art. 30, al. 6, 2e phrase

Le CPP ne reprenant pas l'art. 258 PPF[506], la référence à cette disposition peut être purement et simplement biffée.

2.12.2 Chapitre 2 Dispositions transitoires

2.12.2.1 Section 1 Dispositions générales (art. 454 et 455)

Les dispositions transitoires visent à permettre que le CPP se substitue le plus rapidement possible aux codes cantonaux et aux lois fédérales de procédure pénale en vigueur. Par principe, les procédures pendantes avant l'entrée en vigueur du nouveau code se poursuivront selon le nouveau droit devant les autorités compétentes sous l'empire de ce droit. On ne dérogera qu'exceptionnellement à cette règle générale, notamment pour éviter un préjudice d'ordre juridique aux personnes concernées.

Art. 454 Droit applicable

L'al. 1 statue le principe qui vient d'être exposé, selon lequel le nouveau droit est immédiatement applicable aux procédures pendantes au moment de son entrée en vigueur.

L'al. 2 vise à écarter d'éventuelles objections selon lesquelles les actes de procédure accomplis avant l'entrée en vigueur du nouveau droit perdent leur validité si, au moment où ils ont été ordonnés, ils n'étaient pas conformes aux exigences posées par le CPP. Cette disposition permettra, par exemple, de poursuivre une observation secrète, quand bien même la procédure selon laquelle elle a été ordonnée n'est pas conforme au nouveau droit.

501 RS **961.01**
502 Cf. supra, ch. 6.
503 RS **961.03**
504 Cf. supra, ch. 6.
505 RS **961.71**
506 Cf. supra, ch. 6.

Le projet renonce sciemment à prévoir, dans les dispositions transitoires, une autorité qui tranche en cas de doute quant au droit applicable. Une telle institution est superfétatoire puisque, en pareil cas – à la différence de ce qui vaut en cas de doute quant à l'autorité compétente – il ne saurait se produire une situation comparable à celle (négative) d'un conflit de compétence. L'autorité chargée d'appliquer le droit ne peut qu'appliquer les dispositions de procédure à un état de faits donné, qu'il s'agisse des anciennes ou des nouvelles. Au besoin, dans le cas d'espèce, il est possible de faire examiner par la voie du recours si l'ancien droit ou le nouveau a été appliqué à juste titre.

Art. 455 Compétence

La norme statuée à *l'al. 1* répond au second objectif primordial des dispositions transitoires: permettre aux nouvelles autorités d'exercer dès que possible la compétence que leur confère le nouveau droit.

La Confédération et les cantons devront régler les modalités de la passation des affaires pendantes des anciennes autorités pénales aux nouvelles *(*cf. art. 463*)*. Il s'agira, par exemple, de déterminer à quel procureur un juge d'instruction devra transmettre ses dossiers.

Lorsque tant l'autorité compétente selon l'ancien droit que l'autorité compétente selon le nouveau droit se déclarent incompétentes pour continuer une procédure pendante, on se trouve face à un conflit de compétence négatif. Une telle situation pourrait avoir des incidences extrêmement préjudiciables sur la poursuite d'infractions. Au surplus, il n'est pas possible d'y mettre fin par la voie ordinaire du recours, notamment parce que le prévenu qui a qualité pour recourir n'a probablement aucun intérêt à ce que cette clarification soit opérée. C'est la raison pour laquelle *l'al. 2* désigne les autorités chargées de trancher les conflits de compétence. Leurs décisions ne sont pas attaquables séparément. Toutefois, la question de la compétence de l'autorité concernée peut être soulevée dans le cours de la procédure, à titre de condition à l'ouverture de l'action pénale.

2.12.2.2 Section 2 Débats de première instance et procédures spéciales (art. 456 à 458)

Art. 456 Débats de première instance

Quant à savoir si des débats de première instance étaient déjà ouverts au moment de l'entrée en vigueur du CPP, c'est là une question qui s'apprécie à la lumière du droit procédural applicable avant l'entrée en vigueur dudit code.

Art. 458 Procédure par défaut

Al. 1: à l'instar de ce que statue l'art. 456 pour les débats de première instance, la question de savoir si une demande de nouveau jugement était pendante au moment de l'entrée en vigueur du nouveau code, s'apprécie également selon l'ancien droit.

L'al. 2 règle le cas dans lequel une personne jugée par défaut selon l'ancien droit n'a présenté une demande de nouveau jugement qu'après l'entrée en vigueur du code de

procédure pénale unifiée. En pareil cas, cette demande sera appréciée à la lumière du droit qui est le plus favorable à cette personne, notamment en ce qui concerne les exigences formelles (par exemple, formes et délais) auxquelles doit satisfaire la demande.

L'al. 3 est conforme au principe selon lequel il appartient à l'autorité compétente selon le nouveau droit d'appliquer celui-ci.

2.12.2.3 Section 3 **Procédure de recours** (art. 459 et 460)

Art. 459 Décisions rendues avant l'entrée en vigueur du présent code

Seule la date à laquelle les décisions ont été rendues est déterminante pour l'applicabilité de l'ancien droit par les autorités de recours compétentes sous l'empire de ce droit (*al. 1*). En revanche, la date à laquelle la décision a été notifiée ni celle à laquelle le recours a été interjeté ne sont, en l'occurrence, des critères pertinents. Il n'est pas possible de se fonder sur la date de la notification puisqu'elle n'est pas la même pour toutes les parties. Si on le faisait, on pourrait aboutir à une situation dans laquelle le recours formé par une partie serait traité selon l'ancien droit par l'autorité compétente sous l'empire de ce droit, alors que le recours formé par une autre partie serait traité selon le nouveau droit par la nouvelle autorité compétente selon celui-ci. Prendre comme date déterminante celle à laquelle le recours a été interjeté aurait les mêmes conséquences; en outre, on donnerait ainsi à une partie le pouvoir de déterminer le droit applicable à son recours et l'autorité compétente pour le traiter.

Art. 460 Décisions rendues après l'entrée en vigueur du présent code

L'al. 1 réitère le principe statué à l'art. 454 et le précise.

L'al. 2 présuppose que des débats de première instance qui étaient ouverts au moment de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse se poursuivent selon l'ancien droit, l'art. 456 étant applicable. Il présuppose également que les recours soient examinés par une autorité judiciaire supérieure à celle de première instance. En pareils cas, la plupart des codes cantonaux de procédure pénale prévoient une autorité compétente pour connaître des recours en deuxième instance, à défaut de quoi, l'autorité de recours aurait à examiner les décisions rendues en première instance par une autorité occupant le même rang qu'elle dans la hiérarchie des instances. Cette disposition est, par exemple, applicable aux procédures devant le tribunal pénal économique formé de membres du Tribunal cantonal ou de la Cour suprême.

2.12.2.4 Section 4 Opposition contre les ordonnances pénales et procédure introduite par la partie plaignante (art. 461 et 462)

Art. 462 Procédures introduites par la partie plaignante

Cette disposition fait référence à la procédure de l'accusation privée que connaissent certains cantons, procédure dont il a été question plus haut[507] et qui fait partie des instruments procéduraux écartés par le projet. Comme le CPP ne contiendra aucune norme régissant ces procédures, celles qui seront en cours au moment de l'entrée en vigueur dudit code devront être menées à chef selon l'ancien droit, par les autorités compétentes sous l'empire de ce droit.

3 Commentaire des dispositions du P-PPMin

3.1 Chapitre 1 Objet et principes (art. 1 à 5)

Art. 1 Objet

L'art. 1er[508] indique que la nouvelle loi entend régler, sur le plan fédéral, la poursuite et le jugement des infractions commises par les mineurs (soit avant l'âge de 18 ans[509]), ainsi que l'exécution des décisions prises par les autorités compétentes. Cela paraît aller de soi pour la poursuite et le jugement; cette disposition représente ainsi le pendant de l'art. 1, P-CPP, qui s'applique dès lors à toute personne ayant commis un acte punissable au-delà de ses 18 ans. La question de l'exécution des jugements est une particularité de la procédure pénale applicable aux mineurs. En effet, l'action de la justice des mineurs doit être considérée dans sa globalité et comme un processus unique allant de l'ouverture de l'instruction jusqu'au terme de la procédure. C'est la raison pour laquelle cette loi entend également fixer les modalités de l'exécution et désigner les autorités compétentes.

Art. 2 Compétence

Cet article dispose que, contrairement aux règles de la juridiction fédérale (art. 23 s., P-CPP; art. 336 ss, nCP[510]), la poursuite et le jugement des infractions commises par des mineurs relèvent toujours de la compétence des autorités cantonales. Cette règle s'impose non seulement pour des raisons de coûts – la création d'autorités fédérales spéciales et spécifiques engendrerait probablement des frais démesurés –, mais surtout pour des raisons éducatives et des impératifs liés à l'insertion sociale du mineur, qui impliquent la nécessité qu'un jeune soit jugé à proximité de son lieu de résidence, par un «juge de proximité». Nous y reviendrons lorsque nous traiterons du for (art. 11).

507 Ch. 1.5.4.1.
508 Dans cette troisième partie du message, les art. sans mention particulière se réfèrent au présent projet de procédure pénale applicable aux mineurs.
509 Cf. art. 1, al. 1, let a, du Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin), FF **2003** 3390, futur numéro au RS **311.1**.
510 FF **2002** 7658

Art. 3 Applicabilité du code de procédure pénale

L'al. 1 souligne le fait que la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin) est une loi spéciale par rapport au code de procédure pénale. Les dispositions de cette dernière s'appliquent dès lors que la procédure pénale applicable aux mineurs ne prévoit pas de règle y dérogeant.

S'il paraît logique d'appliquer par analogie aux jeunes délinquants l'ensemble des règles destinées aux adultes, pour autant qu'elles soient compatibles avec les objectifs de la justice pénale des mineurs, il paraît tout aussi logique d'y déroger lorsque des normes spéciales s'imposent pour le traitement pénal des mineurs. D'où les dispositions spéciales, de la PPMin mais également *l'al. 2* qui énumère les dispositions du code de procédure pénale qui ne s'appliquent pas aux mineurs et pour lesquelles aucune disposition spéciale n'est prévue dans la PPMin.

Ainsi, la règle générale veut que la procédure pénale s'applique aussi aux mineurs, sauf:

- si la PPMin règle un domaine de la procédure de manière spéciale, entraînant ainsi l'inapplicabilité des normes régissant ledit domaine dans le code de procédure pénale (cette règle vaut aussi pour les dispositions transitoires, art. 46 ss);
- si l'application d'une disposition du code de procédure pénale est exclue par l'art. 2, al. 2 PPMin.

Cet *al. 2* prévoit l'inapplicabilité des dispositions du code de procédure pénale Suisse dans sept domaines:

- *let. a:* les règles spéciales sur les contraventions (art. 361 à 364, P-CPP) ne s'appliquent pas aux mineurs (pour plus de détails, cf. ch. 3.2);
- la *let. b* est la conséquence de la disposition prévue à l'art. 2;
- *let. c:* le droit pénal des mineurs étant principalement caractérisé par la personnalisation de la prise en charge du prévenu, le principe de l'unité de la procédure ne peut pas être strictement appliqué. Selon les dispositions de la PPMin (principalement l'art. 11), chaque mineur doit pouvoir être jugé par une autorité pénale de proximité. Une disjonction des causes impliquant des mineurs de différentes provenances sera donc nécessaire.
- *let. d:* un des principes de base de la PPMin est celui de la non-publicité des débats (art. 15). Ce principe interdit aussi toute publication dans la feuille officielle;
- *let. e:* la procédure simplifiée (accords conclus entre le prévenu et le ministère public) ne peut s'appliquer dans la PPMin.
- *let. f:* le cautionnement préventif, soit une «autre mesure» au sens de l'art. 66 ss, nCP[511], n'a pas non plus été repris dans le projet; il va ainsi de soi que les dispositions du P-CPP (art. 379 ss) réglant sa mise en œuvre ne s'appliquent pas aux mineurs.

511 FF **2002** 7658

– *let. g:* en vertu de l'art. 10, al. 1, DPMin, des mesures de protection peuvent être prises, si nécessaire, que le mineur ait agi de manière coupable ou non. Il va ainsi de soi que les dispositions prévues par les art. 382 et 383 P-CPP ne s'appliquent pas en matière de procédure pénale des mineurs.

Si le principe général veut que le code de procédure pénale applicable aux adultes s'applique aux mineurs pour autant que la procédure pénale applicable aux mineurs n'y déroge pas, il est cependant important de garder à l'esprit que les règles du code de procédure pénale ne pourront s'appliquer que par analogie, en prenant garde à toujours agir en conformité avec l'esprit et le but du droit pénal des mineurs. C'est ainsi que, même en appliquant la *lex generalis*, on ne doit jamais perdre de vue que les destinataires de ces règles de procédure ne sont pas des adultes. C'est pour ces raisons que *l'al. 3* renvoie aux principes de l'art. 4.

Art. 4 Principes

Cet article reprend les objectifs spécifiques du droit pénal des mineurs. Le souci de respecter ces objectifs devra être omniprésent tout au long de la procédure pénale ouverte à l'encontre d'un mineur, que le magistrat impliqué applique la PPMin ou le code de procédure pénale ordinaire.

Selon *l'al. 1,* la protection du mineur est déterminante. L'intervention pénale implique, en effet, souvent l'usage de mesures de contrainte qui peuvent avoir des effets négatifs sur le mineur. Il s'agira donc de réduire, autant que possible, ces atteintes. Le même alinéa fait aussi référence à l'éducation. A la différence du droit pénal ordinaire, le droit pénal des mineurs vise avant tout des objectifs éducatifs; il cherche les causes du comportement du mineur pour apporter à celui-ci soins et éducation au sens large et favoriser son intégration ou sa réinsertion dans la société. La 2e phrase de cet alinéa prévoit que l'âge et le degré de développement du mineur sont des éléments qui doivent peser en sa faveur et donc entraîner une appréciation et une interprétation de la norme appliquée dans un sens qui lui est favorable.

L'al. 2 n'est pas simplement de nature déclaratoire. En prévoyant que le mineur doit prendre une part active à la procédure, cet alinéa est en accord avec les standards internationaux[512] qui préconisent de rendre le mineur acteur des décisions à prendre à son égard et, ainsi, de le préparer à assumer sa future citoyenneté. Cette participation doit être possible à tous les stades de la procédure, le critère principal de décision étant l'intérêt du mineur.

