

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Les incidences
de la Convention européenne
des droits de l'homme
sur les lois suisses
de procédure pénale

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

OLIVIER FASSBIND

1984

IMPRIMERIE DE L'OUEST SA - CH - 2034 PESEUX

Monsieur Olivier FASSBIND est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur les lois suisses de procédure pénale ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 20 juillet 1984.

Le doyen
de la Faculté de droit et
des sciences économiques
François Knœpfler

LES INCIDENCES DE LA
CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
SUR LES LOIS SUISSES DE PROCÉDURE PÉNALE

Qu'il nous soit permis d'exprimer notre profonde reconnaissance à M. le Professeur François Clerc pour ses précieux conseils et pour la bienveillance qu'il n'a cessé de nous témoigner durant l'élaboration de ce travail.

L'expression de notre gratitude s'adresse aussi à M. le Professeur Pierre-Henri Bolle pour son appui et l'obligeance avec laquelle il a assumé la tâche de second rapporteur.

Enfin, nous ne saurions oublier ceux qui nous ont aidé dans l'élaboration de ce travail :

M^{me} Sylvie Fassbind-Ducommun, juriste

M^{me} Isabelle Augsburguer-Bucheli, assistante en droit

M^{me} Marianne Hekimoglu, bibliothécaire diplômée

M. Olivier Jacot-Guillarmod, chargé de cours à l'Université de Neuchâtel; chef du Service du Conseil de l'Europe à l'Office fédéral de la justice.

Table des matières

Bibliographie	11
Table des abréviations	24
Thèse	27
Introduction	28
TITRE I	LES MESURES DE CONTRAINTE 31
Chapitre I	GÉNÉRALITÉS 32
	1. La liberté personnelle 32
	2. Notion de l'arrestation 32
	3. Arrestation et détention 34
	4. Conclusion 34
Chapitre II	LA RÉTENTION POLICIÈRE OU GARDE À VUE 35
	5. Les exigences de la Convention 35
	6. Lacune dans la Convention 37
	7. L'incidence de la Convention 38
Chapitre III	LA DÉTENTION PRÉVENTIVE 40
Section 1	Les conditions matérielles 40
	8. Généralités 40
	9. Les exigences de la Convention 40
	10. L'état de nos droits 41
	11. Les incidences directes 41
	12. Les incidences indirectes 42

Section 2	Les droits du prévenu	43
§ 1.	La comparution devant le magistrat	43
	13. Généralités	43
	14. Les exigences de la Convention	43
	15. L'état de nos droits	44
	16. Les incidences directes	45
	17. Les incidences indirectes	46
§ 2.	Le droit d'être informé	48
	18. Remarques générales	48
	19. La garantie de la Convention	48
	20. L'état du droit suisse	49
	21. Les incidences directes	49
	22. Les incidences indirectes	50
§ 3.	La mise au secret	51
	23. Remarques générales	51
	24. La mise au secret en droit suisse	51
	25. Les exigences de la Convention	52
	26. Les incidences directes	52
	27. Les incidences indirectes	54
	28. Remarques finales	56
§ 4.	La durée de la détention	57
	29. Généralités	57
	30. Les exigences de la Convention	57
	31. L'état de nos droits	58
	32. Les incidences directes	58
	33. Les incidences indirectes	60
§ 5.	Le contrôle judiciaire	61
	34. Généralités	61
	35. Les exigences de la Convention	61
	36. L'état du droit suisse au moment de la ratification	63
	37. Les incidences directes	63
	38. Les incidences indirectes	67
§ 6.	La mise en liberté sous caution	69
	39. Les exigences de la Convention	69
	40. L'état du droit suisse	69
	41. Les incidences directes	70
	42. Les incidences indirectes	71

TITRE II	L'ORGANISATION DE LA DÉFENSE	73
Chapitre I	GÉNÉRALITÉS	74
	43. Notion de la défense	74
	44. Le droit d'être entendu	74
	45. Les exigences de la Convention	75
	46. Les incidences de la Convention	76
Chapitre II	LA PARTICIPATION À L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE	77
	47. Remarques préliminaires	77
	48. Les exigences de la Convention	78
	49. Etat du droit suisse	79
	50. Les incidences de la Convention	80
	51. Conclusion	83
Chapitre III	L'ASSISTANCE D'UN CONSEIL	84
	52. Les exigences de la Convention	84
	53. L'état du droit suisse	86
	54. Les incidences de la Convention	87
Chapitre IV	L'ASSISTANCE D'UN INTERPRÈTE	89
	55. Les exigences de la Convention	89
	56. L'état de nos droits	90
	57. Les incidences de la Convention	91
TITRE III	LE FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE	93
Chapitre I	GÉNÉRALITÉS	94
	58. Remarques préliminaires	94
	59. Les exigences de la Convention	94
	60. L'état de nos droits	94
	61. Les incidences de la Convention	95

Chapitre II	LE JUGE	96
Section 1	Le système de l'administrateur-juge	96
	62. Introduction	96
	63. L'administration, juge d'une cause pénale	96
	64. L'administration, organe d'exécution d'une sanction pénale	102
Section 2	Le juge impartial	105
	65. Remarques générales	105
	66. Les exigences de la Convention	105
	67. Le cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge de fond	106
Chapitre III	LE PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ	109
	68. Les exigences de la Convention	109
	69. L'état du droit suisse	110
	70. L'exclusion de la publicité	110
	71. La publicité du prononcé du jugement	112
	72. Conclusion	115
Chapitre IV	LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE	117
	73. Les exigences de la Convention	117
	74. L'état du droit suisse	118
	75. Les incidences directes	118
	76. Le pronostic sur la culpabilité d'un accusé	119
	77. Le sort des frais	120
Chapitre V	LES EFFETS DES DÉCISIONS DES ORGÈNES DE LA CONVENTION	124
	78. Exposé de la question	124
	79. Solutions préconisées	125
	80. Les innovations législatives	126
	81. Critiques	128
Conclusions	130

Bibliographie

A. Table des principaux textes législatifs consultés

En général, les articles de lois sont cités par l'abréviation du canton ou de la loi fédérale en question suivie du chiffre arabe correspondant (p. ex. NW 14, PPM 121).

Lois fédérales

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)

Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0)

Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0)

Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)

Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.0)

Lois cantonales

Appenzell	Code de procédure pénale du 30 avril 1978,
Rhodes-Extérieures	Ausserrhodische Gesetzessammlung 3 321.1

Appenzell	Code de procédure pénale du 27 avril 1941,
Rhodes-Intérieures	Appenzell I. Rh. Gesetzessammlung II 321

Argovie	Code de procédure pénale du 11 novembre 1958, Aargauische Gesetzessammlung 4 642
Bâle-Campagne	Code de procédure pénale du 30 octobre 1941, Kanton Basel-Landschaft, Systematische Gesetzessammlung 9 1050
Bâle-Ville	Code de procédure pénale du 15 octobre 1931, Kanton Basel-Stadt, Systematische Gesetzessammlung 2 257.100
Berne	Code de procédure pénale du 20 mai 1928, Recueil systématique des lois bernoises (RSB) 3 321.1
Fribourg	Code de procédure pénale du 11 mai 1927, Edition mise à jour par l'Office de législation et publiée par la Chancellerie d'Etat, état au 1 ^{er} septembre 1982
Genève	Code de procédure pénale du 29 septembre 1977, Législation genevoise, E 4a, Recueil systématique 3/5
Glaris	Code de procédure pénale du 2 mai 1965, Kanton Glarus Gesetzessammlung 2 III F/1
Grisons	Code de procédure pénale du 8 juin 1958, Bündner Rechtsbuch 2 350.000
Jura	Code de procédure pénale du 9 novembre 1978, Recueil systématique du droit jurassien 3 321.1
Lucerne	Code de procédure pénale du 3 juin 1957, Gesetze und Dekrete für den Kanton Luzern XV 224
Neuchâtel	Code de procédure pénale du 19 avril 1945, Recueil systématique de la législation neuchâteloise (RSN), 3 322.0

Nidwald	Code de procédure pénale du 3 juillet 1976, Nidwaldner Gesetzessammlung 2 263.1
Obwald	Code de procédure pénale du 9 mars 1973, Obwaldner Landbuch XIII 185
Saint-Gall	Code de procédure pénale du 9 août 1954, Gesetzessammlung Neue Reihe 10 1975 962.1
Schaffhouse	Code de procédure pénale du 3 mars 1909, Schaffhauser Rechtsbuch IV 373
Schwyz	Code de procédure pénale du 28 août 1974, Schwyzer Gesetzessammlung II 156
Soleure	Code de procédure pénale du 7 juin 1970, Solothurnische Gesetzessammlung 321.1
Tessin	Code de procédure pénale du 10 juillet 1941, Raccolta delle leggi 2 85
Thurgovie	Code de procédure pénale du 30 juin 1970, Thurgauer Rechtsbuch II 312.1
Uri	Code de procédure pénale du 29 avril 1980, Urner Rechtsbuch II 3, 9222
Valais	Code de procédure pénale du 22 février 1962, Recueil des lois I 302
Vaud	Code de procédure pénale du 12 septembre 1967, Recueil systématique de la législation vaudoise, 2 2.10
Zoug	Code de procédure pénale du 3 octobre 1940, Kanton Zug, Bereinigte Gesetzessammlung 1-3 321.1
Zurich	Code de procédure pénale du 4 mai 1919, Zürcher Gesetzessammlung II 321

Autres références dans le texte

B. Doctrine

Les ouvrages seront cités par le seul nom de l'auteur. En cas de plusieurs publications du même auteur, la citation comprendra en outre un mot clé. (P. ex. CLERC, Détention).

- AUBERT
Jean-François Traité de droit constitutionnel suisse, 2 vol, Paris-Neuchâtel 1967. Supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982, (cité: Traité I, Traité II, Traité III).
- BÄNNINGER Felix Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Thurgau. Eine Untersuchung der Haftfälle des Jahres 1976, Thèse Bâle, 1980.
- BÄNZINGER Felix/
STOLZ August W. Strafprozessordnung des Kantons Appenzell Ausser-Rhoden vom 30. April 1978 mit Erläuterungen, Speicher 1980.
- BARBEY Richard Aperçu de la jurisprudence genevoise, suisse et européenne en matière de détention préventive, Semaine judiciaire, 103 (1981), p. 369 ss.
- BERTOSSA Bernard Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et procédure pénale, Semaine judiciaire, 101 (1979), p. 373 ss.
- BISCHOFBERGER
Peter Die Verfahrensgarantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das Schweizerische Strafprozessrecht, Thèse Zurich, 1972.
- BOLLE
Pierre-Henri Les lenteurs de la procédure pénale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris 1982, p. 291 ss.
- BRÄNDLE Dieter Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur europäischen Menschenrechtskonvention, Thèse Zurich, 1978.

- BRÜHLMEIER
Beat Aargauische Strafprozessordnung. Gesetz über die Strafrechtspflege vom 11. November 1958 mit den späteren Änderungen. Kommentar von Dr. Beat Brühlmeier, Oberichter, 2e éd. Aarau 1980.
- CLERC François L'instruction préparatoire en Suisse, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris 1952, p. 203 ss (cité: L'instruction préparatoire).
- Les tendances de la réforme de la procédure pénale en Suisse, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris 1954, p. 257 ss (cité: Les tendances).
 - Le procès pénal en Suisse romande. Etude de l'influence du droit français sur les lois de procédure pénale en vigueur en Suisse romande, Paris 1955, (cité: Le procès pénal).
 - Réflexions sur la détention préventive. In: Studies in Penology dedicated to the memory of Sir Lionel Fox, The Hague 1964, p. 50 ss (cité: Réflexions).
 - Chronique Helvétique trimestrielle, Chronique législative. Paraît régulièrement dans la Revue pénale suisse, Berne, depuis 1964. (cité: Chronique, RPS, tome, année, p.).
 - La détention préventive, Revue pénale suisse 84 (1968), p. 149 ss (cité: Détention).
 - La détention avant jugement. In: Recueil des travaux suisses présentés au VIII^e Congrès international de droit comparé, Bâle 1970, p. 391 ss (cité: Détention avant jugement).
 - Trente ans de procédure pénale en Suisse, Revue pénale suisse 88 (1972), p. 337 ss (cité: Trente ans).

- CLERC François Initiation à la justice pénale en Suisse, tome I, Notions préliminaires et principes directeurs, Neuchâtel 1975, (cité: Initiation).
- Réflexions sur les frais de justice. In: Mélanges Delitala, Milan, à paraître. (cité: Frais).
- DUBACH Reto Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Schaffhausen: eine Untersuchung der zwischen 1. Februar 1978 und 31. Januar 1979 aufgetretenen Haftfälle, Thèse Bâle, 1982.
- FROWEIN
Jochen-Abr. Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention. In: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Berne 1981, p. 553 ss.
- GAUTHIER Jean La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale, Revue pénale suisse, 101 (1984), p. 51 ss.
- GILLIÉRON
Pierre-Robert Procédure pénale vaudoise, code annoté, Lausanne 1969.
- GRABER Felix Die Untersuchungshaftspraxis im Kanton Aargau. Eine Untersuchung der erstinstanzlichen strafgerichtlichen Urteile der Bezirke Aarau, Baden, Kulm und Rheinfelden aus dem Jahre 1971, Thèse Bâle, 1976.
- GUIGNARD
Marcel-Albert Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Solothurn. Eine Untersuchung der erstinstanzlichen strafgerichtlichen Urteile des Jahres 1973, Thèse Bâle, 1978.
- GUINAND Jean La juridiction européenne des droits de l'homme. Conférences universitaires 1976, Université de Neuchâtel, p. 87 ss.

- GURAZDE Heinz Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin u. Frankfurt am Main, 1968.
- HAEFLIGER
Arthur Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, 2^e éd. Berné 1959 (cité: Kommentar).
- Die solothurnische Strafprozessordnung und das ihr übergeordnete Recht. In: Festgabe Franz Josef Jeger, Soleure 1973, p. 131 ss (cité: Übergeordnetes Recht).
- HÄFLIGER Bruno Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Obwalden. Eine Untersuchung der in den Jahren 1974-1977 aufgetretenen Haftfälle, Thèse Bâle, 1980.
- HAURI Kurt Militärstrafgesetz (MStG), Kommentar, Berne 1983.
- HAUSER Robert Zur Teilnahme der Parteien in der Voruntersuchung, Revue suisse de jurisprudence, 71 (1975), p. 341 ss (cité: Zur Teilnahme).
- Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der Menschenrechtskonventionen, Revue pénale suisse 95 (1978), p. 225 ss (cité: Untersuchungshaft).
- Zum Prinzip der Unmittelbarkeit, Revue pénale suisse 98 (1981), p. 168 ss (cité: Unmittelbarkeit).
- Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2e éd. Basel u. Frankfurt am Main 1984 (cité: Kurzlehrbuch).
- JACOT-
GUILLARMOD
Olivier Le droit de procédure pénale neuchâtelois sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN), 1980-1981, p. 11 ss.

- JUNOD
Blaise-François La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme, Thèse Neuchâtel, 1968.
- KERN Eduard /
ROXIN Klaus Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 14e éd. München 1976.
- KOHLBACHER
Ursula Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der « Waffengleichheit », mit einer kritischen Analyse der geltenden Regelungen insbesondere im Bund und im Kanton Zürich, Thèse Zurich, 1979.
- KRAUSS Detlef Zur Reform der baselstädtischen Strafprozessordnung. In: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Bâle 1982, p. 757 ss.
- KUHN Andreas Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Schwyz. Eine Untersuchung der erstinstanzlichen strafgerichtlichen Urteile der Jahre 1971 und 1972, Thèse Bâle, 1976.
- LOGOZ Paul Notes sur quelques problèmes de procédure pénale à propos de divers projets récents, Revue pénale suisse 40 (1927), pp. 3 ss, 113 ss.
- MALINVERNI
Georges /
WILDHABER
Luzius La pratique suisse relative à la Convention européenne des droits de l'homme. Paraît régulièrement dans l'Annuaire Suisse de droit international depuis le vol. 1978. (cité: ASDI, année, p).
- MALINVERNI
Georges L'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, No. 49, Genève 1976.
- MERLE Roger /
VITU André Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 4e éd. Paris 1981 (cité: Problèmes).

- Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale, 3e éd. Paris 1979, (cité: Procédure).
- NOLL Peter Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht. In: Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht, Mélanges Oscar Adolf Germann, Revue pénale suisse, 75 (1959), p. 294 ss (cité: Gewaltenteilung).
- Strafprozessrecht, Vorlesungsskriptum, Zurich 1977, (cité: Strafprozessrecht).
- ODERMATT Hugo Die Trennung der Personalunion Untersuchungsrichter/Amtsgerichtspräsident. In: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Soleure 1981, p. 385 ss.
- ORLANDO
Danielo A. Die Praxis der Untersuchungshaft in Landbezirken des Kantons Zürich. Eine Untersuchung anhand von Haftfällen aus dem Jahre 1973, Thèse Bâle, 1978.
- PADRUTT Willy Zur Parteiöffentlichkeit im bündnerischen Strafverfahren. In: Aktuelle Beiträge zum bündnerischen Recht, Festschrift des bündnerischen Anwaltsverbandes zum 80. Geburtstag Peter Livers, Coire 1982, p. 73 ss.
- PETERS Karl Strafprozess, Ein Lehrbuch, 3e éd. Heidelberg/Karlsruhe 1981.
- PEUKERT
Wolfgang Die Garantie des « fair trial » in der Strasburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, p. 247 ss.
- PFENNINGER
Hans-Felix Probleme des Schweizerischen Strafprozessrechtes, Zurich 1966.
- PIÉRARD Jacques Les frais d'interprète peuvent-ils être mis à la charge d'un condamné? Semaine judiciaire, 102 (1980), p. 321 ss.

- PIQUERERZ Gérard *Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne, Tome I, Neuchâtel 1983.*
- PONCET Dominique *L'instruction contradictoire dans le système de la procédure pénale genevoise et en droit français, Thèse Genève, 1967, (cité: L'instruction contradictoire).*
- *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme. Etude de droit comparé, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève No 52, Genève 1977, (cité: La protection).*
 - *Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté, Genève 1978, (cité: Le nouveau code).*
 - *Condamnation aux frais et violation de la présomption d'innocence: L'affaire Minelli devant la Cour européenne des droits de l'homme. Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, No 85, 1983, (cité: Condamnation).*
- PONCET Dominique/
NEYROUD Philippe *L'extradition et l'asile politique en Suisse, Fribourg 1976.*
- RAYMOND Jean *La Suisse devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'homme, Revue de droit suisse 98 (1979) 2, p. 1 ss.*
- RECHENBERG
Beat von *Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Zug. Eine Untersuchung der in den Jahren 1975 und 1976 aufgetretenen Haftfälle, Thèse Bâle, 1979.*
- RESS Georg *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Vertragsstaaten: Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Gerichten. In: Europäischer Menschenrechtsschutz, Schranken und Wirkungen, Heidelberg 1982, p. 227 ss.*

- RIKLIN Franz Zur Parteiöffentlichkeit der Voruntersuchung im solothurnischen Strafprozess. In: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Soleure 1981, p. 399 ss.
- SCHAEUBLE
Jean-Pierre Die Untersuchungshaftpraxis im Kanton Tessin. Eine Untersuchung anhand der im Jahre 1971 im Amtsbezirk Sottoceneri erstinstanzlich beurteilten Straffälle, Thèse Bâle, 1977.
- SCHINDLER
Dietrich Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane. In: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zurich 1973, p. 273 ss.
- SCHUBARTH
Martin Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 417, Berne 1973, (cité: Untersuchungsverfahren).
- Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, Revue de droit suisse 94 (1975) 1, p. 465 ss, (cité: Die Artikel 5 und 6).
- Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 120, Basel u. Stuttgart 1978, (cité: Tragweite).
- SCHULTZ Hans Zur Revision des bernischen Strafverfahrens, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 107 (1971), p. 329 ss, (cité: Zur Revision).
- Der Grundsatz der Öffentlichkeit im Strafprozess, Revue suisse de jurisprudence 69 (1973), p. 129 ss, (cité: Grundsatz).

- SCHULTZ Hans Rechtseinheit ohne Einheit des Rechts. In: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, p. 429 ss (cité: Rechtseinheit).
- SCHÜRER
Jürg-Christian Die Praxis der Untersuchungshaft im Kanton Graubünden. Eine Untersuchung der Haftfälle des Jahres 1971, Thèse Bâle, 1976.
- SCHWANDER Vital Freie Beweiswürdigung mit oder ohne Unschuldsumutung? Revue pénale suisse 98 (1981), p. 213 ss.
- STUDER Peter Die Untersuchungshaft im Kanton Luzern. Eine Untersuchung der erstinstanzlichen strafgerichtlichen Urteile des Jahres 1968, Thèse Bâle, 1973.
- STUDER Karl Die Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, Thèse Berne, 1982.
- TARNUTZER
Hans-Jürg Die Stellung des Beschuldigten im bündner Strafprozess, Thèse Berne, 1972.
- TRECHSEL Stefan Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Berne 1974, (cité: EMRK).
- Zur Revision des bernischen Strafverfahrens, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 111 (1975), p. 271 ss, (cité: Zur Revision).
- Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur europäischen Menschenrechtskonvention, Revue pénale suisse 96 (1979), p. 337 ss, (cité: Verteidigungsrechte).
- Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Strassburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, p. 514 ss, (cité: EuGRZ).

- Quelques observations au sujet de la « mise au secret », Revue pénale suisse 98 (1981), p. 235 ss, (cité: Mise au secret).
- Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit. Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Revue suisse de jurisprudence 77 (1981), pp. 317 ss, 335 ss, (cité: Struktur).
- WAGNER Beatrice/
WILDHABER
Luzius Der Fall Temeltasch und die auslegenden Erklärungen der Schweiz, EuGRZ 1983, p. 145 ss.
- WAMISTER
Patrick Die unentgeltliche Rechtspflege, die unentgeltliche Verteidigung und der unentgeltliche Dolmetscher unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV und Art. 6 EMRK, Thèse Bâle, 1983.
- WILDHABER
Luzius Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Revue de droit suisse, 98 (1979) 2, p. 229 ss.
- WINIGER Roland Das solothurnische Strafprozess- und Gerichtsorganisationsrecht im Lichte der EMRK. In: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Soleure 1981, p. 425 ss.
- ZELGER Urs Peter Das Untersuchungsverfahren gegen Erwachsene nach Nidwaldner Strafprozessrecht, Thèse Berne, 1983.

Autres références dans le texte.

C. Travaux législatifs

Ils sont cités dans les notes, au bas de la page de texte.

D. Mise à jour

Le texte est à jour au 29 février 1984.