L'al. 3 consacre un autre principe fondamental, particulièrement important en matière de droit des mineurs: la limitation de l'intervention pénale au strict minimum. Ce principe doit figurer dans la *lex specialis* pour indiquer que l'intervention judiciaire ne doit pas se faire à tout prix et doit notamment respecter la sphère d'influence des parents. Le droit pénal des mineurs ne doit se substituer aux parents, par exemple par des mesures éducatives, que lorsque des carences sont manifestes et que le besoin de soin a été démontré. Le principe statué par cet alinéa peut avoir pour conséquence que, sous l'empire de la procédure pénale applicable aux mineurs,

512 A ce propos, cf. rapport explicatif relatif à l'avant-projet PPMin qui traite longuement de l'ensemble des standards internationaux et des engagements internationaux de la Suisse OFS juin 2001 (www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html).

les victimes n'aient pas exactement les mêmes droits que ceux dont ils jouissent dans le cadre de la procédure pénale ordinaire.

L'al. 4 prévoit que les autorités pénales doivent – lorsque cela paraît indiqué et donc compatible avec les impératifs de protection et d'éducation du mineur – impliquer les parents ou, à défaut, les autres représentants légaux du mineur ou l'autorité civile. En effet, ces personnes ont non seulement des obligations envers le mineur, mais aussi des droits, tels que le droit d'être informés sur toutes les opérations de procédure menées à son encontre et le droit d'y participer, pour autant que cela n'entre pas en conflit avec les impératifs de l'intervention judiciaire ou avec les intérêts du mineur lui-même. L'autorité civile doit notamment être associée à la procédure lorsque les représentants légaux font défaut ou que les intérêts du prévenu mineur sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux. Tel sera, par exemple, le cas lorsque les infractions commises par le mineur sont à interpréter comme des signaux de détresse à la suite d'actes de maltraitance de la part des parents. En pareils cas, l'information des parents sera alors sommaire et leur participation, notamment aux débats, pourra être réduite, voire exclue.

Mentionnons enfin que tous les autres principes fondamentaux de la procédure pénale ordinaire s'appliquent également à la procédure pénale des mineurs, même s'ils ne sont pas mentionnés expressément dans la PPMin.

Art. 5 Renonciation à toute poursuite pénale

Le principe de l'opportunité des poursuites étant déjà consacré à l'art. 8 P-CPP, il est logique d'en prévoir également l'application dans la procédure applicable aux mineurs, avec une restriction toutefois dans le cas où des mesures de protection doivent être prises à l'égard du mineur (*al. 1, let. a*). Il ne serait en effet pas judicieux qu'une renonciation à poursuivre empêche l'autorité pénale d'ordonner de telles mesures. La *let. a* prévoit de renoncer à toute poursuite pénale lorsque les conditions d'exemption de la peine prévues à l'art. 21 DPMin[513] sont réalisées, sauf lorsque des mesures de protection restent à prendre.

Par l'expression *«… renonce à toute poursuite pénale …»,* cette disposition, en autorisant la non-entrée en matière (notion définie à l'art. 310 P-CPP) sur la poursuite pénale, va au-delà de la possibilité de classer l'affaire prévue par l'art. 7, DPMin.

La réglementation particulière de *l'al. 2* est nécessaire car elle déroge à l'art. 8, al. 2, let. d, P-CPP, dans la mesure où elle fait référence au lieu de résidence habituelle du mineur, à savoir le lieu où celui-ci sera jugé par un juge de «proximité». A l'exception des hypothèses visées aux al. 1 et 2, l'art. 8 P-CPP s'applique (*al. 3*).

513 FF **2003** 3390; futur numéro au RS **311.1**.

3.2 Chapitre 2 Autorités pénales des mineurs (art. 6 à 9)

Art. 6 Autorités de poursuite pénale

Cet article énumère à *l'al. 1* les autorités compétentes en matière de poursuite des infractions. Elles sont au nombre de trois, soit la police, le juge des mineurs et le procureur des mineurs. Le procureur des mineurs est l'autorité compétente pour soutenir l'accusation. Selon *l'al. 2*, il pourra – et non devra – intervenir pour soutenir l'accusation devant le juge des mineurs, le tribunal des mineurs, l'autorité de recours des mineurs ou l'autorité d'appel des mineurs.

Contrairement à ce que prévoit l'art. 12, let. c, P-CPP, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions, qui pourraient être instituées, ne sont pas habilitées à intervenir à l'encontre des mineurs. Ce choix, même s'il engendre un surplus de travail pour le greffe du juge des mineurs – compensé par une diminution du travail de certaines administrations – s'explique par plusieurs considérations[514]:

- toutes les affaires traitées par les autorités administratives ne sont pas portées à la connaissance du juge des mineurs et celui-ci ne peut dès lors que difficilement se faire une image complète de l'historique d'un prévenu mineur qu'il doit juger lorsque celui-ci commet finalement une infraction plus grave;
- lorsqu'une autorité administrative est confrontée à un mineur multirécidiviste, elle se contentera d'augmenter d'une fois à l'autre l'amende prononcée. Pour sa part, le juge des mineurs pourra citer à comparaître le mineur et éventuellement prendre des mesures plus adéquates et plus personnalisées;
- l'autorité pénale compétente en matière de contraventions a pour seul but la punition des contraventions, alors que le juge des mineurs peut intervenir de manière éducative;
- l'autorité pénale compétente en matière de contraventions ne peut pas satisfaire à l'exigence de spécialisation à laquelle les autorités chargées d'appliquer le droit pénal des mineurs sont tenues de répondre.

Art. 7 Tribunaux de première instance

L'al. 1 mentionne les deux autorités de jugement: le juge des mineurs et le tribunal des mineurs. Leurs compétences juridictionnelles sont réglées aux art. 32 et 33. Quant à leur composition, celle du tribunal des mineurs ressort de *l'al. 2;* le juge des mineurs siège en qualité de juge unique.

L'al. 3 consacre la solution fédéraliste en matière de modèle de justice des mineurs (cf, supra, ch. 1.6.5): le juge des mineurs peut également être membre du tribunal des mineurs (modèle du juge des mineurs) ou procureur des mineurs (modèle du «Jugendanwalt»). Il va de soi que le «ou» est un ou exclusif; il n'est donc pas question de prévoir une union personnelle entre le juge des mineurs, le procureur des mineurs et la qualité de membre du tribunal des mineurs. Il ne serait pas non plus envisageable de prévoir un modèle dans lequel un membre du tribunal des mineurs

514 Plusieurs participants à la procédure de consultation l'ont souhaité, parfois même avec insistance, cf. Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 94, note n° 887.

serait également procureur des mineurs. La réserve mentionnée ici découle des art. 54 ss P-CPP d'une part et de l'art. 10 d'autre part.

Art. 8 Autorités de recours

Cette disposition ne fait qu'énumérer, à *l'al. 1*, les autorités de recours. Les voies de recours ne seront définies que plus loin aux art. 37 ss Dans l'énumération des différentes autorités pénales, il est à noter que le tribunal des mesures de contrainte – ainsi qu'il est prévu en procédure pénale ordinaire – fait défaut dans la procédure pénale applicable aux mineurs. En effet, ses fonctions seront exercées par d'autres instances juridictionnelles.

Selon *l'al. 2*, les cantons peuvent prévoir que les attributions de l'autorité de recours des mineurs soient confiées à l'autorité d'appel des mineurs. Cette réglementation est conforme à l'art. 20, al. 2, P-CPP.

Art. 9 Organisation

L'al. 1 concrétise le principe selon lequel l'organisation judiciaire et le fonctionnement des autorités sont régis par le droit cantonal. La dénomination des autorités pénales chargées d'appliquer le droit pénal des mineurs est clairement réglementée dans la présente loi; par conséquent, l'art. 14, al. 1, P-CPP (liberté des cantons dans la dénomination des autorités pénales) ne s'applique pas dans la procédure pénale applicable aux mineurs. Cette ingérence dans la liberté d'organisation des cantons est justifiée: il leur appartient de choisir le modèle de poursuite qui leur convient le mieux («procureur des mineurs» ou juge des mineurs). Une double liberté, dans le choix du modèle et dans la dénomination des autorités créerait une telle confusion qu'il serait alors difficile de parler d'unification de la procédure dans le domaine de la poursuite pénale dans la procédure applicable aux mineurs.

La réglementation de *l'al. 2* concrétise le principe de la spécialisation des autorités chargées d'appliquer le droit pénal des mineurs[515]. Comme il s'agit de la question de l'organisation judiciaire, cette spécialisation (aujourd'hui réalisée par le juge des mineurs ou le procureur des mineurs) ne devrait pas être prévue au niveau cantonal; vu les particularités du droit pénal des mineurs qui doit juger, non en fonction de l'acte commis mais en fonction de la personne de l'auteur, il serait toutefois souhaitable qu'une telle unité soit réalisée également et de manière générale au niveau des tribunaux. La possibilité de créer des tribunaux spécialisés par l'instauration d'autorités intercantonales devrait d'ailleurs faciliter cet état de fait.

515 Rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 24; cf. message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF **1999** 2028 s.

3.3 Chapitre 3
Règles générales de procédure (art. 10 à 18)

Art. 10 Incompatibilité de fonction

L'union personnelle entre le juge des mineurs comme autorité d'instruction et la qualité de membre du tribunal des mineurs, si elle offre évidemment une possibilité de personnalisation de la prise en charge du mineur, fait abstraction du principe de l'indépendance du juge, qui imposerait de dissocier l'autorité de jugement de l'autorité d'instruction[516]. Pour remédier à l'absence d'indépendance du tribunal, *l'al. 1* prévoit que le juge des mineurs ne peut pas siéger en tant que membre du tribunal des mineurs si, en sa qualité de juge des mineurs, il a ordonné une détention provisoire, l'observation ou un placement à titre provisionnel, si les faits sont contestés, si le prévenu mineur n'a pas admis les faits, ou en cas de recours formé contre des actes de procédure qu'il a lui-même effectués pendant l'instruction ou l'exécution. Ces trois conditions sont alternatives et non cumulatives.

L'al. 2 prévoit une exception à cette règle lorsque le prévenu mineur accepte que le juge des mineurs siège tout de même au sein du tribunal des mineurs. Il est en outre fait mention du fait que cette acceptation doit être «expresse», c'est-à-dire qu'elle doit être formulée par écrit ou portée au procès-verbal lors d'une audition.

Art. 11 For

Cette disposition reprend, pour l'essentiel, le contenu de l'art. 38 DPMin. Elle désigne donc le lieu de résidence habituel du prévenu mineur comme for principal et y ajoute le for subsidiaire du lieu de commission de l'infraction lorsque des actes d'instruction urgents doivent être effectués (*al. 1*) ou lorsque le prévenu mineur n'a pas de résidence habituelle en Suisse (*al. 2, let. a*). Lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, le for sera le lieu d'origine du mineur ou le lieu où il a été appréhendé pour la première fois en raison de l'infraction s'il est étranger (*al. 2, let. b*). Dans le but d'assurer une prise en charge aussi personnalisée que possible, le cas d'un prévenu mineur doit être traité par l'autorité qui lui est le plus proche.

Le for spécial en matière de contraventions prévu par l'art. 38 DPMin, à savoir le lieu où elles ont été commises, n'est pas repris dans le projet, pour assurer que le juge du lieu de résidence ait pleinement connaissance de l'historique délictueux d'un mineur lorsque celui-ci devra comparaître devant lui.

A défaut de réglementation dans la PPMin, l'art. 38 P-CPP s'applique par analogie en cas de conflits de fors.

Art. 12 Disjonction des procédures

Le droit pénal des mineurs – en Suisse, mais aussi partout où ce droit existe – est un droit où la personne de l'auteur intéresse l'autorité tout autant sinon davantage que l'acte commis *(«Täterstrafrecht»)*. Dès lors, toute procédure est individualisée et soumise à l'impératif de découvrir les raisons qui ont conduit à un tel comportement délictueux. Cette individualisation implique de traiter chaque cas pour lui-même,

516 Le souci de garantir l'indépendance du juge a été exprimé par de nombreux intervenants à la procédure de consultation; cf. Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 102, note de bas de page n° 866.

sans considération d'autres critères. Cela revêt une importance particulière dans les affaires où des infractions ont été commises en bande. Selon la jurisprudence des cantons, chaque auteur fait l'objet d'un dossier et chaque intervention est personnalisée. C'est ainsi que des auteurs ayant commis des actes semblables pourront être traités de manière différente, selon qu'il apparaît nécessaire pour les uns de recevoir des soins éducatifs et pour les autres de se voir infliger une sanction. Pour tous ces motifs, ainsi qu'en raison de la nette spécificité des autorités pénales traitant des affaires impliquant des mineurs, il est indispensable de prévoir une disposition permettant que les causes de délinquants majeurs et mineurs ayant agi ensemble soient traitées séparément. Les premières sont de la compétence des juridictions ordinaires, alors que les secondes ressortent des juridictions des mineurs. Ainsi, *l'al. 1* prévoit la disjonction de ces causes. Cependant, pour des raisons liées à l'intérêt de l'instruction, il peut exceptionnellement être renoncé à cette disjonction (*al. 2*). Cette exception ne vaut toutefois que pour l'instruction et non pour le jugement de la cause.

En cas de conflits de compétence, l'art. 38, al. 1, P-CPP s'applique par analogie; c'est donc l'autorité de recours des mineurs qui sera chargée de trancher. Si la Confédération est impliquée, l'art. 28 P-CPP désigne le Tribunal pénal fédéral comme autorité de règlement des conflits. Si les autorités sont intercantonales (au sens de l'art. 11, al. 1, 2e phrase), les conflits de compétence seront réglés conventionnellement et par analogie à la procédure pénale ordinaire.

Art. 13 Participation des représentants légaux

Cet article se découle à la possibilité, prévue à l'art. 4, al. 4, d'impliquer les représentants légaux du prévenu mineur et éventuellement l'autorité civile, et statue que ces personnes ont l'obligation de participer à la procédure si l'autorité l'ordonne (*al. 1*).

Si les représentants légaux ne participent pas à la procédure alors qu'ils y ont été contraints, *l'al. 2* prévoit une mise en garde, une dénonciation à l'autorité tutélaire ou une amende d'ordre de 1'000 francs au plus, contre laquelle la personne condamnée au paiement pourra faire recours auprès de l'autorité de recours des mineurs.

Art. 14 Personne de confiance

Cette disposition prévoit que le prévenu mineur peut faire appel à une personne de confiance à tous les stades de la procédure, à moins qu'il n'existe un intérêt divergent pour l'instruction. Cette personne de confiance vient, le cas échéant, s'ajouter aux représentants légaux ou à l'autorité civile.

Art. 15 Huis clos

Une des caractéristiques les plus connues de la justice des mineurs réside dans le principe de la non-publicité des débats. L'exigence de publicité prescrite pour la procédure pénale ordinaire (art. 67 ss, P-CPP) est supplantée par la nécessité de protéger la vie privée du mineur concerné. Ainsi, la procédure applicable aux mineurs vise à assurer la confidentialité ainsi que la protection de la sphère privée du mineur et de sa famille, et cherche principalement à protéger l'avenir du prévenu. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs indiqué que, dans le domaine de la publicité des débats, l'intérêt du mineur était déterminant et que le jeune délinquant devait être mis à

l'abri de la curiosité du public[517]. Il apparaît dès lors logique de consacrer le principe du huis clos dans la procédure pénale applicable aux mineurs (*al. 1*). Dans le but d'éviter les exceptions à ce principe (cf. *al. 2*), cette disposition permet au juge de rendre publique une information écrite au terme de la procédure.

L'al. 2 prévoit la possibilité d'ordonner la publicité des débats dans deux cas de figure: d'une part, lorsque le mineur ou ses représentants légaux l'exigent et, d'autre part, lorsque l'intérêt public le commande (*let. a*). En pareils cas, le juge des mineurs et le tribunal des mineurs devront toutefois d'abord s'assurer que la publicité des débats ne nuit pas aux intérêts du prévenu mineur (*let. b*).

Art. 16 Etendue de la consultation du dossier

En matière de consultation du dossier, la règle de base est celle de l'art. 99 P-CPP, selon laquelle les parties peuvent généralement consulter le dossier. Néanmoins, en plus des restrictions à cette règle que contient déjà procédure pénale ordinaire, le présent article prévoit une exception supplémentaire.

Selon *l'al. 1*, si l'intérêt du mineur l'exige, le droit de consulter les informations personnelles peut être restreint pour le mineur lui-même, mais également pour ses représentants légaux (ou, à défaut, l'autorité civile) et la partie plaignante.

Cette restriction supplémentaire se justifie par le souci de protéger le mineur, ce d'autant plus que le contenu des dossiers peut être particulièrement sensible. En effet, ceux-ci, outre les rapports de police, les documents judiciaires, les procès-verbaux, contiennent souvent – en tous les cas dans les affaires dans lesquelles une mesure éducative est envisagée – de nombreux renseignements émanant de psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux, enseignants ou employeurs, relatifs à la personne de l'auteur de l'infraction, à sa sphère familiale et des considérations sur son comportement. Permettre une consultation complète de ces dossiers pose donc un double problème:

- d'une part, celui de l'accès pour des enfants ou des adolescents (et leurs parents) à des informations qui parfois sont difficiles à appréhender et peuvent donc être mal comprises, qui parfois livrent des «secrets de famille» ou portent des appréciations sur la personne de l'auteur sans grandes nuances, voire peuvent être choquantes pour la personne qui en prend connaissance;
- d'autre part, celui pour l'autorité judiciaire de pouvoir compter sur des renseignements de qualité et complets venant de spécialistes ou d'experts, qui ne sont pas prêts à livrer leurs conclusions s'ils savent que celles-ci pourront tomber, ensuite entre les mains de ceux qu'ils ont examinés ou sur lesquels ils doivent fournir un avis.

S'il y a donc un droit légitime des parties à accéder à une version du dossier contenant tous les éléments factuels permettant, d'une part au mineur de connaître les charges qui pèsent sur lui et d'autre part aux autres parties de se faire une idée objective de la situation, il y a aussi un intérêt légitime à restreindre l'accès aux informations d'ordre personnel.

517 ATF **108** Ia 90

Néanmoins, *l'al. 2* prévoit que le défenseur, ainsi que le procureur des mineurs pourront toujours consulter l'ensemble du dossier, mais ne seront pas autorisés à divulguer le contenu des pièces dont l'accès a été restreint.

Mentionnons encore que cette disposition est non seulement une *lex specialis* par rapport à l'art. 99 P-CPP, mais également par rapport à l'art. 185 P-CPP. En effet, certains rapports d'expertise pourront ne pas être transmis au prévenu mineur ou à d'autres parties.

Art. 17 Conciliation

L'idée de confronter l'auteur et la victime et de chercher un arrangement peut être éducative et s'inscrit particulièrement bien dans l'esprit du droit pénal des mineurs. L'objectif secondaire de ne pas poursuivre de procédure lorsque cela ne semble pas opportun est également devenu une préoccupation constante en matière de droit pénal, afin de décharger les instances judiciaires. Au vu de ces deux considérations, le projet prévoit que la conciliation entre le lésé et le prévenu mineur est possible à tous les stades de la procédure.

La réglementation de *l'al. 1* présente deux différences par rapport à la procédure applicable aux adultes (art. 316 P-CPP): alors que la procédure pénale ordinaire prévoit l'obligation de tenter la conciliation, mais seulement dans certains cas[518], dans la procédure pénale applicable aux mineurs, la conciliation est dans tous les cas facultative mais toujours possible.

L'al. 2 prévoit le classement de la procédure si la conciliation aboutit. Le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs devra tenir compte de cette conséquence juridique au moment de décider de tenter la conciliation. Comme en procédure pénale ordinaire, l'al. 2 prescrit que le défaut non excusé du plaignant à l'audience de conciliation vaut retrait de la plainte. Dans ce cas de figure, l'affaire sera aussi classée. Dans tous les autres cas, le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs poursuivra la procédure.

Art. 18 Médiation

La conciliation au sens de l'art. 17 est toujours menée par le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs. Il arrive toutefois que des compétences particulières soient nécessaires pour mener à bien les négociations entre le lésé et le prévenu mineur. En pareils cas, le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs peut charger un tiers d'intervenir à sa place. Une telle procédure de médiation répond aux mêmes objectifs fondamentaux que la conciliation, à savoir, éduquer et limiter l'intervention pénale au strict minimum. La médiation va toutefois plus loin, puisqu'elle fait sortir l'affaire du cadre judiciaire pour la confier à un intervenant non judiciaire (le médiateur) qui utilisera ses propres méthodes de résolution des conflits. Durant cette phase extrajudiciaire, le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs suspendra la procédure pénale.

518 L'art. 316 P-CPP prévoit l'obligation de tenter la conciliation, mais uniquement dans des cas portant exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte ou lorsqu'une exemption de peine au sens de l'art. 53 nCP entre en ligne de compte; en pareil cas, la tentative de conciliation est obligatoire.

Quant au médiateur, il doit s'agir d'une «personne reconnue dans le domaine de la médiation» (*al. 1*). Le choix est ici plus vaste que pour les adultes, puisqu'il ne se restreint pas à des personnes désignées répondant aux critères fixés par les autorités fédérales et cantonales (tel que prévu à l'art. 317, al. 8, P-CPP), mais peut être orienté en fonction de critères davantage liés à la spécificité du cas ou du prévenu mineur.

La médiation sera toutefois exclue si des mesures de protection ont déjà été ordonnées par l'autorité civile ou si de telles mesures doivent encore être prises ou si les conditions de l'exemption de peine, selon l'art. 21, al. 1, DPMin, ne sont pas remplies (*al. 1*). De plus, il faut mentionner qu'il sera difficile de prévoir une médiation si les faits ne sont pas pour l'essentiel établis (condition expressément mentionnée à l'art. 8, al. 1, let. c, DPMin). Il est en effet difficilement envisageable de prévoir une médiation lorsque le prévenu nie totalement les faits. En pareille occurrence, la possibilité d'intenter la médiation ne devrait toutefois pas, là encore, être exclue d'emblée[519].

Comme pour la conciliation, le juge poursuivra la procédure si la médiation échoue ou la classera si celle-ci aboutit (*al. 2*). Au contraire de la procédure pénale ordinaire, le classement de la procédure est obligatoire en procédure pénale des mineurs[520]; une véritable *force de chose médiée* est ainsi instaurée pour les mineurs, ainsi qu'elle est prévue aujourd'hui à l'art. 21, al. 3, DPMin.

3.4 Chapitre 4 Parties et défense

3.4.1 Section 1 **Parties** (art. 19 à 22)

Art. 19 Définition

Cet article énumère les différents acteurs du procès pénal devant la juridiction des mineurs. Il est le pendant de l'art. 102, al. 1, P-CPP. Comme ce dernier, il mentionne le prévenu, la partie plaignante et le procureur des mineurs. La différence principale provient de l'adjonction des représentants légaux aux côtés du prévenu mineur[521].

Le procureur des mineurs n'a la qualité de partie au procès que s'il représente l'accusation devant le tribunal des mineurs ou devant l'autorité d'appel des mineurs.

Art. 20 Prévenu mineur

Les mineurs sont les acteurs principaux du procès. Bien que représentés légalement, ils sont les premiers responsables de leurs actes et doivent en répondre personnellement, même s'ils n'ont pas l'exercice des droits civils. La 2e phrase de *l'al. 1* prévoit qu'en dépit du fait que le prévenu mineur est représenté par ses représentants légaux (ce lien ressort de la 1re phrase de cette disposition ainsi que de l'art. 19, let. a), il doit pouvoir s'exprimer de manière indépendante.

519 Il en va de même des deux dernières conditions visées à l'art. 8, DPMin (la médiation est exclue si tous les participants à la procédure n'y consentent pas et si l'on est pas en présence d'un crime vraisemblablement passible d'une privation de liberté).

520 L'art. 317, al. 5, P-CPP prévoit en effet que «les autorités pénales tiennent compte du résultat de la médiation aboutie de façon appropriée».

521 A propos de la participation des représentants légaux à la procédure, cf. art. 13.

Il est à noter que le prévenu mineur et ses représentants légaux peuvent se faire assister d'un conseil juridique au sens de l'art. 125, al. 1, P-CPP.

L'al. 2 prévoit la possibilité de restreindre le droit du mineur de participer à certains actes de procédure. Une telle restriction a déjà été évoquée à l'occasion de la consultation du dossier (art. 16) et se justifie eu égard à l'âge et à la vulnérabilité du mineur concerné. Il va de soi que ces restrictions ne touchent en rien le défenseur.

Art. 21 Partie plaignante

Dans la procédure à l'encontre de mineurs, comme dans celle applicable aux adultes, le lésé peut se constituer partie plaignante. L'art. 116, al. 1, P-CPP donne une définition de la partie plaignante qui vaut également pour la PPMin. Pour différentes raisons, parmi lesquelles figurent autant le bien du prévenu mineur que les intérêts des victimes[522], il paraît judicieux de prévoir que le lésé puisse participer à la procédure pénale et comme demandeur au civil. Ses droits procéduraux sont largement restreints par rapport à ceux qu'il peut faire valoir en procédure pénale ordinaire. En effet, dans le souci évident de protéger le prévenu mineur, la partie plaignante ne peut participer à l'instruction que si cela ne porte pas atteinte aux intérêts du mineur. Sa présence aux débats est même exclue, à moins que des circonstances particulières ne l'exigent. Ces restrictions sont à mettre en relation avec l'exigence du huis clos prévue à l'art. 15.

Art. 22 Procureur des mineurs

Il a déjà été question du procureur des mineurs à l'art. 6. Rappelons ici qu'il serait souhaitable que le procureur des mineurs soit spécialisé dans les affaires de mineurs et qu'il soit spécifique, c'est à dire qu'il ne devrait pas pouvoir intervenir par ailleurs dans des affaires concernant des adultes.

A moins que le tribunal n'exige sa présence, le procureur des mineurs est libre d'intervenir aux débats ou de s'abstenir de représenter l'accusation devant le tribunal. S'il s'abstient, il ne sera pas partie au procès (art. 19, let. c). Nous sommes donc ici en présence d'une *lex specialis* par rapport à l'art. 338, al. 3 et 4, P-CPP. A noter que l'art. 338, al 1, 2 et 5, P-CPP s'applique aussi en procédure pénale des mineurs.

Par *«tribunal»* (*al. 2*), il s'agit ici du juge des mineurs dans les cas où il siège en tant que juge unique, au tribunal des mineurs, à l'autorité de recours des mineurs et à l'autorité d'appel des mineurs.

3.4.2 Section 2 **Défense** (art. 23 à 25)

Le droit d'un prévenu d'être assisté par un défenseur appartient aux principes fondamentaux d'un Etat démocratique. Lorsque le prévenu est un enfant ou un adolescent qui n'a pas de connaissances particulières du droit en général et encore moins de la procédure pénale, sa situation est d'autant plus précaire et son besoin d'être conseillé et soutenu d'autant plus important.

Le mineur et ses représentants légaux disposent du droit d'être assistés du défenseur de leur choix (*art. 23*). Il semble aussi nécessaire d'attribuer au mineur un défenseur

522 Cf. le détail des raisons dans le rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 79 ss

obligatoire dans certaines situations, notamment lorsqu'il a été détenu, si la cause est particulièrement grave et compliquée ou lorsqu'il est évident qu'il ne peut se défendre seul (*art. 24*). Le droit à la gratuité de la défense est garanti si les intéressés sont indigents et lorsque certaines conditions sont remplies (*art. 25*).

Cependant, il faut aussi être conscient que la multiplication des intervenants judiciaires ralentit le procès pénal, augmente la stigmatisation et interrompt le lien direct entre le juge et le mineur. Il s'agit donc de trouver, dans chaque cas, un équilibre entre le droit d'être défendu et l'intervention systématique des défenseurs.

Art. 23 Défense privée

Cet article concrétise le principe fondamental selon lequel le prévenu mineur a le droit de choisir librement son défenseur. Il est le pendant de l'art. 127 P-CPP et reprend par analogie la teneur de l'art. 40 DPMin.