Table des abréviations

AB	Amtsblatt/Amtsbericht
AG	Argovie
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	Alinéa
annot.	Annotation
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
art.	Article
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BE	Berne
BGC	Bulletin du Grand Conseil. L'abréviation est employée pour tous les recueils cantonaux des délibérations parlementaires dont le nom varie selon les cantons.
BL	Bâle-Campagne
BO	Bulletin sténographique; depuis 1967, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale.
BS	Bâle-Ville
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer, comparez
ch.	Chiffre

CN	Conseil National
Commission	Commission européenne des droits de l'homme
Convention	Convention européenne des droits de l'homme
Cour	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse
CPM	Code pénal militaire
CPP	Code de procédure pénale
Cst.	Constitution fédérale
est.	Constitution cantonale
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif
D.R.	Décisions et Rapports (Commission européenne des droits de l'homme)
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide judiciaire en matière pénale
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (CEDH)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FF	Feuille fédérale
FO	Feuille officielle
FR	Fribourg
GE	Genève
GL	Glaris
JU	Jura
LExtr.	Loi fédérale sur l'extradition
litt.	Lettre
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative
LU	Lucerne
MStG	Militärstrafgesetz (CPM)
MStGO	Militärstrafgerichtsordnung (OJPPM)
NE	Neuchâtel
NW	Nidwald
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Obergericht

OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire. Lorsque cette abréviation est suivie de l'abréviation d'un canton, elle désigne une loi d'organisation judiciaire cantonale.
OJPPM	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire et la procédure pour l'armée fédérale.
OW	Obwald
p.	Page
P. ex.	Par exemple
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale
PPM	Procédure pénale militaire
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
Sem. Jud.	Semaine judiciaire
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SO	Soleure
spéc.	Spécialement
s	Suivante
ss	Et suivantes
SZ	Schwyz
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
TI	Tessin
TMC	Tribunal militaire de cassation
UR	Uri
VD	Vaud
VS	Valais
ZG	Zoug
ZH	Zurich

Thèse

Ratifiée par la Suisse, le 28 novembre 1974, la Convention européenne des droits de l'homme allait-elle imposer la modification de nos lois de procédure pénale?

Nous soutenons que cette crainte est sans fondement. Tout au plus a-t-on reconsidéré quelques textes consacrés aux « garanties dans le procès pénal ».

Introduction

La Suisse n'est membre du Conseil de l'Europe que depuis 1968.

Il n'était cependant pas possible de ratifier les nombreuses conventions élaborées dans le cadre de cette institution du jour au lendemain : souvent il fallait préalablement aménager le droit interne pour pouvoir souscrire aux engagements inter-étatiques. La loi fédérale du 20 mars 1981, sur l'entraide internationale en matière pénale en est une bonne illustration.

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), posait d'autres problèmes, plus complexes encore, car certaines de ses dispositions – notamment au plan procédural – pouvaient faire surgir des difficultés dans un domaine qui ressortit surtout à la législation cantonale, combien difficile à connaître.

Ce n'était d'ailleurs de loin pas la seule difficulté à une ratification, que le Conseil fédéral finit par envisager dans un rapport du 9 décembre 1968¹, avant de signer cette Convention, le 21 décembre 1972, et de la soumettre au Parlement par un message du 4 mars 1974². Finalement la Convention a été ratifiée le 3 octobre 1974³.

Nous n'entendons pas évoquer ici toutes les questions politiques et juridiques qu'a entraînée l'adhésion de la Suisse à la Convention. Nous n'aborderons qu'un seul aspect : l'incidence de la CEDH – spécialement de ses articles 5 et 6 – sur nos lois de procédure pénale.

¹ FF 1968 II 1069.

² FF 1974 I 1020.

³ Arrêté fédéral du 3 octobre 1974, RO 1974 2148.

Cette démarche n'est certes pas nouvelle tant en doctrine qu'en jurisprudence.

En effet, chacun a à l'esprit trois grands ouvrages : l'examen de nos lois quant aux droits de l'inculpé au cours de l'instruction préparatoire, œuvre du professeur SCHUBARTH, parue déjà en 1973⁴, suivie par l'ouvrage du professeur TRECHSEL⁵, qui a confronté les normes de la Convention concernant la liberté personnelle avec nos droits de procédure et, enfin, en 1977 l'étude du professeur PONCET⁶ sur la protection de l'accusé.

Quant à la jurisprudence, nous savons que le Tribunal fédéral a été maintes fois appelé à interpréter la Convention. Sa jurisprudence a fait l'objet d'exposés systématiques⁷.

Cependant, il nous a paru intéressant d'examiner l'influence de la CEDH sur nos institutions procédurales, car, un peu partout on s'est demandé si la Convention n'imposait pas des réformes de notre droit et de nombreuses voix ont réclamé l'examen de la loi de procédure pour s'assurer de la conformité avec la CEDH.

En faut-il des exemples ?

Déjà le 11 juin 1968, un député bernois réclamait par un postulat l'examen de la concordance du code de procédure pénale avec la Convention⁸. Dès lors, chaque fois qu'un projet est élaboré ou qu'une question de procédure est soulevée le réflexe est immédiat : est-ce conforme à la Convention ? Le gouvernement en donne l'assurance à Lucerne⁹. Qu'un arrêt du Tribunal fédéral censure une disposition cantonale et c'est aussitôt une

⁴ SCHUBARTH Martin, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren besonders bei Untersuchungshaft. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 417, Berne 1973.

⁵ TRECHSEL Stefan, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte. Berne 1974.

⁶ PONCET Dominique, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme. Etude de droit comparé, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, N° 52, Genève 1977.

⁷ Notamment : BERTOSSA Bernard, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et procédure pénale, Sem. Jud. 1979 (101), p. 373 ss; EBERLE Marta, Bezugnahmen des Bundesgerichts auf internationale Menschenrechtsbestimmungen aus methodischer Sicht. In: Beiträge zur Methode des Rechts, St.-Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, p. 229-252; WILDHABER Luzius, Erfahrungen mit der europäischen Menschenrechtskonvention, RDS 98 (1979), p. 362-368.

⁸ Postulat Sutermeister, BGC (BE) 1968, p. 439 s, développement et adoption le 19 novembre 1968, p. 801 ss.

⁹ BGC (LU), 1970, p. 452 ss.

proposition de correction¹⁰. Et il serait possible de multiplier les illustrations du souci de respecter l'esprit de la lettre de la CEDH au plan de la législation¹¹.

Comme nous l'avons laissé entendre, notre dessein est de dresser le bilan des modifications législatives suscitées par la Convention sans nous interdire de signaler les dispositions qui ont paru ne pas nécessiter de changements.

Nous ne nous arrêterons à la Convention que pour exposer les problèmes qu'elle paraissait poser au législateur. Et pour ne pas nous égarer dans le dédale des textes, il nous a paru opportun de suivre la marche traditionnelle du procès.

¹⁰ GE: ATF 101 Ia 46: Rapport de la commission chargée d'étudier les projets de code de procédure pénale et de la loi constitutionnelle sur la liberté individuelle et sur l'inviolabilité du domicile, Secrétariat du Grand Conseil, 1701-A à 1705-A, Chancellerie d'Etat, Genève 1977, p. 37, 75.
VD: ATF 103 I 293: BGC (VD) 1979 2b, p. 2188.
GE: Sem. Jud. 103 (1981), p. 129 ss: BGC (GE) 1980, p. 3446.
FR: ATF 105 Ia 98: BGC (FR) 1981, p. 830.

¹¹ Nous aurons l'occasion de le démontrer tout au long de ce travail.

TITRE I

Les mesures de contrainte

CHAPITRE I

Généralités

1. La liberté personnelle
2. Notion de l'arrestation
3. Arrestation et détention
4. Conclusion

1. L'un des premiers objectifs de la CEDH est la protection de ce que nos constitutions désignent volontiers sous le nom de liberté individuelle ou personnelle¹².

Selon les auteurs contemporains¹³, cela recouvre trois choses : la liberté physique, soit le droit pour chacun d'aller et venir à sa guise ; le droit à la sûreté, qui met l'individu à l'abri de toute arrestation ou détention hors les cas expressément prévus par la loi ; le droit à l'intimité qui implique l'inviolabilité de la sphère privée, particulièrement du domicile et de la correspondance.

Or cette liberté personnelle peut s'opposer aux recherches de la police, et plus généralement à l'exercice de l'action pénale.

Aussi nos lois prévoient-elles, parfois dans une section spéciale, des mesures de contrainte¹⁴, parmi lesquelles nous trouvons ordinairement l'arrestation, les visites domiciliaires, les perquisitions et la surveillance des communications.

2. La Convention utilise la notion de l'arrestation à plusieurs reprises dans l'art. 5¹⁵, mais elle n'en donne aucune définition dans la pensée que chacun sait à quoi s'en tenir sur ce

¹² L'art. 5 ch. 1 CEDH stipule : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

¹³ Ainsi par exemple : G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 2^e éd. Paris 1961, p. 89.

¹⁴ Ainsi SO 39-61, OW 58-90, AR 96-137, UR 106-140, pour ne donner que ces exemples.

¹⁵ Art. 5 ch. 1 litt. b, litt. c, litt. f, art. 5 ch. 2 à 5.

point. Mais la chose n'est pas aussi évidente qu'elle ne le paraît au premier abord.

Sans doute, on ne peut pas parler d'arrestation, lorsqu'une personne se voit immobilisée sur place, par exemple, pour les nécessités d'un accident, voire la recherche d'un malfaiteur. Il en va de même lorsqu'un voyageur est invité à entrer dans un bureau de douane, voire dans un poste de police. Ces mesures ont un caractère essentiellement administratif et visent l'obtention de renseignements.

Mais envisageons le cas de la rafle, que les dictionnaires définissent « arrestation massive opérée à l'improviste par la police dans un quartier ou établissement suspect »¹⁶ ou l'hypothèse plus courante où une personne est obligée, contre sa volonté, de se rendre à un poste de police pour se soumettre à un contrôle d'identité ou fournir des renseignements.

Il y a indiscutablement contrainte, mais constitue-t-elle une arrestation au sens de la Convention ?

Le Tribunal fédéral y a répondu négativement¹⁷. Quelques personnes qui avaient participé à une manifestation de rue, avaient été conduites au poste de police et retenues environ quatre heures pour les besoins d'une enquête : cette rétention policière – improprement qualifiée « de garde à vue »¹⁸ dans le chapeau français de cet arrêt –, pourvu qu'elle soit de courte durée, ne constitue pas une privation de liberté au sens de la Convention. Nous reviendrons sur ce point, qui prête à discussion. Mais si la rétention policière n'est pas une arrestation, qu'est-ce que l'arrestation ?

¹⁶ Le professeur SCHUBARTH (Untersuchungsverfahren, p. 80 ss) a critiqué les anciens codes d'Uri, Nidwald et Obwald qui statuaient que si, au cours d'un rassemblement, un crime ou un délit venait à être commis sans que l'auteur fût aussitôt identifié, tous les participants pouvaient être provisoirement arrêtés (in Haft genommen werden). Effectivement, une lecture hâtive du texte conduirait à cette déduction. En réalité, ce ne sont pas toutes les personnes qui ont participé au rassemblement, mais seulement celles qui ont participé au crime ou au délit et partant qui pouvaient être soupçonnées d'en être les auteurs. Une telle disposition n'a un sens que si l'on part de l'idée que l'arrestation est conditionnée par un ordre du magistrat : il fallait donc donner pouvoir d'arrêter sans mandat, comme en cas de flagrant délit. Cette vieille disposition a disparu à Obwald en 1973, dès l'instant où le code (art. 73) reconnaissait à la police le pouvoir d'arrêter toute personne suspecte d'un crime ou délit. C'est sans doute pour la même raison que Nidwald (1976) et Uri (1980) n'ont pas repris cette ancienne disposition, que d'aucuns croyaient en contradiction avec la CEDH (TRECHSEL, EMRK, p. 332, 386).

¹⁷ ATF 107 Ia 138.

¹⁸ MERLE et VITU, Procédure, p. 315, définissent la garde à vue comme le droit de la police judiciaire de maintenir à sa disposition, pendant 24 heures, une personne déterminée, « pour les nécessités de l'enquête préliminaire ». Dans un arrêt récent (103 Ia 261) le Tribunal fédéral n'utilise plus le terme de « garde à vue » mais celui de « arrestation provisoire » (Vorläufige Festnahme).

Pour répondre, reportons-nous une fois encore au dictionnaire. Il nous apprend que le mot appartient au vocabulaire juridique, et plus particulièrement à la procédure pénale. LITTRÉ en donne deux sens : action d'arrêter une personne en vertu d'un ordre, d'un jugement, et état de la personne arrêtée.

Et comme celui-ci est souvent la conséquence de celle-là, le professeur PONCET emploie le mot « arrestation » pour désigner à la fois la mainmise sur un individu et son incarcération¹⁹, la personne détenue ayant été préalablement arrêtée (verhaftet).

3. Faut-il en conclure que, finalement, arrestation et détention sont en définitive synonymes, comme le laisse à penser la Convention, qui place ces deux formes de privation de liberté sur le même pied ?²⁰

Il est tout de même possible de les distinguer : le terme « arrestation » désigne l'action physique consistant à « se saisir » d'un individu (Encyclopédie LAROUSSE), à « l'appréhender au corps » comme l'écrit CAPITANT dans son vocabulaire juridique, « en recourant, si besoin est, à la coercition », ajoutent GUILLER et VINCENT (Lexique de termes juridiques). C'est ce qu'exprime fort bien le terme allemand « Festnahme » par opposition à « Haft », voire à « Verhaftung », qui évoque le fait d'enfermer une personne : la détention.

Deux raisons au moins peuvent justifier cette distinction : tout d'abord, la personne arrêtée ne sera pas nécessairement incarcérée et, inversement, une personne peut être détenue sans avoir été appréhendée préalablement ; ensuite et surtout, il y a une différence de but : l'arrestation a pour fin d'assurer la comparution d'une personne devant une autorité judiciaire ou administrative (GUILLER et VINCENT), tandis que la détention permet d'incarcérer un suspect pour le tenir à disposition de la justice.

4. Ces indications terminologiques peuvent paraître hors de notre sujet. Il n'en est malheureusement rien : comme nous l'avons déjà laissé entendre, il arrive que le texte même de la Convention ne soit pas entendu dans le même sens, et selon l'interprétation qu'on donne à tel mot, le législateur sera conduit ou non à reconsidérer les dispositions de sa loi.

Nous allons immédiatement nous en convaincre en examinant ce que nous avons appelé la rétention policière.

¹⁹ PONCET, Le nouveau code, p. 51, titre de la section 4.

²⁰ Cf. art. 5 ch. 1 litt. b, c, f, 5 ch. 3, 5 ch. 5 ; Pour MM. SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 467, et TRECHSEL, EMRK, p. 188, ces deux termes peuvent sans autre être remplacés par la notion de « privation de liberté » et la distinction n'apporte rien à l'interprétation de la Convention.

CHAPITRE II

La rétention policière ou garde à vue

5. Les exigences de la Convention

6. Lacune dans la Convention 7. L'incidence de la Convention

5. L'art. 5 ch. 1 de la Convention admet la légitimité d'une arrestation à trois conditions :

- 1° Elle doit être autorisée par la **Convention** qui précise de manière exhaustive les cas où il est permis d'arrêter une personne (art. 5 ch. 1, lettres a-f).
- 2° Elle doit avoir un **fondement** dans la loi nationale. C'est ce que nous pourrions appeler le principe de la légalité de l'arrestation.
- 3° Elle doit, enfin, s'exécuter **conformément à la loi**²¹.

Si la première condition est évidente, les deux autres semblent résulter des termes employés par la Convention, notamment des mots « selon les voies légales » (ch. 1 al. 1) et « régulier », malencontreusement omis dans le texte français de la lettre c²². Nous n'entrerons pas dans la discussion de savoir si ces expressions ont le même sens : alors que les uns affirment que la mention « selon les voies légales » viserait la troisième condition et « régulier » la seconde²³, d'autres y voient une redite, un pléonasme²⁴. C'est le lieu de déplorer à la suite de bons auteurs,

²¹ TRECHSEL, EuGRZ, p. 518.

²² Cf. TRECHSEL, EMRK, p. 189, annot. 650.

²³ SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 467, TRECHSEL, EMRK, p. 189.

²⁴ BISCHOFBERGER, p. 184, GURAZDE, p. 70.

le fréquent défaut de précisions dans la rédaction de la Convention²⁵. Elle ne fait pas apparaître si la base légale exigée doit être une loi au sens formel²⁶, ou si cette loi est entendue ici au sens matériel²⁷, comme le pense à bon droit le professeur TRECHSEL²⁸.

En revanche, il convient d'insister sur la première condition : l'arrestation est expressément visée aux lettres b, c et f du chiffre 1 art. 5 de la Convention. La rétention policière qui permet à la police de retenir une personne, dans un poste, pour les besoins d'un contrôle, n'est apparemment ni visée par la lettre c²⁹ qui permet d'arrêter et d'incarcérer une personne suspectée d'avoir commis une infraction³⁰, ni par la lettre f³¹, qui concerne l'arrestation opérée aux fins de refouler ou d'expulser une personne, voire de procéder à son extradition.

Nous pouvons également être très bref s'agissant de la lettre b : l'arrestation peut intervenir tout d'abord à titre répressif en cas « d'insoumission à une ordonnance rendue conformément à la loi, par un tribunal »³². Ce texte suffirait à légitimer le mandat d'amener, délivré contre toute personne citée à comparaître et qui ne donnerait pas suite à la citation dont elle est l'objet. Mais dans cette hypothèse, il serait tout aussi possible de s'appuyer sur le second cas visé par cette lettre b, qui permet l'arrestation « en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». Le mandat d'amener a bien cette fonction coercitive, encore qu'il est souvent délivré en présumant chez

²⁵ SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 474, 480, TRECHSEL, EMRK, p. 222.

²⁶ Règles adoptées par un parlement selon une procédure législative consacrée dans un texte constitutionnel, Cf. CREFELDTs Carl, Rechtswörterbuch, 7^e éd. Munich 1983, p. 472 ; Dans ce sens, BISCHOFBERGER, p. 184, GURAZDE, p. 70.

²⁷ Règles abstraites et générales valant pour un nombre de cas illimités et adressées à un nombre de personnes indéterminées, Cf. AUBERT, Traité II, N° 1308.

²⁸ TRECHSEL, EuGRZ, p. 519.

²⁹ « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y ait des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; ».

³⁰ Cf. infra, N° 9. Ce texte vise également une mesure préventive destinée à empêcher la commission d'une infraction. Cf. TRECHSEL, EMRK, p. 225 s.

³¹ « s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

³² Concernant cette première variante, Cf. BISCHOFBERGER, p. 192, GURAZDE, p. 72, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 474, TRECHSEL, EMRK, p. 202 s, EuGRZ, p. 524.

celui qu'il vise la volonté de ne pas donner suite à une convocation. Mais s'il s'agit de contraindre une personne à remplir un devoir de coopération aux actes de procédure (témoignage, expertise, etc.), c'est à la détention que l'on aura recours, sous forme d'arrêts coercitifs, ce que la terminologie allemande désigne sous le nom de « Beugehaft », et qui prend l'allure de sanction disciplinaire³³.

6. Faisons le point : nous venons de faire l'inventaire des cas où dans une cause pénale, la Convention admet l'arrestation. Il en ressort que les auteurs de la CEDH ont perdu de vue que la police peut être amenée à retenir une personne, contre sa volonté, pour les besoins d'une enquête, qui ne débouchera pas nécessairement sur la mise en mouvement d'une action pénale.

Ce silence n'a rien de surprenant : cette « mise à disposition » de la police repose souvent sur le droit non écrit et ce n'est qu'assez récemment que le besoin s'est fait sentir de la codifier. Pour n'en donner qu'un seul exemple, il n'y a pas si longtemps que la France a réglé par la loi la garde à vue (art. 63-65, 77-78, CPP de 1957).

Il y a peut-être encore un autre argument pour expliquer pourquoi la Convention a passé sous silence ces arrestations pour les besoins d'une enquête de police : le problème de l'arrestation se pose essentiellement en cours d'instance, et nul n'a songé qu'il pouvait exister au stade des investigations de police, précisément pour s'assurer qu'une personne n'est pas suspecte.

Chacun admettra que la rétention policière est une nécessité, et il est difficile d'admettre que, dans l'énumération des cas où une privation de liberté est tolérée par la Convention, ses auteurs l'aient consciemment exclue. Mieux vaudrait admettre que la liste des cas contient une lacune qu'il convient de combler. Mais pour s'en sortir, il est encore possible de soutenir que le fait de retenir une personne pendant quelques heures ne constitue pas encore une privation de liberté au sens de la Convention, comme l'affirme le professeur TRECHSEL³⁴, et cela d'autant plus qu'il ne s'agit pas en définitive de conduire la

³³ GURAZDE, p. 72, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 475, TRECHSEL, EMRK, p. 205.

³⁴ TRECHSEL, EMRK, p. 337. Dans une contribution plus récente, le professeur TRECHSEL soutient cependant que la Convention vise aussi la privation de liberté de courte durée, mais il admet néanmoins qu'elle ne doit pas être appliquée à des « de facto Freiheitsentziehungen », TRECHSEL, EuGRZ, p. 517 s.

personne appréhendée « devant l'autorité judiciaire compétente ». Ajoutons qu'une personne appréhendée n'est pas encore « enfermée », incarcérée (verhaftet): c'est la conclusion à laquelle aboutit le professeur SCHULTZ dans un avis donné sur le code de procédure d'Uri³⁵.

Même si l'on retient l'idée qu'une privation de liberté de courte durée ne constitue pas encore une arrestation ou une détention au sens de la CEDH, il est incoutestable qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté personnelle. Il est nécessaire que cette atteinte soit autorisée par la loi, comme l'a jugé le Tribunal fédéral (ATF 107 Ia 138). Plusieurs cantons qui ont récemment élaboré des lois sur la police l'ont bien compris, et ils ont pris soin de régler par la loi cette « mise à disposition » de la police, parfois désignée sous le nom de « Festnahme »³⁶.

7. Le législateur genevois ne s'est pas déclaré convaincu que la rétention policière ne constituait pas une privation de liberté au sens de la Convention, lorsqu'il s'est demandé si la police avait le droit de retenir une personne dans un poste pour les besoins d'un contrôle d'identité³⁷.

A l'évidence l'art. 5 ch. 1 litt. c n'entraîne pas en ligne de compte, car – nous le savons – la personne contrôlée peut ne pas être nécessairement suspecte d'avoir commis une infraction, ni de prendre la fuite.

Aussi s'est-on rabattu sur la lettre b, qui autorise l'arrestation pour garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi³⁸.

A première vue, cette solution est séduisante: partant de l'idée que toute personne requise par la police est tenue de justifier son identité, l'arrestation apparaît comme la sanction du refus d'obtempérer.

Mais, à la réflexion, la construction apparaît bancal: si un individu a satisfait à son obligation, sans convaincre la police de l'exactitude de l'identité qu'il a déclinée et même prouvée,

³⁵ SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26.11.1979, inédit, p. 6.

³⁶ SG: Polizeiverordnung vom 2. Dezember 1980, art. 55; Gesetzessammlung Neue Reihe 451.11; ZH: Gesetz über das Polizeiwesen, Polizeigesetz, Entwurf, § 75 (Zürcher Amtsblatt, 7. Mai 1982, p. 576); NW: Vorentwurf, Gesetz über das Polizeiwesen (Polizeigesetz), Art. 51: Signalons que le projet de loi sur la police de NW a été renvoyé au Conseil d'Etat par le Grand Conseil (Kantonsrat) le 17.12.1982. Quant au projet zurichois, il a été refusé par le peuple le 4.12.1983. Cf. Zürcher Amtsblatt 1983, 13.12.1983 p. 1521.

³⁷ BGC (GE) 1982, p. 388 s.

³⁸ BGC (GE) 1982, p. 389 ss.

comment justifier la contrainte exercée par une police incrédule ? Il n'est tout de même pas possible de soutenir que « l'obligation prescrite par la loi » est celle qui est faite à la police d'établir l'identité d'une personne.