Art. 24 Défense obligatoire

Cette disposition reprend, dans ses grandes lignes, l'art. 40, al. 2, DPMin, en le formulant d'une manière un peu différente dans le but de distinguer clairement les différentes hypothèses où une défense est obligatoire.

En cas de défense obligatoire, le mineur a aussi le droit de choisir son défenseur. S'il ne fait pas usage de ce droit, un défenseur lui sera commis d'office par l'autorité compétente (cf. art. 131, P-CPP). Cette dernière est toujours l'autorité devant laquelle la cause est pendante au moment où la question de la défense obligatoire se pose.

Art. 25 Défense gratuite

Lorsque le mineur ou ses parents ne sont pas en mesure d'assumer eux-mêmes les frais liés à la défense, une défense d'office gratuite est possible, pour autant qu'une défense obligatoire soit instaurée (*let. a*) ou que la difficulté de la cause le justifie (*let. b*).

Dans ces situations, l'autorité compétente désigne un défenseur d'office gratuit en tenant compte, dans la mesure du possible, des souhaits du prévenu mineur.

3.5 Chapitre 5 Procédure

3.5.1 Section 1 **Instruction** (art. 26 à 32)

Art. 26 Police

Malgré quelques réticences exprimées lors de la procédure de consultation, il apparaît logique que la police soit soumise aux directives de l'autorité d'instruction, à savoir, en matière de droit pénal des mineurs, le juge des mineurs. La police reste administrativement subordonnée à sa propre hiérarchie; elle enquête sur des infractions qui impliquent un mineur, elle reçoit ses directives du juge des mineurs, éventuellement du tribunal des mineurs. Dans ce contexte, il faut rappeler qu'il peut s'agir de la même police que celle qui agit pour le compte du ministère public en matière de procédure pénale ordinaire. Il n'est en effet pas prévu d'exiger de chaque

canton qu'il désigne une police spécialisée pour les mineurs (brigades des mineurs) même si ce modèle est connu dans différents cantons.

Art. 27 Juge des mineurs comme autorité d'instruction

Il appartient au juge des mineurs d'instruire l'affaire. Par conséquent, il exerce toutes les compétences que la procédure pénale ordinaire attribue au ministère public en matière de procédure pénale destinée aux adultes. De plus, il ordonne lui-même les mesures de contrainte prévues par la loi, y compris en matière de surveillance secrète, qui n'ont pas besoin d'être autorisées par une autre autorité. Il en va de même des mesures de protection et d'observation que prévoit la loi régissant la condition pénale des mineurs (art. 12 à 15 DPMin).

Art. 28 Collaboration

Les missions imparties par l'art. 9 DPMin (enquête sur la situation personnelle du mineur, observation et expertise) au juge des mineurs, nécessitent qu'il travaille sur un mode interdisciplinaire et qu'il dispose de sources de renseignements fiables. *L'art. 28, al. 1,* énumère de manière globale les instances officielles et les institutions publiques ou privées avec lesquelles il doit collaborer et desquelles il peut requérir les renseignements dont il a besoin. Il s'agit ici des instances judiciaires, notamment des tribunaux civils déjà intervenus pour des questions de divorce par exemple, des tribunaux pénaux qui connaissent la situation d'un parent ou de co-auteurs majeurs, de l'instance tutélaire qui s'occupe d'autres membres d'une même fratrie, des services de protection de l'enfance, des offices médico-pédagogiques, de tous les services sociaux cantonaux, régionaux, communaux, voire privés, des différentes ligues et associations professionnelles, de l'organisation scolaire bien sûr, sans oublier les particuliers (médecin, conseiller en orientation, psychologue, entraîneur, etc.), qui souvent détiennent des informations précieuses.

Pour que cette collaboration fonctionne, tous ces intervenants ont l'obligation de fournir les renseignements demandés, sous réserve du secret de fonction et du secret professionnel (*al. 2*).

Art. 29 Mesures ordonnées à titre provisionnel et observation

L'autorité compétente au sens des art. 5 et 9 DPMin peut ordonner des mesures de protection à titre provisionnel et une observation dans le cadre de l'enquête sur la situation personnelle du mineur. La présente disposition indique que les mesures et l'observation doivent être ordonnées par une décision écrite et motivée (*al. 1*).

L'al. 2 prévoit que, telle une période de détention avant jugement, l'observation institutionnelle doit être imputée sur la peine privative de liberté à laquelle le mineur prévenu sera éventuellement condamné.

Art. 30 Détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté

Cette disposition doit être lue en liaison avec les art. 219 ss, P-CPP. Le tribunal des mesures de contrainte n'existant pas dans la procédure pénale applicable aux mineurs, l'autorité habilitée à prononcer la détention provisoire est le juge des mineurs. La détention pour des motifs de sûreté, quant à elle, est de la compétence du tribunal

des mineurs devant lequel la cause est pendante. La décision doit toujours être motivée par écrit.

Les conditions nécessaires au prononcé d'une détention provisoire ou d'une détention pour des motifs de sûreté ne sont pas réglementées de manière séparée; elles correspondent donc à celles qui s'appliquent en procédure pénale ordinaire (art. 220, P-CPP). La détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté d'un adulte comme d'un mineur sont des mesures exceptionnelles qui impliquent que l'autorité compétente examine, et ce de manière plus rigoureuse encore pour les mineurs, toutes les mesures de substitution possibles, avant d'ordonner une privation de liberté. Par mesures de substitution, on entend non seulement celles figurant dans la liste – non exhaustive par ailleurs – de l'art. 236 P-CPP, mais aussi toutes les mesures, même les plus originales, permettant d'éviter à un mineur de se trouver en milieu pénitentiaire.

L'al. 3 prévoit qu'une détention provisoire prononcée par le juge des mineurs ne peut pas durer plus de sept jours. Si une prolongation s'impose au-delà de ces sept jours, le tribunal des mineurs est alors compétent. Le juge des mineurs lui adresse une demande à cet effet, demande sur laquelle le tribunal des mineurs est tenu de statuer dans un délai de trois jours. Afin d'éviter des détentions provisoires excessivement longues, la prolongation ne peut être octroyée que pour un mois à la fois et doit donc être reconsidérée périodiquement. Ainsi, à l'échéance du délai d'un mois, le juge des mineurs doit présenter une nouvelle demande de prolongation.

Ce troisième alinéa ne concerne que la détention provisoire et non la détention pour des motifs de sûreté qui, elle, n'est pas limitée dans sa durée. Il va toutefois de soi que le mineur en détention pourra en tout temps déposer une demande de mise en liberté, conformément à *l'al. 4*.

A la suite d'une demande de mise en liberté, l'autorité qui a statué sur la détention provisoire ou pour des motifs de sûreté doit rendre par écrit, dans les trois jours, une décision motivée. Cette dernière peut ensuite faire l'objet d'un recours, devant le tribunal des mineurs en cas de détention provisoire (*al. 5, let. a*) ou devant l'autorité de recours des mineurs en cas de détention pour des motifs de sûreté (*al. 5, let. b*).

L'al. 6 prévoit que la décision faisant suite à un tel recours doit être prise aussi vite que possible – soit en quelques jours au maximum – à la suite d'une procédure contradictoire, c'est-à-dire après avoir offert au mineur en détention la possibilité de s'exprimer devant le tribunal des mineurs l'autorité de recours.

Art. 31 Exécution de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté

L'al. 1 reprend le principe de l'art. 6, al. 2, DPMin.

L'al. 2 introduit la possibilité pour le mineur de demander à être occupé et ce, dans l'objectif de réduire les éventuels effets néfastes de l'isolement et de l'oisiveté.

Art. 32 Ordonnance pénale

L'ordonnance pénale est réglée aux art. 355 ss, P-CPP. De manière générale, ces dispositions s'appliquent également aux mineurs, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32. Ainsi, l'ordonnance pénale adressée à des prévenus mineurs n'est envisageable que pour prononcer les sanctions que le juge des mineurs est autorisé à

infliger en tant que juge unique, à l'exclusion donc de toutes les sanctions réservées au tribunal des mineurs en vertu de l'art. 33, al. 2.

A la différence de la procédure pénale ordinaire, le présent article permet de prononcer aussi des mesures par ordonnance pénale (*al. 1*).

Avant de rendre son ordonnance pénale, le juge des mineurs procédera ordinairement à une audition du mineur. Il peut cependant y renoncer, notamment en matière de contraventions.

Le juge des mineurs peut aussi statuer par l'intermédiaire d'une ordonnance pénale sur des prétentions civiles, pour autant que celles-ci ne soient pas contestées (*al. 3*). Cette disposition a pour but d'éviter au mineur de devoir passer encore devant une autre autorité judiciaire pour la même affaire.

A l'instar de ce qui est prévu en procédure pénale ordinaire, le mineur peut faire opposition à l'ordonnance pénale par écrit. La procédure prévue aux dispositions régissant les débats s'applique.

3.5.2 Section 2 **Débats** (art. 33 à 36)

En principe, en matière de débats, les art. 33 ss s'appliquent et non les dispositions de la procédure pénale. En tant que les art. 33 ss ne contiennent pas de règles particulières (notamment lorsque le tribunal désire administrer de nouvelles preuves), les dispositions de la procédure pénale applicable aux adultes s'appliquent par analogie, conformément à la règle générale de l'art. 3.

Art. 33 Compétence

Cette disposition règle le partage de compétences entre le juge des mineurs et le tribunal des mineurs. La règle générale de *l'al. 1* prévoit que le juge des mineurs juge toujours en première instance, à l'exception de deux cas de figure: lorsqu'une ordonnance pénale a été rendue sans faire l'objet d'une opposition, il n'y aura pas de débats, ni devant le juge des mineurs, ni devant le tribunal des mineurs. Mais si le destinataire de l'ordonnance pénale fait opposition, l'affaire doit être renvoyée devant un tribunal de première instance (au sens de l'art. 7). Le projet prévoit un retour au juge des mineurs, plutôt qu'un renvoi devant le tribunal des mineurs. La raison principale en est qu'en l'absence d'autorité pénale compétente en matière de contraventions (cf. supra, ad art. 6), bon nombre d'affaires seront réglées par le juge des mineurs par la voie de l'ordonnance pénale, engendrant inévitablement un nombre certain d'oppositions. Renvoyer toutes ces oppositions devant le tribunal des mineurs plutôt que devant le juge des mineurs représenterait une charge de travail substantielle (puisque le tribunal des mineurs comprend trois personnes). Le parallélisme avec le droit des adultes et le fait que le mineur condamné peut toujours faire appel à la suite de la sanction prononcée justifient que le juge des mineurs statue sur l'opposition (*let. b*). Cette solution est compatible avec les engagements pris par la Suisse sur le plan international[523]. La deuxième exception (*let. c*) concerne toutes les affaires qui sont du ressort du tribunal des mineurs.

523 Quant à la compatibilité de l'union personnelle du juge qui instruit l'affaire et qui statue au fond, cf. infra, ch. 1.6.5.

L'al. 2 énumère exhaustivement les infractions pour lesquelles le tribunal des mineurs est compétent en première instance. Il s'agit de toutes celles pour lesquelles il y a lieu de prévoir un placement (art. 15 DPMin), une amende de plus de 1000 francs (art. 24, DPMin) ou une peine privative de liberté de plus de trois mois (art. 25 DPMin)[524].

Selon *l'al. 3*, si le tribunal des mineurs est saisi d'une affaire pour laquelle sa compétence paraissait acquise mais qui s'avère après coup être de la compétence du juge des mineurs, il peut soit trancher lui-même en première instance, soit renvoyer la cause au juge des mineurs.

L'al. 4 indique que le juge des mineurs ou, lorsqu'il est saisi, le tribunal des mineurs, est compétent pour statuer sur les mesures de contrainte.

Enfin, *l'al. 5* permet au tribunal des mineurs comme au juge des mineurs de statuer sur les prétentions civiles incontestées ne nécessitant pas d'instruction particulière et en état d'être jugées. Si les prétentions civiles nécessitent une instruction particulière, si elles sont contestées ou ne sont pas encore en état d'être jugées, la cause sera renvoyée au juge civil et le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs ne se prononcera que sur l'aspect pénal de l'affaire.

Art. 34 Comparution personnelle et exclusion

Si des débats sont prévus, la comparution personnelle du mineur (et des représentants légaux) devant le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs s'impose en application de deux principes: premièrement, le mineur doit pouvoir s'exprimer personnellement sur toute question et dans toute procédure l'intéressant (art. 12 de la Convention relative du 20 novembre 1989 aux droits de l'enfant[525]) et deuxièmement, il répond personnellement de ses infractions (art. 20, al 2, 2e phrase).

Quant aux représentants légaux, leur obligation de comparaître découle des considérations faites à propos de l'art. 13 (cf. supra, ch. 3.3).

L'instance de jugement peut toutefois renoncer à ces comparutions personnelles, sur requête expresse du mineur ou de ses représentants légaux (*al. 1*). Ce cas sera rare, mais il peut être envisagé pour un mineur qui a déjà été entendu plusieurs fois dans le cadre de l'instruction, pour un mineur malade ou à l'étranger, ou parce que la comparution semble préjudiciable à ses intérêts momentanés.

Outre ce cas d'exemption, *l'al. 2* permet aussi au tribunal d'ordonner de lui-même que certaines personnes soient exclues des débats. Il en va ainsi du prévenu mineur, de ses représentants légaux ou de sa personne de confiance. Cette exclusion se fera principalement dans l'intérêt du mineur.

Art. 35 Procédure par défaut

La procédure par défaut, telle que connue dans la procédure ordinaire (art. 373 ss, P-CPP) ne s'applique pas aux mineurs. Une exception existe toutefois à cette règle, lorsque les quatre conditions énumérées à l'art. 35 sont cumulativement réunies: ainsi, le mineur qui ne se présente pas malgré deux citations à comparaître (*let. a*)

524 Quant aux raisons de ce choix, cf. Rapport explicatif relatif à l'AP-CPP, p. 64 s., sous la rubrique «Article 14».
525 RS **0.107**.

pourra être jugé en son absence, pour autant qu'il ait été entendu au moins une fois par le juge des mineurs durant la procédure (*let. b*) et que les preuves réunies permettent de rendre un jugement en son absence (*let. c*). Il sera alors jugé sur la base des éléments versés au dossier, soit sur l'ensemble des actes d'instruction effectués. Comme quatrième condition, il est en outre prévu que seule une peine entre en ligne de compte (*let. d*), à l'exclusion donc d'une mesure de protection. Il ne semble en effet pas opportun d'imposer une mesure de protection à un mineur qui se soustrait à un jugement du tribunal; la mesure présuppose en effet un minimum d'adhésion de la part du mineur pour qu'elle soit exécutable et éventuellement efficace.

A l'instar de ce qui est prévu pour les adultes, si un mineur a été condamné par défaut, il est nécessaire de prévoir la possibilité d'obtenir un nouveau jugement. Les art. 375 ss, P-CPP s'appliquent dès lors par analogie.

Art. 36 Communication et motivation

La communication orale et immédiate du jugement prévue à *l'al. 1* a une grande valeur éducative. En effet, elle est l'occasion pour le juge des mineurs ou le tribunal des mineurs d'expliquer le contenu du jugement, le sens, le but et la durée prévisible de la sanction ainsi que les modalités de son exécution.

L'al. 2 règle les conditions de renonciation à la motivation écrite et à la notification du jugement. Il déroge aux dispositions de la procédure pénale (art. 80 ss, P-CPP), dont il est, dans ce contexte, une loi spéciale. Cette norme aura une portée pratique certaine et permettra de soulager les instances des mineurs de tâches de rédaction inutiles, pour des causes légères et dans lesquelles l'issue est unanimement approuvée. Il faut mentionner encore que les conditions relatives à la renonciation, prévues aux *let. a à c* sont cumulatives.

3.6 Chapitre 6 Voies de recours (art. 37 à 40)

Comme dans la procédure ordinaire (art. 387 ss, P-CPP), le projet prévoit trois voies de recours: le recours, l'appel et la révision. Celles-ci font l'objet des dispositions du chapitre 6 qui les définit et désigne les autorités compétentes. Pour ce qui est des modalités de recours (délais, forme, etc.), il faudra se reporter aux art. 392 ss, P-CPP.

Art. 37 Qualité pour recourir

Au vu du caractère strictement personnel des voies de droit et du devoir d'assistance des représentants légaux, le droit de recourir est octroyé au mineur (pour autant qu'il soit capable de discernement) et à ses représentants légaux, le premier et les autres pouvant l'exercer en toute autonomie. Cette réglementation reprend l'art. 41, al. 2, DPMin mais y apporte toutefois un complément, au regard de l'art. 13, al. 1, P-CPP: en l'absence de représentants légaux, l'autorité civile est elle aussi habilitée à recourir, indépendamment d'un éventuel recours du mineur prévenu ou condamné.

Dans la mesure où le ministère public a soutenu l'accusation devant le tribunal de première instance, il est également fondé à déclarer l'appel.

Art. 38 Recours

Les motifs de recours sont énumérés à l'art. 401 P-CPP et valent également pour la procédure applicable aux mineurs dans la mesure où les autorités énumérées y existent. Ainsi, les références aux autorités pénales en matière de contraventions et au tribunal des mesures de contrainte ne s'appliquent pas ici. Par contre, la procédure applicable aux mineurs comprend des spécificités nécessitant d'ajouter certains motifs de recours à la liste figurant dans la procédure pénale ordinaire. C'est ainsi que le recours est également recevable contre des mesures de protection ordonnées à titre provisionnel (art. 5 DPMin), contre la décision ordonnant l'observation (art. 9 DPMin) et contre la décision de limiter la consultation du dossier (art. 16).

Former recours contre une décision revient toujours à déférer celle-ci à l'autorité supérieure. Ainsi, le juge des mineurs intervient comme autorité de recours contre les actes de la police, le tribunal des mineurs contre les actes du juge des mineurs, et l'autorité de recours des mineurs contre les actes du tribunal des mineurs.

Dans les cas où, en application de l'art. 7, al. 3, il y aurait union personnelle entre le juge des mineurs et la qualité de membre du tribunal des mineurs en cas de recours interjeté contre un acte de procédure effectué par le juge des mineurs, ce dernier ne pourra pas être membre du tribunal des mineurs appelé à se prononcer, en application de l'art. 10, al. 1, let. c. Il en va de même des actes effectués durant l'exécution de la sanction, pour lesquels le juge des mineurs est compétent selon l'art. 41.

Art. 39 Appel

L'autorité d'appel des mineurs statue sur les appels interjetés contre les jugements de première instance, qu'ils aient été rendus par le juge des mineurs ou par le tribunal des mineurs (*al. 1, let. a*). La même autorité statue également sur l'effet suspensif de l'appel interjeté, lorsque le mineur est sous le coup d'une mesure de protection ordonnée à titre provisionnel (*let. b*). En effet, s'il est parfois justifié de suspendre la mesure, il peut aussi paraître opportun d'en poursuivre l'exécution malgré la déclaration d'appel en supprimant l'effet suspensif de cette voie de droit (art. 409 P-CPP).

L'al. 2 prévoit qu'à l'instar du juge des mineurs durant l'instruction (art. 27, al. 3, let. a) et du tribunal des mineurs lorsqu'il est saisi (art. 33, al. 4), l'autorité d'appel des mineurs ordonne les mesures de contrainte prévues par la loi lorsqu'elle est saisie.

Art. 40 Révision

Les art. 417 ss, P-CPP sur la révision dans la procédure ordinaire s'appliquent également aux mineurs. *L'art. 40* indique dès lors uniquement l'autorité compétente en la matière, à savoir le tribunal des mineurs.

3.7 Chapitre 7 **Exécution** (art. 41 et 42)

Art. 41 Compétence

Les art. 16, 17, 19, 23, 24, 28, 29, 31,45 et 47 DPMin octroient des compétences à «l'autorité d'exécution». Il s'agit donc ici de la désigner. Le choix s'est porté en priorité sur le juge des mineurs (*al. 1, let. a*), à moins que le tribunal des mineurs ait

prononcé la sanction. L'exécution de cette dernière est alors confiée au président du tribunal des mineurs (*let. b*). L'art. 447 P-CPP ne s'applique dès lors pas en matière de droit pénal des mineurs.

L'al. 2 tient compte du fait que l'autorité d'exécution ne peut tout faire à elle seule; elle doit donc avoir la possibilité de recouvrir à des établissements publics ou privés et à des particuliers actifs dans ce domaine.

Art. 42 Voies de recours

Il va de soi que les décisions liées à l'exécution de la sanction peuvent avoir un impact important sur la situation personnelle du mineur, voire peuvent entraver notablement sa liberté individuelle. Le projet donne donc au mineur et à ses représentants légaux la faculté de contester par la voie d'un recours certaines décisions prises en matière d'exécution (*al. 1*).

3.8 Chapitre 8 **Frais** (art. 43 et 44)

Dans ce chapitre consacré aux frais, on distingue les frais de procédure des frais d'exécution, les premiers sont à la charge du canton de domicile du mineur, et les seconds reviennent pour une part au canton de domicile et pour une autre part au canton où le jugement a été rendu.

Art. 43 Frais de procédure

Cette disposition traite des frais de procédure proprement dits (enquête, frais de police, traductions, rapports d'experts, etc.). Ceux-ci sont mis à la charge du canton dans lequel le prévenu mineur a son domicile lors de l'ouverture de la procédure. Ces frais peuvent intégralement ou partiellement être mis à la charge du mineur condamné ou de ses parents, lorsque ceux-ci sont en mesure de les payer.

Les frais d'observation ou de placement provisoire doivent être considérés comme des frais d'exécution de mesures de protection, et non comme des frais de procédure (cf. art. 44, al. 1, let. b).

Art. 44 Frais d'exécution

Cette disposition reprend pour l'essentiel l'art. 43 DPMin. L*'al. 1*, *let. b,* précise que sont réputés frais d'exécution également les frais occasionnés par l'observation ou le placement à titre provisionnel ordonné pendant la procédure. De tels frais peuvent être très élevés. Ils s'expliquent par le fait que la mesure de protection a été mise en œuvre de manière anticipée ainsi que par la nécessité d'établir exactement les besoins du mineur en matière d'éducation. Ces frais, à l'instar de ceux de l'exécution de la sanction infligée doivent en règle générale être supportés par le canton dans lequel le mineur avait son domicile lors de l'ouverture de la procédure (*al. 2*).

3.9 Chapitre 9 Dispositions finales

3.9.1 Section 1 Modification du droit en vigueur (art. 45)

Art. 45

Le code pénal et le droit pénal des mineurs[526] contiennent des dispositions de procédure qui doivent être abrogées, dans la mesure où elles sont redondantes, voire contradictoires avec les dispositions de la présente loi (*al. 1*). *L'al. 2* poursuit le même but que l'art. 453, al. 2, P-CPP.

3.9.2 Section 2 Dispositions transitoires (art. 46 à 52)

Art. 46 Droit applicable

Cette disposition reprend le sens et l'esprit de l'art. 454 P-CPP, qui prévoit que le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur sous réserve d'exceptions expresses et ce à n'importe quel stade de la procédure.

Selon PPMin, l'ancien droit sera appliqué dans quatre cas spécifiques (art. 46, 2e phrase, 48, al. 2, 49, al. 1, et art. 50, al. 1).

Art. 47 Compétence

Cet article s'inspire de l'art. 455 P-CPP et statue qu'en règle générale, les autorités compétentes en vertu du nouveau droit entrent en fonction immédiatement à l'entrée en vigueur de la procédure pénale applicable aux mineurs, sous réserve d'exceptions expresses.

Selon le projet, les autorités compétentes jusqu'alors poursuivront leur activité après l'entrée en vigueur de la procédure pénale applicable aux mineurs, dans les cas prévus aux art. 48, al. 2, art. 50, al. 1, et 52, al. 1.

L'al. 2 de cette disposition fait référence aux modalités de transfert de compétences de l'ancienne à la nouvelle autorité.

Art. 48 Procédure de première instance

Cette disposition distingue deux hypothèses différentes, soit lorsque le droit cantonal connaît déjà une instance spécialisée en matière de justice pénale des mineurs (*al. 1*) et lorsqu'il ne connaît pas encore une telle autorité (*al. 2*). Dans le premier cas, les anciennes autorités poursuivent leur activité, en appliquant le nouveau droit (art. 46), notamment en ce qui concerne la question de l'incompatibilité de fonction du juge des mineurs (art. 10), pour autant que la procédure soit déjà pendante au sens de l'art. 329 P-CPP (réception de l'acte d'accusation par le tribunal). Si la procédure en est encore au stade de l'instruction, selon l'art. 47, les nouvelles autorités sont compétentes. Lorsque le droit cantonal ne connaît pas de tribunal des mineurs, les autorités compétentes jusqu'alors qui ont déjà ouvert les débats en vertu de l'art. 339 P-CPP, poursuivent leur activité en appliquant l'ancien droit, sous réserve des dispo-

526 FF **2003** 3390

sitions de procédure figurant à l'art. 51 qui valent dans tous les cas après l'entrée en vigueur de la loi PPMin.

Art. 49 Procédure par défaut

L'al. 1 prévoit une exception à la règle générale des art. 46 et 47 en disposant que lorsqu'un jugement a été rendu par défaut avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'ancien droit s'applique et les autorités compétentes jusqu'alors poursuivent la procédure, tant en ce qui concerne l'examen de la validité de la demande de nouveau jugement que la procédure de nouveau jugement elle-même. Cette dérogation au principe général a pour but de simplifier la tâche des autorités cantonales et de ne pas leur imposer de reprendre depuis le début des procédures en phase d'achèvement. Dans cette hypothèse, les principes de procédure mentionnés à l'art. 51 devront être respectés.

L'al. 2 règle le cas particulier des cantons qui ne connaissent pas de procédure par défaut en droit pénal des mineurs. A noter que le nouveau droit s'applique aussi dans les cantons qui connaissent le défaut, si le jugement par défaut est rendu après l'entrée en vigueur de la PPMin.

Art. 50 Voie de recours

La 1re phrase de l'al. 1 reprend en substance l'art. 459, al. 1, P-CPP, selon lequel les autorités compétentes jusqu'alors conservent leurs prérogatives lorsqu'une voie de recours est introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Elles appliquent alors l'ancien droit, sous réserve des principes énumérés à l'art. 51. Il est aussi précisé dans l'hypothèse où un canton ne connaîtrait aucune possibilité de recourir, que le nouveau droit s'applique aux décisions rendues sous l'empire de l'ancien droit. Cette deuxième phrase ne s'applique pas aux cantons qui aujourd'hui connaissent d'autres voies de droit que celles prévues par la PPMin (par exemple, le recours en nullité au lieu de l'appel). En revanche, le nouveau droit sera applicable aux voies de droit introduites après l'entrée en vigueur PPMin, même si elles concernent une décision qui a été rendue selon l'ancien droit.

L'al. 3 renvoie à la réglementation du code de procédure pénale ordinaire qui prévoit expressément l'application du nouveau droit et la compétence des nouvelles autorités, lorsque l'autorité de recours renvoie la cause à l'instance inférieure pour nouveau jugement.

Art. 51 Principes de procédure du nouveau droit réservés

Cette disposition garantit l'application uniforme de certaines règles fondamentales de procédure lorsque le présent projet prévoit l'application de l'ancien droit après l'entrée en vigueur de la PPMin (cf. supra, commentaire ad art. 46).

Art. 52 Exécution

Cette disposition a pour but d'atténuer les difficultés liées au changement d'autorité d'exécution, notamment dans les cas d'exécution d'une mesure proche de son terme. *La deuxième phrase de l'al. 1* laisse aux autorités la latitude de décider dans quels cas l'exécution de la mesure doit être transférée à la nouvelle autorité.

4 Conséquences financières et effet sur le personnel

4.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

Ainsi que nous l'avons relevé dans le chap. 1 du présent message, le code unifié est destiné à remplacer les codes cantonaux de procédure ainsi que la loi fédérale sur la procédure pénale (PPF)[527]. Cette réforme aura des conséquences chaque fois limitées à la collectivité publique qu'elle touche. En d'autres termes, l'introduction de la procédure pénale unifiée dans les cantons n'aura, pour la Confédération, pas de conséquences, notamment financières. Inversement, les adaptations auxquelles il faudra procéder au niveau fédéral n'auront pas de répercussions sur les cantons.