Il n'en demeure pas moins que le législateur genevois a estimé que le contrôle d'identité ne pouvait s'effectuer qu'en vertu d'une loi, elle-même en accord avec la Convention. Il a donc fallu réviser la constitution cantonale pour donner un fondement légal au contrôle d'identité (Loi constitutionnelle du 3 juin 1982)³⁹, introduire des dispositions d'application dans la loi sur l'organisation de la police du 26 octobre 1957 (Loi du 18 septembre 1982)⁴⁰ et modifier le code de procédure pénale pour introduire le contrôle judiciaire et l'indemnisation en cas d'arrestation injustifiée (Loi du 14 octobre 1982)⁴¹.

S'il nous faut admirer le zèle du législateur genevois pour respecter la Convention, nous pensons qu'il s'est mépris sur son sens, sans doute parce qu'elle ne précise pas clairement la notion d'arrestation. Et de conclure avec le Tribunal fédéral que la police peut, sans méconnaître la liberté personnelle, ni la CEDH, ordonner la garde à vue pour un court laps de temps (ATF 107 Ia 138). Quant à savoir si une loi est indispensable pour consacrer cette rétention policière, il n'est pas nécessaire de se prononcer ici sur ce point.

³⁹ Recueil des lois (GE) 1982 (168), p. 380.

⁴⁰ Recueil des lois (GE) 1982 (168), p. 382.

⁴¹ Recueil des lois (GE) 1982 (168), p. 474.

CHAPITRE III

La détention préventive

Section 1

Les conditions matérielles

8. Généralités 9. Les exigences de la Convention
10. L'état de nos droits 11. Les incidences directes
12. Les incidences indirectes

8. Après avoir examiné la rétention policière, il convient, dans la marche traditionnelle du procès, de nous pencher sur la détention préventive, mesure extrêmement grave, qui entraîne l'incarcération du suspect pour le maintenir à la disposition de la justice. Il faut donc soumettre cette mesure à des conditions rigoureuses.

9. La Convention s'y emploie à l'art. 5 ch. 1 litt. c: elle énumère, comme conditions pouvant légitimer la détention préventive, les soupçons fondés qui pèsent sur l'auteur présumé d'une infraction quelconque, le danger de répétition et le danger de fuite. En raison de la mauvaise rédaction de cette disposition, on peut affirmer avec de nombreux auteurs que la Convention n'exige que la suspicion d'avoir commis un acte délictueux pour pouvoir ordonner la détention préventive⁴². En outre, la Convention stipule que la détention a pour objectif de traduire le

⁴² HAUSER, *Untersuchungshaft*, p. 246, SCHUBARTH, *Die Artikel 5 und 6*, p. 480, TRECHSEL, *EMRK*, p. 220 ss, *EuGRZ*, p. 524.

prévenu devant l'autorité judiciaire compétente, savoir l'autorité appelée à statuer sur la cause au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH⁴³.

10. Une constatation s'impose: l'art. 5 ch. 1 litt. c n'exige rien de plus de nos droits, qui vont très souvent plus loin que la Convention. En effet, la plupart des législations ne se contentent pas de l'existence d'une infraction quelconque, mais exigent un acte particulièrement grave (délit, crime, infraction sanctionnée par une peine privative de liberté)⁴⁴. En outre, nos droits ne se limitent généralement pas à exiger des soupçons graves, mais d'autres conditions encore pour autoriser la détention⁴⁵.

Cependant, le professeur SCHUBARTH a critiqué plusieurs législations (OJPPM⁴⁶, FR⁴⁷, AR⁴⁸, AI⁴⁹, TG⁵⁰, GE⁵¹), qui ne prévoyaient pas la suspicion de culpabilité. Il en a déduit que ces droits n'étaient pas conformes à l'art. 5 ch. 1 litt. c CEDH⁵².

11. Plusieurs de ces droits ont été modifiés pour introduire la condition des soupçons pesant sur l'auteur présumé d'une infraction. Implicitement ou explicitement, c'est un effet de la Convention: ainsi à Genève, l'art. 34 de la loi de procédure pénale du 29 septembre 1977⁵³ ou, depuis le 30 avril 1978 **Appenzell Rhodes-Extérieures**⁵⁴, voire la **législation militaire (PPM)**^{55/56}.

⁴³ «tribunal indépendant et impartial, établi par la loi»; GURAZDE, p. 74, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6. p. 480, TRECHSEL, EMRK, p. 218, EuGRZ, p. 525 s.

⁴⁴ Parmi de nombreux exemples, citons: PPM 56, ZH 49, LU 80, SZ 26, NW 53, OW 61, ZG 16, GL 48, AI 27, GR 83.

⁴⁵ Ainsi: DPA 52, PPM 56, BE 11, UR 107, SO 42, BL 25, SH 94, AG 67, TG 115, VD 59, VS 65, NE 117, JU 11.

⁴⁶ Art. 70. Cette loi est aujourd'hui abrogée.

⁴⁷ Art. 2 ch. 3.

⁴⁸ Art. 33 (ancien).

⁴⁹ Art. 77.

⁵⁰ Art. 115. Cf. aussi BÄNNINGER, p. 51.

⁵¹ Art. 98 (ancien).

⁵² SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 258 s.

⁵³ Cf. Rapport de la commission, op. cit. annot. ¹⁰ p. 154, 161; BGC (GE) 1977, p. 2564, 2569; PONCET, Le nouveau code, p. 121, BARBEY, p. 372 s.

⁵⁴ Geschäftsordnung für die Landsgemeinde vom 30. 4. 1978, p. 7; BÄNZINGER/STOLZ, p. 101; art. 98 CPP.

⁵⁵ Cf. Protokoll der 22. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO, vom 15/16. 9. 1975 in Bern, inédit, p. 25, et FF 1977 II 70.

⁵⁶ PPM 56.

En revanche, trois cantons (FR, TG, AI), n'ont pas modifié leur droit sur ce point.

Faut-il en conclure qu'ils méconnaissent la Convention ?

Nous ne le pensons pas. Prenons l'exemple du code de procédure fribourgeois: son art. 2 ch. 3 CPP ne consacre pas la condition de la suspicion d'avoir commis un acte délictueux. Toutefois, cette disposition emploie le terme de « prévenu », ce qui signifie une personne soupçonnée d'avoir commis un acte punissable. En outre, la détention préventive ne commence qu'après le premier interrogatoire du prévenu par le juge et encore faut-il des motifs graves pour la justifier⁵⁷.

12. Sans susciter toujours des réformes directes, les conditions de la détention préventive ont été examinées à plusieurs reprises sous l'angle de la Convention. Ainsi au Tessin et à Zurich, la question s'est posée de savoir si le danger de répétition de l'infraction était compatible avec l'art. 5 ch. 1 litt. c CEDH⁵⁸.

Notons enfin que la Commission européenne des droits de l'homme a été saisie de deux requêtes individuelles, émanant de justiciables de Genève et de Zurich, qui dénonçaient une violation de l'art. 5 ch. 1 litt. c CEDH. Dans l'affaire genevoise, la Commission a précisé que cette disposition autorisait la détention provisoire d'un inculpé extradé même après la clôture de l'instruction⁵⁹. En ce qui concerne la requête zurichoise, la Commission a déclaré que l'on « ne saurait exiger, pour justifier la détention préventive, que la réalité et la nature de l'infraction dont l'intéressé est soupçonné soient établies, puisque tel est le but de l'instruction, dont la détention doit permettre le déroulement normal »⁶⁰. En conséquence, les deux requêtes ont été déclarées irrecevables.

⁵⁷ Cf. FR 19; Quant aux autres droits, ils admettent implicitement cette condition, ou ils sont appliqués dans ce sens. Cf. CLERC, *Détention*, p. 397, HAUSER, *Untersuchungshaft*, p. 244, spéc. annot. 41: pour TG, Cf. BÄNNINGER, p. 292. Quant au professeur TRECHSEL, il pense que l'on ne pourrait guère soutenir avec succès une violation de la Convention pour absence de ladite condition; TRECHSEL, *EMRK*, p. 331.

⁵⁸ TI: Avis de droit du professeur SCHULTZ du 12.2.1973, inédit, p. 10 et du 15.8.1974, inédit, p. 18, ZH: *Zürcher Amtsblatt*, 14. August 1981, p. 1173 ss. La question a été renvoyée au gouvernement. On préfère attendre la révision totale du CPP. BGC (ZH) du 25.10.1982, p. 10601 ss. L'avant-projet du CPP prévoit cette condition. Cf. *Vorentwurf der Expertenkommission für eine neue Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 11. Juli 1980*, Vol. 1, § 137.

⁵⁹ X c. Suisse, D.R. 21, p. 241.

⁶⁰ Swami Omkarananda et le Divine Light Zentrum c. Suisse. D.R. 25, p. 105 s.

SECTION 2

Les droits du prévenu

§ 1 La comparution devant le magistrat

13. Généralités 14. Les exigences de la Convention
15. L'état de nos droits 16. Les incidences directes
17. Les incidences indirectes

13. La personne qui vient d'être arrêtée et incarcérée se doit de savoir pourquoi elle l'est, si sa détention est justifiée et ce qu'on lui reproche pour pouvoir se défendre. Voilà pourquoi elle doit être présentée à un magistrat dans les plus brefs délais.

14. C'est ce que prévoit l'art. 5 ch. 3, première phrase CEDH^{61/62}. La Convention emploie deux termes pour désigner l'autorité appelée à entendre le prévenu (« juge, autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »).

Dans l'arrêt Schiesser du 4 décembre 1979⁶³, la Cour a précisé que la notion de magistrat ne s'identifiait pas avec la qualité de juge, tout en précisant que l'autorité de comparution devait être indépendante à l'égard du pouvoir exécutif et des parties. Cette autorité doit entendre personnellement le prévenu,

⁶¹ « Toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1. c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ».

⁶² HAUSER, *Untersuchungshaft*, p. 250. TRECHSEL, *EMRK*, p. 245 s.

⁶³ Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 34.

examiner les circonstances qui militent en faveur ou contre la détention et se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence ordonner l'élargissement⁶⁴.

Le terme « aussitôt » vise la célérité de la procédure. En fait, il s'agit de soustraire la personne arrêtée des mains de la police afin de la placer le plus vite possible sous contrôle judiciaire⁶⁵.

Ni la Convention, ni ses organes ne précisent cependant le laps de temps maximal qui peut s'écouler entre l'arrestation et l'audition du prévenu⁶⁶.

15. L'audition du prévenu par un magistrat est assurée dans tous nos droits⁶⁷. Les délais de présentation sont brefs⁶⁸.

Ce magistrat peut-il appartenir au Ministère public ?

En effet, la procédure pénale fédérale prévoit qu'avant l'ouverture de l'instruction préparatoire, il appartient au procureur général de la Confédération ou aux fonctionnaires de la police judiciaire compétents en vertu de la législation cantonale de décerner le mandat d'arrêt et d'entendre le prévenu (art. 45/1, 47/1, 17 PPF). Il en va de même à Zurich, où le prévenu est présenté au procureur de district (art. 55, 63, 64 CPP) qui dépend du Ministère public cantonal (art. 86 OJ ZH), lui-même subordonné à la direction de la justice et au gouvernement (art. 91 OJ ZH). Même solution à Bâle-Ville où l'audition du prévenu est de la compétence du Ministère public (art. 22a, 56/1 CPP).

Certains auteurs ont soutenu que ces dispositions n'étaient pas conformes à la Convention, car le Ministère public a la qualité de partie au procès, ce qui ne garantit pas l'indépendance exigée par l'art. 5 ch. 3 CEDH⁶⁹.

⁶⁴ Arrêt Schiesser, op. cit. annot. ⁶³, § 31, p. 13 s.

⁶⁵ HAUSER, Untersuchungshaft, p. 250, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 486, TRECHSEL, EMRK, p. 254.

⁶⁶ HAUSER, Untersuchungshaft, p. 252, TRECHSEL, EMRK, p. 255. Le professeur TRECHSEL préconise cependant un délai maximal de 48 heures, Cf. TRECHSEL, EuGRZ, p. 530.

⁶⁷ PPF 47, BE 118, SZ 32, NW 57/1, GL 53, FR 2/3, SH 98, AI 28/2, TI 36, VD 58/3, VS 71, NE 118, pour ne citer que ces droits.

⁶⁸ P. ex. 24 heures: SO 46, AR 105, JU 119: premier jour ouvrable après l'arrestation: PPM 59, DPA 55, ZH 64, UR 114, GR 85/3; 36 heures: ZG 16/3.

⁶⁹ NOLL, Strafprozessrecht, p. 75, PONCET, La protection, p. 151 spéc. annot. 457, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 486, TRECHSEL, EMRK, p. 362, 385, 387.

16. Cette opinion a joué un rôle certain lors de l'élaboration de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974⁷⁰. Le projet de 1971, qui s'inspirait déjà de la Convention⁷¹, attribuait la compétence pour arrêter et entendre un prévenu au fonctionnaire enquêteur⁷², le prévenu pouvant demander à être présenté à un juge⁷³. Les Chambres fédérales ont modifié ces dispositions⁷⁴: l'art. 51/3-5 DPA exige dorénavant que la personne arrêtée provisoirement soit immédiatement conduite devant l'autorité judiciaire cantonale compétente pour décerner le mandat d'arrêt, lorsqu'il subsiste une cause d'arrestation⁷⁵.

Quant à la PPF, le projet de la commission d'experts pour la révision de l'organisation judiciaire propose de modifier les articles 16 et 45 à 47 de la loi pour se conformer à l'art. 5 ch. 3 de la Convention⁷⁶. Selon le projet, les procureurs des cantons n'exerceront plus les fonctions qui incombent aux autorités selon l'art. 5 ch. 3 CEDH⁷⁷. Seul le Ministère public fédéral pourra décerner un mandat d'arrêt avant l'ouverture de l'enquête préliminaire, et l'audition du prévenu se fera par le juge d'instruction fédéral compétent à raison du lieu, pour respecter l'art. 5 ch. 3 de la Convention⁷⁸.

Mais ne s'est-on pas trop pressé de suivre l'avis de la doctrine (N° 15 in fine)? N'est-ce pas un excès de formalisme?

La question s'est posée à propos du procureur de district zurichois dans deux requêtes individuelles auprès des organes de la Convention.

Dans l'affaire Schiesser précitée⁷⁹, la Cour a conclu à la non-violation de l'art. 5 ch. 3 CEDH précisant que le « procureur de district de Winterthour présentait en l'espèce les garanties

⁷⁰ RS 313.0.

⁷¹ FF 1971 I 1025.

⁷² Art. 53 ss du projet, Cf. FF 1971 I 1066 s.

⁷³ Art. 59 du projet, FF 1971 I 1068; Le professeur TRECHSEL n'a pas manqué de critiquer cette réglementation, TRECHSEL, EMRK, p. 385.

⁷⁴ BO CN 1973, p. 481.

⁷⁵ Cf. HAUSER, Untersuchungshaft, p. 251, spéc. annot. 61 et les références indiquées.

⁷⁶ Cf. Rapport de la commission d'experts sur la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, janvier 1982, p. 76 s.

⁷⁷ Cf. Rapport, op. cit. p. 76 s et art. 16 PPF tel qu'il figure dans le « Projet de la Commission d'experts pour la révision de l'organisation judiciaire, janvier 1982 », p. 63.

⁷⁸ Cf. Rapport, op. cit. annot. ⁷⁶ p. 77 et les art. 45-47, tels qu'ils figurent dans le projet, op. cit. annot. ⁷⁷ p. 64 s.

⁷⁹ Cf. supra, N° 14.

de l'indépendance de procédure et de fond inhérentes à la notion de « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »⁸⁰. Et dans l'affaire X. c. Suisse, la Commission, tout en se référant à l'arrêt Schiesser, a déclaré la requête irrecevable⁸¹.

L'avant-projet de code de procédure pénale zurichois du 11 juillet 1980 maintient les fonctions du procureur de district en faisant allusion à l'arrêt Schiesser rendu par la Cour et à l'art. 5 ch. 3 de la Convention⁸².

17. Quelques législateurs se sont interrogés sur la qualité de magistrat, au sens de l'art. 5 ch. 3 CEDH. Ainsi à Bâle-Ville, un postulat demandait déjà en 1975 la réintroduction du juge d'instruction⁸³. Entre-temps, le Tribunal fédéral fut appelé à statuer sur le point de savoir si le Ministère public était un magistrat au sens de l'art. 5 ch. 3 CEDH. Il jugea la réglementation bâloise conforme à la Convention⁸⁴. Cela n'empêcha pas le gouvernement de soumettre au Grand-Conseil, en 1979, un projet de révision partielle du CPP en vue d'adapter certaines dispositions aux exigences de la Convention⁸⁵.

L'introduction d'un « juge de la détention » (Haftrichter) fut envisagée avec mention expresse de l'art. 5 ch. 3 CEDH⁸⁶. Une commission d'experts fut chargée d'élaborer deux projets: l'un consiste à introduire le « juge de la détention », le second à enlever au Ministère public la fonction d'instruire⁸⁷. Commentant cette révision, le professeur KRAUSS souscrit à l'introduction du « juge de la détention »^{88/89}.

⁸⁰ Arrêt Schiesser, op. cit. annot. ⁶⁸, § 38, p. 16.

⁸¹ D.R. 22, p. 131.

⁸² Cf. les §§ 144-149 de l'avant-projet, op. cit. annot. ⁵⁸, Vol. 1, spéc. le commentaire ad. § 145, p. 209.

⁸³ BGC (BS) 1975/76, 5 juin 1975, p. 100.

⁸⁴ ATF 102 Ia 379.

⁸⁵ Zwischenbericht der Grossratskommission zum Ratschlag 7506 zu einem Gesetz betreffend Abänderung und Ergänzung der Strafprozessordnung, N° 7681, 26. März 1982, p. 5 ss.

⁸⁶ Zwischenbericht, op. cit. p. 9 s.

⁸⁷ Zwischenbericht, op. cit. p. 10.

⁸⁸ KRAUSS, p. 762.

⁸⁹ Il apparaît donc que pour éviter les discussions sur le point de savoir si le Ministère public est un magistrat exerçant des fonctions judiciaires, on a préconisé la création d'un « juge de la détention ». Cependant, il ne faut pas confondre le juge de la détention avec le juge d'instruction. En effet, le juge de la détention sera appelé à contrôler l'arrestation ou d'autres mesures de contrainte ordonnées par l'autorité d'instruction. Cf. conc. les compétences du juge de la détention, avant-projet ZH, op. cit. annot. ⁵⁸, Vol. 1, §§ 150-154. Cf. aussi, infra, N° 37, spéc. annot. ²⁴⁸.

A **Soleure**, M. WINIGER, examinant la position du juge d'instruction au regard de l'art. 5 ch. 3 CEDH, conclut qu'il faudrait introduire le «juge de la détention» pour éviter une éventuelle censure des organes de la Convention⁹⁰.

En **Argovie** où le prévenu est traduit devant le préfet⁹¹, il est admis que le système est conforme à l'art. 5 ch. 3 CEDH, vu l'arrêt Schiesser rendu par le Tribunal fédéral en 1976 (ATF 102 Ia 179) et confirmé depuis lors par la Cour européenne⁹².

⁹⁰ WINIGER, p. 433 ss spéc. 440.

⁹¹ AG 71 et Gesetz über die Einrichtung der Bezirksämter, Aargauische Gesetzessammlung (AGS), I 121, art. 32.

⁹² BRENNPUNKT, Zeitschrift für das aargauische Staats- und Gemeindepersonal, 74. Jahrgang, Nr. 10, Oktober 1977, p. 97-99.

§ 2 Le droit d'être informé

18. Remarques générales 19. La garantie de la Convention
20. L'état du droit suisse 21. Les incidences directes
22. Les incidences indirectes

18. L'individu en détention préventive est à la fois détenu et justiciable⁹³.

En tant que détenu, il est soumis au régime fixé par un règlement de prison. Relevons ici que la Résolution (73) 5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus⁹⁴, précise les modalités de la détention dans les Etats membres du Conseil⁹⁵. Nous ne nous y arrêterons pas.

Comme justiciable, le prévenu bénéficie de garanties formelles dont l'une des plus élémentaires est celle du **droit d'être informé**.

19. L'art. 5 ch. 2 de la Convention stipule que « Toute personne arrêtée⁹⁶ doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».

Selon cette disposition, le prévenu doit être informé des raisons pour lesquelles il se voit privé de sa liberté ainsi que des actes punissables qu'on lui impute⁹⁷. L'information doit permettre au prévenu de se défendre contre les faits dont on lui fait grief et de pouvoir contester la légitimité de la détention⁹⁸.

⁹³ CLERC, *Initiation*, p. 171.

⁹⁴ *Annuaire Européen*, Vol. XXI (1973), p. 322 ss.

⁹⁵ Cf. HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 192.

⁹⁶ Curieusement la Convention n'utilise ici que le terme d'arrestation, alors que dans toutes les autres garanties (art. 5, ch. 3, ch. 4, ch. 5) on retrouve aussi bien le terme d'arrestation que celui de détention. Cela a donné lieu à de nombreuses controverses que nous n'avons cependant pas à trancher ici. Cf. TRECHSEL, *EMRK*, p. 229 s., *EuGRZ*, p. 528: Signalons simplement à nouveau l'ambiguïté des termes utilisés par la Convention. Cf. *supra*, N° 5, N° 9.

⁹⁷ BISCHOFBERGER, p. 213 s., SCHUBARTH, *Die Artikel 5 und 6*, p. 481, TRECHSEL, *EMRK*, p. 230.

⁹⁸ PONCET, *La protection*, p. 137, TRECHSEL, *EuGRZ*, p. 528.

La Convention ne règle pas la forme de l'information^{98a}, mais précise que le prévenu doit être renseigné rapidement et dans une langue qu'il comprend. Elle tend ainsi à assurer une information efficace. Le prévenu ne peut en effet contester les faits que s'il est informé dans une langue qu'il comprend⁹⁹.

20. Nos droits prévoient généralement l'information du prévenu dans le mandat d'arrêt¹⁰⁰, lors du premier interrogatoire¹⁰¹, ou même dans les deux cas¹⁰². La traduction éventuelle de l'information est assurée dans la législation suisse soit par les dispositions concernant l'interprète¹⁰³, soit par des règles spéciales concernant l'interrogatoire du prévenu¹⁰⁴.

Cependant quatre codes de procédure (OW, ZG, GL, GR) ne prévoyaient aucune information du prévenu¹⁰⁵, tandis que d'autres, selon certains auteurs, ne garantissaient qu'une information insuffisante par rapport à la Convention¹⁰⁶.

21. Parmi les législations critiquées, trois ont expressément consacré l'information du prévenu: **Obwald** (Loi du 9 mars 1973, art. 62/1 CPP)¹⁰⁷, **Grisons** (Loi du 7 avril 1974, art. 83/1 CPP)¹⁰⁸ et **Zoug** (Loi du 15 mars 1979, art. 16/3 CPP)¹⁰⁹.

^{98a} Cf. à ce sujet: BISCHOFBERGER, p. 214, PONCET, La protection, p. 137, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 481, TRECHSEL, EMRK, p. 231.

⁹⁹ Signalons que l'art. 5 ch. 2 ne prévoit pas la gratuité de la traduction comme l'art. 6 ch. 3 litt. e. BISCHOFBERGER (BISCHOFBERGER, p. 215 s) préconise la gratuité aussi pour l'art. 5 ch. 2, alors que TRECHSEL (TRECHSEL, EMRK, p. 231) pense que cette question ne se pose pas, vu la brièveté des textes à traduire.

¹⁰⁰ A titre d'exemple: PPF 46, UR 108/2, TI 35/1, VS 67.

¹⁰¹ LU 83/1, NE 138/4.