Il est impossible de prédire avec une certaine fiabilité l'ampleur des incidences qu'aura l'unification de la procédure pénale. Les coûts de la justice dépendent d'une multitude de facteurs. La législation n'est que l'un de ces facteurs et il n'est pas le plus important; d'autres éléments influent aussi sur ces coûts. Parmi ceux-ci citons, au premier chef, les comportements que le législateur pénal décide de sanctionner, le type et le nombre des infractions à poursuivre et à juger, enfin la manière dont les autorités de poursuite pénale tirent parti de la latitude que leur laisse le code de procédure. Ces éléments étant posés, il n'y a pas lieu de supputer que l'introduction d'une nouvelle procédure pénale unifiée *en tant que telle,* c'est-à-dire en faisant abstraction des facteurs externes, induise un surcroît de coûts ou, au contraire, des économies considérables. En d'autres termes, le remplacement des 26 codes cantonaux de procédure pénale et de la loi fédérale sur la procédure pénale devrait, en principe, être une *opération financièrement neutre.* Cette affirmation vaut, tout au moins, compte tenu du fait que les normes de la procédure pénale unifiée s'inspirent largement de procédures et d'institutions juridiques qui sont déjà largement répandues en Suisse aujourd'hui.

Néanmoins le projet de nouvelle procédure pénale préconise certaines réglementations qui n'ont pas cours au niveau fédéral ni dans la majorité des cantons et qui sont théoriquement de nature à occasionner des frais ou, au contraire, des économies supplémentaires.

S'agissant tout d'abord des *règles de procédure* proprement dites, il convient de citer:

- Instauration d'un *principe d'opportunité mesuré* (art. 8 P-CPP; art. 5, P-PPMin.): cette règle devrait avoir tendance à se traduire par des économies puisqu'elle élargira les possibilités de renoncer à la poursuite pénale;
- *Conciliation et médiation* (art. 316 et 317 P-CPP; art. 17 et 18 P-PPMin): cette règle devrait engendrer des économies Le potentiel d'économies sera d'autant plus important que l'on aboutira rapidement à un accord et, partant, que la procédure pourra être classée.
- *Possibilité de conclure des arrangements entre le ministère public et le prévenu* (art. 365 ss, P-CPP): cette innovation devrait aussi induire des économies, parce qu'elle permet de simplifier notablement la procédure (la procédure préliminaire en sera écourtée, voire abandonnée et le cas ne sera examiné que sommairement par le tribunal).

[527] RS **312.0**

– *Extension du champ d'application de la procédure de l'ordonnance pénale* (art. 355 ss, P-CPP; art. 32, P-PPMin): cette extension devrait générer des économies puisque cette procédure pourra être appliquée même pour des peines privatives de liberté n'excédant pas 6 mois (P-CPP) ou 3 mois (P-PPMin).

– *Renforcement des droits des* parties, notamment des droits de la défense: selon la réglementation des droits des parties dans les différents codes de procédure en vigueur actuellement, un surcroît de charges paraît possible.

– Il en va de même du renforcement du *principe de l'immédiateté des débats* (art. 344 P-CPP).

– *Elargissement des possibilités de demander des informations dites «accessoires» en cas de surveillance de la correspondance par télécommunication* (art. 272 P-CPP): il est prévisible que ces nouvelles normes occasionnent des charges supplémentaires à la Confédération (Service des tâches spéciales du DETEC).

Même sous l'empire de la procédure pénale unifiée, *l'organisation judiciaire* continuera dans une large mesure à être du ressort de la collectivité publique considérée (art. 14). Toutefois, cette latitude organisationnelle ne saurait être totale. En effet, sans une harmonisation minimum des organisations judiciaires, il est impossible de parvenir à une unification de la procédure pénale[528]. Certaines réformes qui devront être apportées à l'organisation judiciaire en vigueur exigeront des adaptations des autorités pénales; d'un point de vue financier, celles qui auront les incidences les plus nettes sont les suivantes (cf. ch. 4.1.1 et 4.1.2):

– Adoption du *modèle «ministère public»* (art. 12 P-CPP): cette mesure pourrait bien engendrer des économies puisqu'elle permet de renoncer aux juges d'instruction et de passer à un système d'instruction préliminaire dans lequel les investigations, l'instruction et la mise en accusation relèvent de la responsabilité du seul ministère public.

– Instauration d'un *tribunal des mesures de contrainte* (art. 13, let. a, P-CPP): cette innovation devrait, en principe, être neutre sur le plan des coûts, sauf peut être dans les cantons dont les procédures pénales ne connaissent pas encore l'institution du juge de la détention, compétent pour ordonner la détention provisoire.

– Possibilité de *déclarer l'appel également dans les affaires relevant de la juridiction fédérale*: l'introduction de la possibilité de faire appel des jugements du Tribunal pénal fédéral entraînera un surcroît de charges, qu'il est impossible de supputer, dans l'état actuel des choses. Son ampleur dépendra non seulement de l'évolution du nombre des causes dont devra connaître ce tribunal et du nombre des jugements de première instance qui feront l'objet d'un appel, mais encore du type de procédure d'appel (orale ou écrite) qui sera appliqué dans le cas d'espèce. Le P-CPP prévoit des règles différenciées selon que le choix se porte sur l'un ou l'autre type. La manière dont cette autorité d'appel sera organisée est, elle aussi, susceptible d'engendrer des conséquences financières différentes.

528 Cf. supra ch. 1.5.1.3.

A combien se monteront l'augmentation des charges financières ou, au contraire, les économies dans chaque cas? La réponse à cette question est fonction de la mesure dans laquelle les praticiens de la justice pénale feront usage des règles de procédure et des institutions juridiques dont il vient d'être question. En proposant l'adoption des deux projets, le Conseil fédéral entend établir pour l'avenir une codification qui donne aux autorités pénales les moyens à la fois de raccourcir, de simplifier et d'accélérer les procédures pénales, tout en sauvegardant les intérêts de la collectivité et des parties au procès, et en respectant les valeurs qui fondent l'Etat de droit. Etant donné la tendance générale à l'augmentation des coûts, ces moyens et le potentiel d'économies qu'ils recèlent prendront de plus en plus d'importance dans le domaine de la justice pénale également

4.1.1 Adoption du modèle «ministère public»

Dans le cadre de l'unification de la procédure pénale, il est prévu que la procédure préliminaire se déroule selon ce qu'il est convenu d'appeler le «modèle ministère public II». Ce modèle, ainsi que les trois autres modèles de poursuite pénale qui ont actuellement cours en Suisse, sont décrits dans le chap. du présent message[529]. Le modèle «ministère public II» est caractérisé par le fait que le ministère public dirige les investigations de la police, conduit l'instruction, dresse l'acte d'accusation et soutient l'accusation devant le tribunal, assumant ainsi les fonctions qui échoient aujourd'hui aux juges d'instruction dans d'autres modèles.

4.1.1.1 Incidences sur l'organisation des autorités chargées de l'instruction et des autorités compétentes pour la mise en accusation

Il est évident que les cantons qui ont, d'ores et déjà, instauré le modèle «ministère public II»[530], n'auront à apporter à leur organisation aucune modification ou, à la rigueur, que des retouches mineures. Dans les autres cantons ainsi qu'au niveau de la Confédération, il sera indispensable de procéder à des transferts de compétence de plus ou moins grande ampleur entre les offices actuels des juges d'instruction et les ministères publics existants.

Ces transferts seront moins conséquents dans les cantons qui appliquent d'ores et déjà le modèle «juge d'instruction II»[531]; en effet, dorénavant les juges d'instruction qui jouent aujourd'hui le rôle dévolu aux procureurs, assumeront l'entière responsabilité des investigations, de l'instruction et de la mise en accusation, éventuellement sous la surveillance d'un premier procureur ou d'un procureur général.

C'es sont les organisations fondées sur le modèle *juge d'instruction I*[532] ou *ministère public I*[533] qui exigeront les réformes les plus incisives, notamment en ce qui concerne la répartition traditionnelle des rôles entre l'autorité indépendante de

529 Cf. supra ch. 1.5.2.1.
530 BS, TI, SG, AI, SO, ZH; partiellement aussi BL – les caractéristiques des différents modèles sont exposées au ch. 1.5.2.1, supra.
531 LU, SZ, BE, OW, NW, BL (en partie), AR, SH, GR und TG.
532 GL, ZG, FR, VD und VS.
533 Celles d'UR, AR, NE, GE, JU et de la Confédération.

poursuites pénales incarnée par le juge d'instruction, d'une part, et l'autorité compétente pour la mise en accusation, incarnée par le ministère public, d'autre part. Dans les cantons concernés, les juges d'instruction actuels se mueront eux aussi en procureurs, assumant l'entière responsabilité de la procédure préliminaire, y compris la mise en accusation et la soutenance de l'accusation devant le tribunal. En revanche, il n'y aura pas lieu de modifier la règle selon laquelle la police agit conformément aux directives du ministère public.

4.1.1.2 Incidences sur les coûts de la justice

De par la nature même du domaine concerné, il est difficile d'établir des prévisions sur les incidences financières de l'introduction du modèle «ministère public» à l'échelon de la Suisse, d'autant que nous ne disposons d'aucun calcul à ce sujet. Du reste, un tel calcul ne semble guère réalisable puisque, dans le domaine de la justice pénale, les coûts ne sont pas seulement fonction du modèle d'instruction choisi. Ils dépendent également d'une multitude d'autres facteurs, notamment de la manière dont est conçue la procédure pénale en général, de l'évolution du nombre des affaires et de la nature des infractions à poursuivre.

Ce point de vue est corroboré par les réponses à une enquête que l'Office fédéral de la justice a menée, en 2003, auprès des cantons qui sont passés récemment au modèle «ministère public II» ou qui envisagent de l'adopter[534]. Des réponses, il ressort en substance, ce qui suit:

- D'une manière générale, le cantons en question ont relevé que les conséquences financières et les incidences sur les effectifs du personnel ne pouvaient pas être estimées isolément d'autres facteurs qui ne tiennent pas au changement de modèle lui-même. Au nombre de ceux-ci, on cite notamment un accroissement accentué de la charge de travail depuis l'adoption du nouveau modèle, la nécessité de remanier les dossiers en instance issus de l'ancienne organisation, enfin le surcroît de travail et de charges occasionné par le renforcement des droits de procédure des prévenus et des victimes, la nature des infractions[535] ou encore la personnalité même des suspects[536]. Ces facteurs externes empêchent tout calcul et toute prévision quelque peu précis.
- Plusieurs cantons relèvent qu'en dépit de l'indéniable gain d'efficacité qu'a permis l'adoption du nouveau modèle, celui-ci se traduit ou risque de se traduire, à certains égards, par des charges supplémentaires (instauration de juges de la détention[537] et accroissement du nombre des recours interjetés contre les prononcés du ministère public[538].

534 AI, BL, SG, SO, TI, ZH et ZG (qui envisage de passer au modèle «ministère public»). Tous les cantons interpellés ont répondu, sauf SO.
535 TI note principalement un accroissement du nombre des affaires complexes de criminalité économique.
536 SG mentionne la nécessité de faire appel de plus en plus souvent au service d'interprètes lors des auditions ou encore de procéder de plus en plus fréquemment aux interrogatoires dans des centres de détention aux fins d'instruction, par mesure de sûreté.
537 SG et AI. BL fait remarquer que même dans le modèle «ministère public», le juge de la détention doit connaître le dossier dans ses grandes lignes.
538 AI.

– A une exception près[539], tous les cantons ont, cependant, estimé que (si l'on fait abstraction des facteurs externes) le nouveau modèle devrait – du moins à moyen terme – induire des économies[540]. D'une manière générale, ils fondent cette probabilité sur le fait que le nouveau système permettra d'éviter les travaux faits en double et les pertes de temps qui sont inhérentes à la passation des dossiers entre l'office des juges d'instruction et le ministère public[541]. Un canton qui est passé au modèle «ministère public» à la faveur d'une réorganisation plus vaste des autorités de poursuites pénale[542], a souligné, en outre, que les unités d'instruction plus importantes qu'il a mis sur pied ont permis de mieux répartir la charge de travail, d'employer plus rationnellement le personnel, d'accroître l'efficience des processus internes, de créer des pôles de compétence dans des matières bien spécialisées, de simplifier les suppléances, enfin de mettre sur pied une organisation des services de piquet qui soit supportable pour le personnel. Pour lui, d'autres cantons devraient parvenir à des résultats identiques s'ils ont regroupé des petites unités organisationnelles en unités plus grandes ou s'ils envisagent de le faire.

– Enfin, un autre canton[543] relève que le passage au nouveau modèle (qui n'a guère entraîné de bouleversements étant donné le statut qu'avaient les juges d'instruction dans ce canton) n'a eu aucune incidence sur les effectifs du personnel, en raison de la taille très petite des structures que compte ce canton.

S'agissant de la procédure pénale fédérale également, le Conseil fédéral escompte que l'adoption du modèle «ministère public» se traduise par des économies. La pratique suivie par les autorités de poursuite pénale de la Confédération n'est, aujourd'hui, plus en harmonie avec la conception initiale de la procédure pénale fédérale; la procédure d'investigation de la police a pris de plus en plus le pas sur l'instruction pénale proprement dite. Dans ces conditions, il est inévitable que certaines tâches du Ministère public de la Confédération se recoupent avec celles de l'Office des juges d'instruction fédéraux. La suppression dudit office permettra de mettre fin à cette situation. Quand bien même une partie des ressources consacrées aujourd'hui à l'instruction devront être transférées au Ministère public de la Confédération, on peut supposer qu'il sera possible de réaliser des économies d'une

539 Le canton de Zoug (qui envisage également d'adopter le modèle «ministère public II»), tout en soulignant les indéniables avantages de ce modèle, estime qu'en définitive il induira des coûts supplémentaires, notamment parce qu'il oblige à mettre sur pied une structure de contrôle de la détention. Au sujet de la nécessité d'instaurer une telle structure même dans les autres modèles de poursuite pénale, cf. supra, ch. 1.5.2.3.

540 Selon les estimations dont a fait part M. Pedrazzini, ancien conseiller d'Etat tessinois, lors des auditions relatives au rapport des experts, l'adoption du modèle «juge d'instruction I» (pour lequel les experts ont exprimé leur préférence) obligerait à passer d'un effectif de 15 procureurs et juges des mesures de contrainte à un effectif d'une trentaine de juges d'instruction; cf auditions, p. 31.