¹⁰² ZH 54, 85, BE 113, 118, SZ 23, 27, FR 11, 19, VD 117, 129/2 pour ne donner que ces exemples.

¹⁰³ Ainsi p. ex. BE 60/1, SO 73, AG 115/1, NE 60.

¹⁰⁴ P. ex. PPF 98, FR 20, SG 76, TI 133.

¹⁰⁵ SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 259, TRECHSEL, EMRK p. 342 s. Cf. en outre pour GR: SCHÜRER, p. 39 ss, pour ZG: VON RECHENBERG, p. 129 s.

¹⁰⁶ Ainsi: SO 43/2 et BL 29/2 qui réservent l'intérêt de l'enquête; AR 34/1 (ancien) et AI 27/4 qui ne prévoient une information qu'en règle générale; NW 32/1 (ancien) qui n'informait pas le prévenu des causes de l'arrestation; Cf. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 259, TRECHSEL, EMRK, p. 341 s. Cf. aussi pour SO, GUIGNARD, p. 54 s.

¹⁰⁷ Cf. HÄFLIGER, p. 88.

¹⁰⁸ Les travaux préparatoires ne mentionnent cependant pas expressément la Convention. Cf. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat du 29.3.1973, p. 1 ss et BGC (GR) 1973, p. 53 ss, 67 ss, 99 ss, 280 ss. Cf. aussi SCHÜRER, p. 40 annot. 70 et p. 73.

¹⁰⁹ Cf. CLERC, Chronique, RPS 95 (1978), p. 104.

D'autres cantons ont retouché leur législation pour se conformer à la Convention : **Nidwald** en introduisant trois nouvelles dispositions dans son code du 3 juillet 1976 (art. 55, 57 et 88 CPP)¹¹⁰, **Neuchâtel**, lors d'une révision partielle du 12.6.1977 (art. 138/4 CPP)¹¹¹ et **Appenzell Rhodes-Extérieures**, dans son nouveau code de 1978 (art. 99, 105/2 CPP)¹¹². Enfin, les directives de l'Obergericht schaffhousois (chiffres 11 et 12)¹¹³ préconisent une extension dans la pratique de l'information en se référant à l'art. 5 ch. 2 de la Convention¹¹⁴.

22. L'art. 5 ch. 2 CEDH a suscité des discussions dans les cantons de Soleure et Schaffhouse. A **Soleure**, M. WINIGER note que les articles 43/2 et 93/1 CPP ne sont pas à l'abri de critiques sous l'angle de la Convention. Il estime que ces dispositions doivent être appliquées par le juge d'instruction en conformité avec l'art. 5 ch. 2 CEDH¹¹⁵. A **Schaffhouse**, on s'est demandé si l'art. 5 ch. 2 de la Convention stipulait aussi l'accès au dossier lors de l'instruction. Tout en répondant par la négative, l'Obergericht exigea que l'accès fût possible dès qu'il n'y avait plus de danger pour l'instruction (Directives chiffre 9/1)¹¹⁶.

Enfin, nous constatons que certains droits, qui ont été critiqués sous l'angle de la Convention¹¹⁷, consacrent une information satisfaisante du prévenu¹¹⁸. De plus, on rappellera que le Tribunal fédéral garantit le droit à l'information en application de l'art. 4 Cst. (droit d'être entendu)¹¹⁹.

¹¹⁰ Cf. Bemerkungen zum Vorentwurf einer Strafprozessordnung des Kantons Nidwalden du 10.3.1973, inédit, notes de M. P. Odermatt ad §§ 51, 53.

¹¹¹ BGC (NE) 1977/78 (143), p. 169, 178.

¹¹² Cf. Geschäftsordnung, op. cit. annot. ⁵⁴, p. 7.

¹¹³ Weisung des Obergerichts über die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess vom 6. Dezember 1977, AB OG 1977, p. 115 ss; Cf. aussi DUBACH, p. 196 ss.

¹¹⁴ Obergericht des Kantons Schaffhausen, Bericht zur Weisung, 6.12.1977, p. 52 ss.

¹¹⁵ WINIGER, p. 430 s, Cf. aussi GUIGNARD, p. 103.

¹¹⁶ Cf. Bericht zur Weisung, op. cit. annot. ¹¹⁴, p. 42 ss.

¹¹⁷ Cf. supra, N° 20.

¹¹⁸ Ainsi GL 42/1 qui prévoit que le juge d'instruction doit informer le prévenu de l'accusation et des soupçons qui pèsent sur lui; BL 29 ch. 2 qui prévoit que le mandat d'arrêt doit indiquer l'accusation donnant lieu à l'instruction et l'art. 55 qui oblige l'autorité d'instruction à informer le prévenu du motif de l'accusation; enfin AI 34/1 qui stipule que le juge d'instruction doit inciter le prévenu à se prononcer sur l'accusation qui est portée contre lui. Cela implique nécessairement qu'il en soit informé.

¹¹⁹ ATF 53 I 20; HAUSER, Untersuchungshaft, p. 249 s.

§ 3 La mise au secret

23. Remarques générales 24. La mise au secret en droit suisse
25. Les exigences de la Convention 26. Les incidences directes
27. Les incidences indirectes 28. Remarques finales

23. Pour les besoins de l'enquête, le prévenu incarcéré est parfois totalement isolé, sans pouvoir communiquer avec qui que ce soit: c'est la mise au secret. En réalité, cette mesure est le plus souvent un moyen de pression pour forcer les aveux du prévenu¹²⁰. Est-elle compatible avec la Convention ?

24. S'inspirant du droit français, certains cantons romands consacrent l'interdiction de communiquer sous la forme de la mise au secret¹²¹ que la plupart des lois de procédure autorisent sous la forme de restriction de la communication avec le défenseur¹²², du refus de la consultation du dossier¹²³, et de la limitation des relations du prévenu¹²⁴. Aussi certains auteurs refusent-ils de voir dans la mise au secret une particularité romande¹²⁵. Soulignons d'ailleurs que les législations, qui connaissent la mise au secret la tempèrent par divers moyens^{126/127}.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises sur la mise au secret¹²⁸. Nous renvoyons à sa jurisprudence¹²⁹, d'où il ressort que cette institution constitue une atteinte grave à la

¹²⁰ CLERC, *Initiation*, p. 173, *Détention avant jugement*, p. 404, *Détention*, p. 165, PIQUEREZ, p. 443 s., PONCET, *La protection*, p. 185, *L'instruction contradictoire*, p. 142, SCHUBARTH, *Untersuchungsverfahren*, p. 182, TRECHSEL, *Mise au secret*, p. 237.

¹²¹ VD 79, 80, VS 73, NE 141, 142, GE 149, 150.

¹²² A titre d'ex. PPF 117, ZH 18, UR 52, 53, FR 22/2, SG 98.

¹²³ A titre d'ex. SO 96, GR 76 c/1, ZG 10/4.

¹²⁴ A titre d'ex. BS 56/3, AG 33/2, SH 100.

¹²⁵ CLERC, *Initiation*, p. 173, *Détention*, p. 166, *Détention avant jugement*, p. 404, PONCET, *La protection*, p. 185.

¹²⁶ *Limitation de la durée*: VS 73/2, NE 142, VD 79, GE 149; *communication avec le défenseur*: VD 80/2, NE 141 et 130, GE 50/1; *voies de recours*: VS 73/4, VD, GILLIÉRON, p. 45, notes D, NE 141, GE, PONCET, *Le nouveau code*, note ad. art. 149/3, p. 218.

¹²⁷ Ce qui n'est souvent pas le cas des droits qui la prévoient par des voies détournées comme l'a remarqué le Tribunal fédéral, ATF 103 Ia 298.

¹²⁸ ATF 101 Ia 46, 103 Ia 293, 105 Ia 98, Arrêt Stürm du 10. 6. 1980 non publié.

¹²⁹ Cf. à ce sujet, TRECHSEL, *Mise au secret*, p. 235 ss.

liberté personnelle du justiciable « ayant pour principal effet l'interruption des communications entre ce dernier et son conseil »¹³⁰.

Dès lors, la mise au secret doit rester une mesure exceptionnelle qui ne doit être ordonnée que dans les cas graves et uniquement pour éviter un danger de collusion¹³¹.

25. Les articles 5 et 6 de la Convention ne contiennent aucune norme qui vise la mise au secret et notamment aucune disposition qui consacre expressément le droit de communiquer librement avec le défenseur¹³². La doctrine estime cependant que ce droit découle de l'art. 6 ch. 3 litt. b aux termes duquel « Tout accusé a droit notamment à : disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense »¹³³.

Statuant sur la recevabilité de la requête Bonzi¹³⁴, la Commission européenne des droits de l'homme a confirmé que la Convention ne contenait pas de garantie expresse concernant le droit d'un détenu à conférer avec son conseil, ajoutant toutefois que ce droit était un élément fondamental de la préparation de la défense instituée par l'art. 6 ch. 3 litt. b CEDH¹³⁵. La Commission ne s'est cependant pas prononcée sur la question controversée de l'application de l'art. 6 à l'instruction préparatoire¹³⁶.

26. Dans son rapport sur la Convention, le Conseil fédéral faisait allusion aux difficultés que pourraient rencontrer certains cantons connaissant la mise au secret au regard de la Convention¹³⁷. La plupart des auteurs se sont interrogés à ce sujet¹³⁸, et les réactions ne se sont pas faites attendre.

A Neuchâtel, une motion Steiger demandait dès 1975 l'abolition de la mise au secret¹³⁹. Deux ans plus tard, un rapport au

¹³⁰ ATF 105 Ia 100.

¹³¹ Cf. HAUSER, *Untersuchungshaft*, p. 260.

¹³² PONCET, *La protection*, p. 186, TRECHSEL, *Mise au secret*, p. 241.

¹³³ BISCHOFBERGER, p. 139, GURAZDE, p. 107, KOHLBACHER, p. 93, PONCET, *La protection*, p. 186 s, SCHUBARTH, *Die Artikel 5 und 6*, p. 507, TRECHSEL, *Verteidigungsrechte*, p. 351.

¹³⁴ La requête avait été déclarée irrecevable car manifestement mal fondée.

¹³⁵ D.R. 12, p. 187.

¹³⁶ D.R. 12, p. 187 s. Nous reviendrons sur cette question. Cf. *infra*, N° 48.

¹³⁷ Le Conseil fédéral admettait ainsi implicitement l'application de l'art. 6 à l'instruction préparatoire, FF 1968 II 1120.

¹³⁸ BISCHOFBERGER, p. 143, PONCET, *La protection*, p. 185, SCHUBARTH, *Die Artikel 5 und 6*, p. 507, TRECHSEL, *Verteidigungsrechte*, p. 352 s.

¹³⁹ BGC (NE) 1975/76, (141), p. 133 ss.

Grand Conseil relevait certaines incompatibilités de la mise au secret avec la Convention¹⁴⁰, proposant une adaptation des art. 130 (communication avec le défenseur) et 141-142 CPP (mise au secret) aux exigences de la CEDH¹⁴¹. Elle fut consacrée par une loi du 12 juin 1977^{142/143}.

A Genève, lors de la discussion d'un nouveau code de procédure pénale, il fut fait allusion, déjà en 1972, à la mise au secret sous l'angle de l'art. 6 de la Convention¹⁴⁴. En 1975, le Tribunal fédéral devait se prononcer à ce sujet: tout en précisant que cette institution pouvait mettre en cause l'interprétation de l'art. 3 (interdiction de la torture et de traitements inhumains ou dégradants) et de l'art. 6 ch. 3 litt. b CEDH, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la conformité de la mise au secret avec la Convention¹⁴⁵.