541 ZH estime que le potentiel d'économies que recèle le modèle «juge d'instruction» se situe entre 10 et 20 % selon la forme qui sera concrètement donnée à ce modèle.

542 SG: les 14 offices de district des juges d'instruction ont été remplacés par 4 offices régionaux d'instruction et par un office des juges d'instruction compétent pour l'ensemble du territoire cantonal et chargé de tâches spéciales (chacune de ces nouvelles unités est dirigée par un procureur). – Pour des informations détaillées sur cette réforme, cf. *Andreas J. Keller*, Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell II im Kanton St. Gallen, AJP 2004, p 70 ss

543 AI.

ampleur équivalente aux coûts engendrés aujourd'hui par les doublons. Cette estimation vaut tant pour les ressources humaines qu'en ce qui concerne la durée des procédures préliminaires conduites au niveau de la Confédération.

4.1.2 Désignation d'autorités judiciaires existantes ou création de nouvelles autorités judiciaires

4.1.2.1 Tribunal des mesures de contrainte

Le projet prévoit l'instauration d'un *tribunal des mesures de contrainte* (art. 18). Celui-ci est compétent pour ordonner et contrôler la détention provisoire et, en partie aussi, la détention pour des motifs de sûreté ainsi que certaines autres mesures de contrainte[544].

Comparativement à la situation actuelle, le ministère public assumera les fonctions que les codes de procédure pénale en vigueur attribuent, parfois, aux juges d'instruction (ordonner la détention provisoire)[545] ou à des juges de la détention (c'est eux également qui ordonnent la détention provisoire) et, parfois, à d'autres autorités judiciaires telles que les Chambres d'accusation ou les autorités de recours (par exemple, ordonner des écoutes téléphoniques et en contrôler l'exécution). En réalité et dans l'état actuel du droit, les décisions ordonnant, prolongeant et autorisant des mesures de contrainte sont déjà, dans une large mesure, du ressort d'une autorité judiciaire[546]. Le projet ne change rien à cette situation. Il ne fait que conférer uniformément lesdites attributions aux tribunaux des mesures de contrainte. Ce transfert et cette concentration de compétences, ne devraient pas, selon toute probabilité, occasionner un surcroît de travail aux autorités judiciaires.

A quelques exceptions près, les décisions que le tribunal des mesures de contrainte rend en application du code de procédure pénale suisse sont définitives[547]. Cette règle (sous la réserve mentionnée à l'art. 221, al. 2) vaut, en particulier pour les décisions ordonnant ou prolongeant la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté. Dans la mesure où, aujourd'hui, le droit de certains cantons permet de recourir contre les décisions de mise en détention[548], la réglementation proposée contribuera à décharger les autorités de deuxième instance dans les cantons concernés.

S'agissant de la procédure pénale au niveau fédéral, il s'impose de confier les attributions du tribunal des mesures de contrainte à la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. Celle-ci est, d'ores et déjà, compétente pour statuer sur les mesures de

544 Pour de plus amples détails, cf. supra ch. 2.2.1.3.

545 A la lumière de la jurisprudence relative aux art. 5, al. 3, CEDH et 31, al. 3, Cst. on peut réellement se demander s'il existe des cas dans lesquels une telle compétence est encore admissible; cf. supra, ch. 1.5.2.3.

546 Ce constat vaut, en tout état de cause, pour les décisions statuant sur les demandes de libération de la détention, pour celles qui ordonnent des écoutes téléphoniques ou le recours à des agents infiltrés ou encore pour les décisions sur les recours interjetés contre des mesures de contrainte.

547 Cf. art. 221, al. 1. – Les exceptions (c'est-à-dire les décisions qui sont sujettes à recours selon le code de procédure pénale suisse) sont statuées aux art. 221, al. 2, 278, al. 3, 280, al. 3, 284, al. 3, et 297, al. 3.

548 Par exemple, CPP. LU: art. 83bis, al. 2 et 83^{quater}, al. 3; CPP FR: art. 115; CPP BL: art. 85; CPP VS: art. 75, al. 3.

contrainte (art. 28, al. 1, let b de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral [LTPF[549]]). Les modalités seront réglées dans la loi fédérale portant introduction du code de procédure pénale suisse.

4.1.2.2 Autorité de recours

Au nombre des voies de droit ordinaires prévues par le projet figure l'appel, en sus du recours et de la révision. Hormis dans les cas de contraventions, l'appel est un moyen de droit à part entière qui permet donc un réexamen du jugement de première instance tant sous l'angle juridique que du point de vue factuel[550].

Les conséquences de cette réglementation pour les cantons dépendront des conditions de recevabilité de l'appel prévues par le code de procédure pénale de chacun. Sur ce point, le tableau de la situation est très contrasté. En effet, dans les cantons où la recevabilité de l'appel est soumise à des conditions plus libérales que celles qui sont préconisées à l'art. 406[551], la tendance devrait être à un allègement de la charge de travail des juridictions d'appel; en revanche, dans les cantons où l'appel est recevable à des conditions plus strictes[552], force est de prévoir que les juridictions d'appel devront faire face à une charge supplémentaire.

C'est dans les cantons du Tessin et de Neuchâtel que les répercussions devraient être les plus lourdes. En effet, ces cantons ne connaissent nullement l'appel. A la place de celui-ci, ils ont introduit le pourvoi en nullité qui ne permet pas la pleine cognition des faits lorsqu'il est dirigé contre les jugements au fond des tribunaux de première instance. Il est difficile d'estimer la charge supplémentaire qu'imposeront aux actuels tribunaux de cassation de ces cantons, leurs nouvelles activités de juridiction d'appel. La réponse à cette question dépend non seulement du nombre de jugements de première instance qui feront l'objet d'un appel[553], mais encore de la forme qui sera donnée à la procédure d'appel, notamment de la décision qui sera prise dans le cas d'espèce de prévoir une procédure écrite ou orale. Le projet de CPP prévoit les deux possibilités[554] et les règle de manière différenciée.

Une situation similaire se présente au niveau fédéral puisque, dans l'état actuel du droit, les jugements rendus par le Tribunal pénal fédéral ne sont pas sujets à appel. Ainsi que nous l'avons déjà exposé[555], le Conseil fédéral estime cependant qu'il faut prévoir la possibilité de faire appel des prononcés dans les affaires relevant de la juridiction fédérale. Quant à savoir quelle sera la charge à laquelle devra faire face la juridiction d'appel, c'est là une question à laquelle il n'est quasiment pas possible de

549 RS **173.71**
550 Art. 406.
551 Par exemple, CPP UR: art.219, CPP NW: art. 154, CPP FR: art. 211, CPP BL: art. 177, CPP AR: art. 212, CPP AI: art. 142, CPP AG: art. 217.
552 Par exemple, CPP LU: art. 233, CPP ZG: art. 70, CPP SH: art. 310; CPP VD: art. 410 ss, CPP ZH: art. 428, CPP GE: art. 339, al.1c, CPP JU: art. 347.
553 D'une enquête réalisée auprès des différents cantons, il ressort qu'il s'agit en moyenne de 10 à 30 % de l'ensemble des jugements de première instance. – Si TI ne s'est pas prononcé sur cette question, en revanche NE, dans sa réponse à la consultation a prédit des incidences notables sur les coûts de la justice et la longueur des procédures. VD a émis un avis allant dans le même sens (en raison de la procédure d'appel telle qu'elle est préconisée dans l'avant-projet de 2001).
554 Art. 412 et 413.
555 Cf. supra, ch. 1.8.2.

répondre pour les raisons qui viennent d'être évoquées. Un autre facteur d'incertitude s'ajoute à cette situation: pour l'instant, il est encore très difficile d'estimer comment évoluera le nombre des dossiers traités par le Tribunal pénal fédéral. De cette évolution dépendra la nécessité de créer, à moyen terme, une juridiction d'appel fédérale distincte[556].

4.1.3 Suppression d'autorités judiciaires existantes

Dans le cadre de l'unification de la procédure pénale, le recours, l'appel et la révision sont des moyens de droit non seulement nécessaires mais encore suffisants. Il en résulte que le pourvoi en nullité qui existe actuellement dans de nombreux cantons sous les formes les plus diverses est appelé à disparaître en tant que moyen de droit. Sa fonction sera remplacée par celle du recours (art. 401 ss) ou celle de l'appel (art. 406 ss) selon le mode de mise en application du code de procédure pénale suisse qui sera choisi par les cantons. Les incidences sur l'organisation judiciaire se feront sentir, au premier chef, dans les cantons où le système des voies de droit prévu dans le projet de CPP permet de renoncer à des autorités de recours existantes.

La renonciation à des autorités judiciaires existantes semble également possible, pour ne pas dire indiquée, à un autre égard. En effet, le projet ne contient aucune disposition particulière sur les Cours d'assises[557]. Il tient ainsi compte d'une évolution qui s'est poursuivie encore tout récemment: celle de confier de plus en plus souvent aux tribunaux permanents la compétence dévolue autrefois aux cours d'assises (ce qui n'exclut pas le concours de juges profanes, dans certains cas)[558].

4.2 Conséquences pour l'économie

Garantir l'accès au juge et imposer le respect du droit grâce à l'appareil judiciaire sont par essence des missions étatiques qui ne peuvent donc pas être déléguées. Le fonctionnement de l'Etat de droit, la paix des relations juridiques et la sécurité du droit dépendent directement d'une justice indépendante, efficace et de qualité[559]. L'exercice de l'action publique dont l'Etat a le monopole impose à celui-ci l'obligation d'exercer son pouvoir répressif dans le cadre d'une procédure conforme au droit et, par là, de contribuer à rétablir l'ordre public.

556 Solution qualifiée comme étant la seule viable par le Tribunal fédéral, dans sa réponse à la consultation; en revanche, il a exclu de pouvoir statuer lui-même sur les appels, même pendant une période transitoire.

557 Cf. supra, ad art. 20; *Niklaus Schmid*, Bewährte Formen – mit Neuem verknüpft, in: Aus 29 mach 1 … *unterwegs* …, Informationen des Bundesamtes für Justiz über die künftige Schweiz. Strafprozessordnung und das Jugendstrafverfahren, Berne, mars 2001, p. 3.

558 Pour de plus amples détails, cf. *Hauser/Schweri/Hartmann,* Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Bâle 2005*,* § 23 N 10. Des cours d'assises existent encore aujourd'hui dans les cantons de ZH, TI, VD, NE et GE.

559 Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF **2001** 4000.

Les deux projets de loi qui vous soumis auront pour effet d'optimiser le système de poursuite pénale de la Confédération et des cantons, contribuant ainsi à la stabilité sociale, à la protection des citoyens et, en définitive, au maintien de la qualité de vie; de surcroît, le fait de disposer d'un système pénal fiable procure à la place économique suisse un avantage concurrentiel non négligeable.

4.3 Autres conséquences

Les autres conséquences de l'unification de la procédure pénale ont déjà été évoquées en détail dans le chap. 1 du présent message. Il s'agit, pour l'essentiel, des retombées bénéfiques que l'on en attend pour l'exercice de la profession d'avocat ainsi que de la simplification de la pratique intercantonale de professions liées à la justice pénale et de l'amélioration des travaux scientifiques consacrés à la procédure pénale qui en résulteront. Nous nous bornerons donc à renvoyer le lecteur au passage pertinent du message[560].

5 Liens avec le programme de la législature et le plan financier

Le Conseil fédéral a annoncé l'unification de la procédure pénale suisse comme un objet des grandes lignes de son Rapport du 1er mars 2000 sur le Programme de la législature 1999 à 2003[561].

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Les deux projets de loi sont fondés sur l'art. 123, al. 1, de la Constitution fédérale, Cette disposition confère à la Confédération la compétence d'unifier non seulement le droit pénal matériel mais encore la procédure pénale[562].

Les art. 29 à 32 de la Constitution fédérale contiennent un catalogue de garanties de procédure, les unes de nature générale, les autres plus spécialement axées sur la procédure pénale[563]. Au nombre des premières figurent le droit des parties à ce que leur cause soit jugée dans un délai raisonnable (art. 29, al. 1, Cst.), le droit d'être entendu (al. 2), le droit des personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes à l'assistance judiciaire gratuite (al. 3), le droit de toute personne à ce que sa cause soit portée devant un tribunal indépendant et impartial (art. 30, al. 1, Cst.) et à ce que la procédure judiciaire soit publique (al. 3). Quant aux garanties plus particulièrement axées sur la procédure pénale, elles sont statuées à l'art. 31 Cst. (qui porte sur les droits du prévenu en cas de privation de liberté et, notamment, de mise en déten-

560 Cf. supra, ch. 1. 3.
561 FF **2000** 2195 et 2231. Cf. également Rapport sur le Programme de la législature 2003 à 2007, FF **2004** 1040.
562 Cf. supra, ch. 1.1.
563 Cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF **1997** I 183 ss

tion provisoire) ainsi qu'à l'art. 32 Cst. qui consacre le principe de la présomption d'innocence (al. 1) et reconnaît à toute personne accusée le droit d'être informée de manière détaillée des accusations portées contre elle (al. 2).

Le projet qui vous est soumis s'appuie sur ces garanties constitutionnelles. Mieux, il les concrétise au travers de nombre de dispositions réparties entre des différents titres. En ce qui concerne plus particulièrement la garantie accordée au prévenu de «pouvoir faire valoir ses droits» (art. 31, al. 2, et 32, al. 2, Cst.), les droits en question pourront dorénavant être définis de manière uniforme dans le nouveau code de procédure pénale suisse qui vaudra tant pour la Confédération que pour l'ensemble des cantons (s'agissant des droits du prévenu en général, cf. notamment les art. 99, 107, 111, 126 ss, 144 ss, 154, al. 2, 156, 318 s., 332, 333, 336, al. 4, et 339; en ce qui concerne les droits des personnes dont la détention provisoire a été ordonnée ou prolongée, cf. art. 219 ss). Pour que le prévenu puisse faire valoir ses droits, encore faut-il qu'il en soit préalablement informé. L'obligation d'informer de ses droits toute personne qui est privée de sa liberté (notamment en cas de mise en détention provisoire) est, d'ores et déjà, statuée par la Constitution (art. 31, al. 2). L'art. 155 du projet concrétise cette obligation et la généralise. Il prévoit des règles similaires pour les autres participants à la procédure et, notamment, les victimes (art. 105, al. 2, et 304).

6.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

De nombreux instruments élaborés dans le cadre de l'ONU et du Conseil de l'Europe traitent de questions de procédure pénale. Citons, au premier chef, le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, Pacte-ONU II)[564] et, pour ce qui est du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH)[565]. Ils statuent un ensemble de garanties largement concordantes, qui doivent être respectées dans le cadre de la procédure pénale. A noter que, jusqu'à présent, c'est la CEDH qui a exercé l'influence la plus forte sur la législation et la jurisprudence de la Confédération et des cantons en matière de procédure pénale[566].

Ainsi que nous l'avons déjà relevé dans le chap. 1 du présent message (cf. supra, ch. 1.3.1), la jurisprudence du Tribunal fédéral et celle des autorités de contrôle de la CEDH ont influé de différentes manières sur le contenu des diverses lois de procédure pénale, contribuant ainsi à un net rapprochement des législations en la matière. Aux yeux de la Suisse, c'est principalement sur les points suivants que cette tendance à une harmonisation a été la plus sensible:

– l'extension du *champ d'application* des garanties de procédure pénale à toutes les «accusations en matière pénale» au sens des art. 6, par. 1, CEDH et 14, par. 1, PIDCP;

564 RS **0.103.2**; entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.
565 RS **0.101**; entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974.
566 *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Bâle 2005, N 16 ss et N 20 s.

- questions en rapport avec *la détention:* obligation de traduire aussitôt devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires toute personne arrêtée ou détenue (art. 5, par. 3, CEDH et 9, par. 1, PIDCP); limitation de la durée admissible de la détention (art. 5, par. 3, CEDH, et 9, par. 1, PIDCP); droit de toute personne arrêtée ou détenue d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention (art. 5, par. 4, CEDH et 9, par. 4, PIDCP);
- la garantie de *l'indépendance et de l'impartialité* du tribunal pénal, notamment l'interdiction qu'a le juge de faire montre de prévention à l'égard du prévenu (art. 6, par. 1, CEDH et 14, par. 1, PIDCP);
- limitations de la possibilité de mettre les *frais de procédure* à la charge du prévenu lorsqu'il a été acquitté ou que la procédure a été classée (art. 6, par. 2, CEDH et 14, par. 2, PIDCP);
- les *droits de la défense* dont jouit le prévenu, notamment le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge (art. 6, par. 3, let. d, CEDH et, 14, par. 3, let. e, PIDCP);
- l'exigence selon laquelle *toute mesure de contrainte doit reposer sur une base légale,* notamment lorsqu'elle relève de l'observation secrète (art. 8, CEDH).

Bien évidemment, le projet qui vous est soumis, tente de concrétiser les exigences susmentionnées (et d'autres qui, jusqu'à présent, n'ont revêtu qu'une moindre pertinence pour la Suisse), dans la mesure où la jurisprudence les pose de manière suffisamment claire[567]. Dans certains cas, la jurisprudence laisse une latitude suffisante pour permettre l'adoption de variantes[568]; dans d'autres, il semble qu'elle n'explicite qu'insuffisamment la portée précise d'une obligation imposée par un instrument international auquel la Suisse est partie. Face à de pareils cas, le projet prévoit toujours la solution qui semble objectivement la plus appropriée. Cette approche permet, d'une part, en cas de doute, de ne pas devoir choisir automatiquement une solution qui paraisse encore compatible même si l'on se livre à une interprétation extensive de la norme statuant la garantie en question et si l'on tient compte de l'éventualité d'une extension de la protection juridique[569]. D'autre part, il se peut que sur certains points le projet aille plus loin que ce qu'exigent les standards actuels[570]. Toutefois, ce qui est capital dans les deux cas est de déterminer parmi

567 Cf. les considérations émises à propos des dispositions pertinentes.

568 Ainsi, ni la Constitution fédérale ni la CEDH ni le PIDCP ne prescrivent un modèle déterminé pour la procédure préliminaire (modèle «juge d'instruction» ou modèle «ministère public») ni ne prévoient une procédure spéciale d'admission de l'accusation.

569 On peut, par exemple, avoir des doutes sur les conditions auxquelles le prévenu peut renoncer à certains droits de procédure. Dans les cas de détention, les art. 226 et 229 permettent au tribunal des mesures de contrainte de statuer par écrit, à condition que le prévenu ait renoncé expressément à une audience orale.

570 Exemple: il semblerait en principe admissible, du moins selon la jurisprudence en vigueur, que des membres du tribunal de contrainte siègent également dans la même affaire au sein du tribunal qui statue au fond. Toutefois, dans le souci d'opérer une séparation nette des fonctions, le projet renonce à prévoir cette forme d'union personnelle (cf. art. 19, al. 3).

plusieurs solutions conformes au droit international public, celle qui objectivement doit l'emporter après que tous les facteurs pertinents ont été mis en balance[571].

Dans ce contexte, quelques dispositions du projet méritent encore un commentaire particulier. Elles ont un lien avec les recommandations émises depuis longtemps et à réitérées reprises par différents comités internationaux des droits de l'homme sur la base des conventions existant en la matière, auxquelles la Suisse est partie[572]. Il s'agit des droits de toute personne arrêtée de bénéficier de l'assistance d'un «avocat de la première heure», de pouvoir aviser l'un de ses proches, enfin de pouvoir se faire examiner par un médecin indépendant. Ces droits constituent les trois piliers de la protection contre les mauvais traitements des personnes qui ont été privées de liberté.

Dans son rapport sur la visite qu'il a effectuée en Suisse en février 2001, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) s'est, à propos de ces droits, expressément référé à l'avant-projet de 2001[573] et s'est félicité que ce texte rejoigne les recommandations du CPT sur les droits en questions tout en considérant qu'il appelait des précisions supplémentaires sur plusieurs points. Dans sa réponse audit rapport, le Conseil fédéral a indiqué au CPT que ces précisions seraient examinées dans le cadre des travaux de remaniement de l'avant-projet et compte tenu des résultats de la procédure de consultation (qui n'étaient pas encore disponibles à l'époque)[574].

S'agissant de *«l'avocat de la première heure»,* le CPT avait suggéré que l'accès à un avocat soit expressément garanti dès que la personne est privée de sa liberté, autrement dit dès *qu'elle a été arrêtée par la police*. Dans la mesure où par «accès à un avocat» le CPT entend seulement la possibilité qui doit être donnée à la personne arrêtée de prendre *contact* avec un avocat[575], le nouveau code de procédure pénale suisse ne fait aucunement obstacle à cette possibilité. Si, en revanche, il faut entendre par là que la police n'a pas le droit d'interroger brièvement une personne arrêtée (art. 214, al. 1, let b) avant que son avocat soit présent, une telle exigence ne pourrait être remplie. En effet, dans le cadre de l'appréhension, telle qu'elle est réglée à l'art. 214, la police doit pouvoir procéder, hors de la présence de l'avocat, aux premières investigations qui s'imposent et qui ne portent que sur un nombre de points extrêmement limités. En règle générale, ces investigations devront être opé-

571 S'agissant de la maxime voulant que les normes de droit interne soient interprétées conformément au droit international public, cf. ATF **125** II 417, 424 avec renvois.

572 Pacte-ONU II; Convention de l'ONU du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS **0.105**); Convention européenne du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (RS **0.106**).

573 Rapport du CPT relatif à sa visite en Suisse et réponse du Conseil fédéral, publié par le DFJP, Office fédéral de la justice, Berne, mars 2002 (ce document peut également être consulté à l'adresse www.ofj.admin.ch).

574 Rapport du CPT relatif à sa visite en Suisse et réponse du Conseil fédéral (mêmes références que précédemment); p. 15 ss et p. 13 s.

575 Les recommandations correspondantes émanant du Comité des droits de l'homme de l'ONU (concernant la mise en œuvre du Pacte-ONU II) et celles du Comité de l'ONU contre la torture (CAT) nous incitent à pencher pour cette interprétation; en effet, pour ces deux organes, la personne arrêtée doit avoir le droit *«[d']entrer en contact»* ou *«[de]se mettre en rapport» avec un avocat*, cf. *Observations finales du Comité des droits de l'homme* du 12.11.2001, ch. 12; du 8.11.1996, ch. 24; *Observations du Comité contre la torture* du 27.11.1997, ch. 5, par. 3.

rées à très brève échéance, de sorte que, pour des raisons d'ordre pratique, il est impossible de satisfaire les exigences du CPT[576].

S'agissant de *l'information des proches* (art. 213, P-CPP; art. 225, AP-CPP), le CPT a relevé que la réglementation prévue répondait à ses exigences; il a même souscrit à la possibilité de renoncer à cette information (lorsque la personne concernée s'y oppose expressément ou lorsque le but de l'instruction l'interdit). Il n'en a pas moins suggéré, à propos de la seconde exception citée, qu'elle soit définie de manière plus précise dans le CPP et fasse l'objet de garanties appropriées (par exemple, la renonciation devrait être consignée au procès-verbal)[577]. Les cas dans lesquels le but de l'instruction s'oppose à une information des proches sont explicités dans le commentaire de la disposition pertinente (cf. ch. 2.5.3.1 ad art. 213, al. 2); quant à l'interprétation qu'il y a lieu de donner à cette disposition dans le cas d'espèce, il convient d'en laisser le soin à la jurisprudence. Enfin, en ce qui concerne la consignation au procès-verbal, nous renvoyons à l'art. 75, let. f, qui dispose que les procès-verbaux de procédure doivent relater le déroulement de la procédure et les ordonnances rendues par les autorités pénales.

Quant à *l'accès de la personne arrêtée à un médecin de son choix* il n'est pas réglé dans le projet, pas plus qu'il ne l'était dans l'avant-projet de 2001. Selon les points de vue concordants du CPT, du CAT et du Comité des droits de l'Homme de l'ONU, toute personne arrêtée doit avoir le droit, après chaque interrogatoire de police et avant d'être déférée devant le juge d'instruction, de demander à être examinée par un médecin indépendant (et de son choix: exigence supplémentaire posée par le CPT). Dans le rapport le plus récent qu'il a adressé au CAT[578], le Conseil fédéral a fait observer que bien que le projet de CPP ne règle pas expressément cette question qui ne relève pas de la procédure pénale à proprement parler, mais bien plutôt du droit à la liberté personnelle, toute personne appréhendée a le droit de se faire examiner par un médecin indépendant, dès son arrestation et chaque fois qu'elle le demande. Dans toute la mesure du possible, ajoutait le Conseil fédéral, il sera tenu compte du choix du prévenu, les cas d'indisponibilité du médecin choisi et de risque de collusion manifeste étant réservés. Dans ces conditions, il n'apparaît pas indispensable de régler expressément dans le CPP l'accès du prévenu à un médecin[579].

576 Le fait qu'il s'écoule toujours un certain temps entre l'appréhension par la police et l'arrivée de l'avocat, ôte toute pertinence à l'argument du CPT, selon lequel la présence de l'avocat est nécessaire dès le début de l'appréhension puisque la période qui suit immédiatement la privation de liberté est précisément celle où le risque d'intimidation et de mauvais traitements est le plus grand; rapport CPT, loc. cit, p. 16.

577 Rapport CPT, loc. cit., p 15.

578 Quatrième rapport périodique de la Suisse du 18 décembre 2002, ch. 123 (ce document peut être consulté à l'adresse www.ofj.admin.ch).

579 Depuis 1998, le code de procédure pénale du canton de Genève règle expressément cette question. Sous le titre *«Droits de la personne entendue par la police»*, son art. 107 A, al. 3, accorde à toute personne interrogée le droit de demander un examen médical, à tout moment durant l'interrogatoire et avant la présentation au juge d'instruction. Le même droit est également reconnu à la police (qui peut ainsi se prémunir de fausses accusations de la part du prévenu).

6.3 Délégation de compétences législatives

Ainsi que nous l'avons déjà relevé[580], la procédure pénale suisse unifiée doit, dans la mesure du possible, être intégralement réglée au niveau de la loi (code de procédure pénale suisse et loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs). Or cet objectif ne saurait être atteint sans restrictions. D'une part, la Confédération et les cantons – nous l'avons déjà dit – devront adopter des lois portant introduction de la nouvelle procédure pénale unifiée[581]. Ces lois régleront principalement des questions touchant l'organisation des autorités pénales. D'autre part, la complexité et la technicité de la matière exigeront, sur certains points, l'adoption de dispositions d'exécution ou, du moins, confèreront la latitude d'adopter de telles dispositions.

Les normes en question peuvent, d'une part, être de pures dispositions d'application. En la matière, la compétence normative du Conseil fédéral découle directement de ses attributions en matière d'exécution (art. 182, al. 2, Cst.). Il lui appartiendra, en particulier, de régler les modalités de la notification par la voie électronique (cf. art. 84 et 108, al. 2), les modalités applicables à l'indemnisation des témoins et des experts (art. 164 et 187) et celles qui régissent les publications officielles (art. 452). Il peut s'agir, d'autre part, de véritables règles de droit que le Conseil fédéral peut édicter sous la forme d'une ordonnance, dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorisent (art. 182, al. 1, Cst.). La compétence du Conseil fédéral d'édicter de telles règles de droit est statuée aux art. 265, al. 6 (placement des valeurs patrimoniales séquestrées), et 431 (calcul des frais de procédure et fixation des émoluments). Les normes de délégation qui viennent d'être énumérées remplissent de par les objets sur lesquelles elles portent et l'objectif qu'elles poursuivent les conditions propres à permettre au Conseil fédéral de légiférer sous forme d'ordonnance.

580 Cf. supra, ch.1.5.1.2.
581 Cf. supra.ch. 1.8.1.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften
Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées
Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale

In Dans In	Bundesblatt Feuille fédérale Foglio federale
Jahr Année Anno	2006
Band Volume Volume	1
Heft Cahier Numero	05
Geschäftsnummer Numéro d'affaire Numero dell'oggetto	05.092
Datum Date Data	07.02.2006
Seite Page Pagina	1057-1372
Ref. No	10 139 298

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.
Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.
I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.