Dans son rapport sur la révision du CPP et de la loi constitutionnelle, la commission chargée d'étudier ces projets proposait de permettre au détenu de communiquer avec son conseil pendant la mise au secret, afin de se conformer aux droits de la défense garantis à l'art. 6 de la Convention et en se référant expressément à l'arrêt du Tribunal fédéral¹⁴⁶. Les délibérations du Grand Conseil ont confirmé cette volonté¹⁴⁷. La loi modifiant la constitution a été adoptée le 25 septembre 1977¹⁴⁸ et le nouveau CPP le 29 septembre 1977¹⁴⁹. Soulignons que le Conseil fédéral, dans sa proposition d'approbation de la révision

¹⁴⁰ BGC (NE) 1977/78, (143), p. 165.

¹⁴¹ BGC (NE) 1977/78, (143), p. 168 ss.

¹⁴² BGC (NE) 1977/78, (143), p. 212. Le nouvel art. 141 s'intitule dorénavant « Isolement en cellule ». Les nouveaux art. 141 et 142 sont libellés comme suit: « Art. 141: Exceptionnellement, si cette mesure paraît indispensable pour éviter des risques de collusion, le prévenu peut être isolé en cellule pour les besoins de l'instruction. Cette décision est susceptible de recours à la Chambre d'accusation. S'il entend recourir, le prévenu isolé en cellule sera autorisé à conférer avec son défenseur. L'article 130, alinéa 2 est applicable ». « Art. 142: En règle générale, l'isolement cellulaire ne doit pas dépasser huit jours. Il peut être prolongé jusqu'à trente jours à la requête du juge d'instruction par décision de la Chambre d'accusation. »

¹⁴³ Soulignons ici qu'on ne s'est pas soucié de savoir quelle était la disposition exacte de la Convention qui visait la mise au secret, ni de savoir si celle-ci s'appliquait, le cas échéant, à la phase de l'instruction.

¹⁴⁴ Procès-verbaux de la Commission du Grand Conseil chargée d'examiner les projets 1701 à 1705 inédits, 195^e séance, p. 3.

¹⁴⁵ ATF 101 Ia 58 s. Cf. aussi pour le canton de Berne, l'affaire Möller/Kröcher citée chez JACOT-GUILLARMOD, p. 28.

¹⁴⁶ Rapport de la commission, op. cit. annot. ¹⁰ p. 37, 75, 107.

¹⁴⁷ BGC (GE) juin 1977, 25^e séance, p. 3113, 3115, 3119.

¹⁴⁸ Cf. art. 29/1 cst. GE.

¹⁴⁹ Cf. PONCET, Le nouveau code, note ad. art. 150/2, p. 219.

constitutionnelle genevoise, précisa qu'elle tenait compte des garanties accordées aux articles 5 et 6 de la Convention¹⁵⁰.

Fribourg, ne connaît pas formellement la mise au secret, mais sa pratique a fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 2 mai 1979¹⁵¹: l'art. 22/2 CPP ne garantissait la libre communication du prévenu avec son conseil qu'après la clôture de l'enquête. Le juge en avait tiré l'interdiction de la libre communication pendant l'instruction. Le TF a jugé cette déduction incompatible avec l'art. 6 ch. 3 litt. b de la Convention, même si cette disposition ne garantit pas expressément la communication entre le prévenu et son défenseur¹⁵².

Peu avant cette décision, une interpellation Cottier au Grand Conseil avait demandé l'adaptation du CPP aux « ordres juridiques supérieurs »¹⁵³. Lors de l'examen de cette interpellation, mention fut faite de l'incompatibilité de l'art. 22/2 CPP avec la Convention¹⁵⁴. En 1981, le Grand Conseil devait modifier l'art. 22 CPP en se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral¹⁵⁵. Voté le 13 novembre 1981¹⁵⁶, le nouvel art. 22 ch. 2, prévoit désormais que le défenseur peut librement communiquer avec le prévenu, mais les besoins de l'enquête peuvent justifier une limitation de ce droit¹⁵⁷.

27. Dans le canton de **Vaud**, la mise au secret a fait l'objet de multiples interventions au Grand Conseil, mais sans entraîner une modification législative¹⁵⁸. Toutefois, le Tribunal fédéral a dû se prononcer à deux reprises sur le système vaudois.

Dans un arrêt Bonzi, il précisa que les restrictions impliquées par la mise au secret (interdiction des visites et limitation

¹⁵⁰ FF 1978 I 1299 s.

¹⁵¹ ATF 105 Ia 98.

¹⁵² Le Tribunal fédéral admet que l'application de cette disposition à l'instruction préparatoire est discutée. Cependant, il ajoute qu'il ne pourrait pas y avoir de recours effectif au sens de l'art. 5 ch. 4 CEDH si on interdit toute communication avec le défenseur durant l'instruction. ATF 105 Ia 101 s.

¹⁵³ BGC (FR) 1979, p. 226.

¹⁵⁴ BGC (FR) 1979, p. 720.

¹⁵⁵ BGC (FR) 1981, p. 830, 1159.

¹⁵⁶ FO (FR) 1981, p. 1758.

¹⁵⁷ Bulletin des lois (FR) 1981, p. 291.

¹⁵⁸ Motion Menétrey: BGC (VD) 1975/76. 2. p. 1068 ss, spéc. p. 1069, Motion Bagi et Consorts: BGC (VD) 1976. 1. p. 559 s, Rapport du Conseil d'Etat: BGC (VD) 1979. 2b. p. 2186 ss, Rapport du Conseil d'Etat: BGC (VD) 1980. Ia. p. 276 s, 279 ss, Interpellation Menétrey: BGC (VD) 1980. Ia. p. 574, 579, 582, 586, Motion Menétrey: p. 633 ss, Rapport de la commission appelée à étudier la motion Menétrey, BGC (VD) 1980. 1b. p. 1676 ss, 1686 ss.

du droit de communiquer librement avec le conseil), n'étaient pas contraires aux art. 3 et 6 de la Convention¹⁵⁹ et dans l'affaire Stürm, le Tribunal fédéral n'examina que l'art. 3 de la Convention et ne constata aucune violation¹⁶⁰.

En Valais, le Grand Conseil a été saisi d'une pétition du Groupe Action Prison qui demandait une adaptation de la détention préventive à la Convention dans tous les cantons romands¹⁶¹. A propos de la mise au secret, le gouvernement se référa à la modification apportée à Neuchâtel en 1977¹⁶² dans le but d'améliorer la situation, « notamment de la détention préventive lorsque le juge décide de passer au stade de la mise au secret »¹⁶³.

A Berne, une motion Droz demandait au Grand Conseil de modifier l'art. 97 CPP¹⁶⁴. Cette disposition prévoit que le prévenu peut communiquer verbalement ou par écrit sans aucune surveillance après un premier interrogatoire complet. La motion qui a été transformée en postulat prévoit que l'interrogatoire complet devra avoir lieu au plus tard dans les trois jours suivant l'arrestation afin d'éviter l'isolement du prévenu pendant une durée indéterminée¹⁶⁵.

Enfin, Schaffhouse qui, selon le professeur SCHUBARTH, serait le seul canton alémanique à consacrer la mise au secret (art. 100 CPP)¹⁶⁶, a pris soin d'améliorer la position du prévenu auquel on applique cette mesure en se référant à l'art. 6 ch. 3 litt. b de la Convention¹⁶⁷. Signalons aussi que le projet du nouveau CPP (art. 35) reconsidère le droit de communication entre le prévenu et son conseil en admettant certaines restrictions sans jamais l'interdire complètement et abolit ainsi le système rigide prévu à l'art. 100 du CPP actuel¹⁶⁸.

¹⁵⁹ ATF 103 Ia 306 ss. Cette affaire a par la suite été portée à Strasbourg. Cf. supra, N° 25.

¹⁶⁰ Cf. les extraits publiés chez MALINVERNI/WILDHABER, ASDI 1981 p. 294.

¹⁶¹ BGC (VS), session novembre 1977, p. 273 ss.

¹⁶² Cf. supra, N° 26.

¹⁶³ BGC (VS), op. cit. p. 282.

¹⁶⁴ BGC (BE), 1982 p. 414.

¹⁶⁵ BGC (BE), 1982 p. 414 s.

¹⁶⁶ SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 117: Selon cette disposition, l'autorité d'instruction peut interdire toute communication au prévenu lorsqu'il s'agit d'un cas grave et que l'intérêt de l'enquête l'exige. Cf. aussi, DUBACH, p. 252 spéc. annot. 9.

¹⁶⁷ Bericht zur Weisung, op. cit. annot. ¹¹⁴ p. 27 s, 39 s.

¹⁶⁸ Vorlage des Regierungsrates vom 6.12.1983. Bericht und Antrag des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen an den Grossen Rat über die Totalrevision der Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen, p. 13 s.

28. Même si le zèle de certains législateurs pour se conformer à la Convention quant à la mise au secret paraît admirable, quelques observations s'imposent.

D'abord, la Convention ne prévoit aucune règle expresse à ce sujet¹⁶⁹.

Si l'on admet avec de nombreux auteurs que l'art. 6 ch. 3 litt. b consacre le droit du prévenu de communiquer avec son conseil¹⁷⁰, il n'en demeure pas moins qu'on ne saurait appliquer sans autre cette disposition à l'instruction préparatoire. Dès lors, pourquoi se référer à une disposition internationale peu précise, au lieu d'invoquer simplement, en matière de mise au secret, les droits élémentaires du justiciable consacré par nos droits, notamment le respect de la dignité humaine, et l'interdiction de contrainte lors de l'interrogatoire, voire le droit au silence¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cf. supra, N° 25.

¹⁷⁰ Cf. supra, N° 25.

¹⁷¹ Cf. p. ex. Fribourg, art. 19 ch. 2 CPP.

§ 4 La durée de la détention

29. Généralités 30. Les exigences de la Convention
31. L'état de nos droits 32. Les incidences directes
33. Les incidences indirectes

29. La durée de la détention préventive ne peut être fixée à l'avance. En principe, elle prend fin lorsque la cause qui la justifiait vient à disparaître, et c'est pourquoi la loi permet au prévenu de demander sa mise en liberté: mais en fait, il arrive que l'autorité d'instruction maintienne le prévenu pour des raisons étrangères au but de cette mesure coercitive, (commodité, châtiment), et c'est pourquoi le législateur s'emploie à limiter la durée de la détention.

30. Les auteurs de la Convention y ont songé en prévoyant à l'art. 5 ch. 3, 2e phrase, que « Toute personne arrêtée ou détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure ».

Cette disposition poursuit deux objectifs.

D'une part elle permet de contrôler la durée de la détention préventive en veillant à ce que le prévenu ne soit pas privé de sa liberté au-delà d'une certaine limite. Si la cause ne peut être jugée dans un « délai raisonnable », le prévenu doit être libéré¹⁷².

D'autre part, cette garantie contraint l'autorité à mener la procédure rondement¹⁷³. La Convention ne donne cependant pas le choix entre l'obligation de mener la cause avec célérité ou de libérer le prévenu, quitte à conduire ensuite l'affaire en toute tranquillité. Cela serait contraire à l'art. 6 ch. 1 CEDH, qui impose la célérité du procès, même si le prévenu est en liberté¹⁷⁴.

Par « délai raisonnable », la Convention ne fixe pas de limite à la durée de la détention. C'est ce qu'admet la Commission

¹⁷² PONCET, La protection, p. 65, SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 259, Die Artikel 5 und 6, p. 488, TRECHSEL, EMRK, p. 256.

¹⁷³ BISCHOFBERGER, p. 222, GURAZDE, p. 83, TRECHSEL, EMRK, p. 253, spéc. annot. 965.

¹⁷⁴ BISCHOFBERGER, p. 222, HAUSER, Untersuchungshaft, p. 256 s, PONCET, La protection, p. 65, spéc. annot. 204, TRECHSEL, EMRK, p. 256.

européenne des droits de l'homme, quitte à dégager certains critères d'appréciation.

Dans une décision sur la recevabilité de la requête Swami Omkarananda et le Divine Light Zentrum c. Suisse, cette Commission souligne que le caractère raisonnable d'une période de détention ne saurait s'apprécier dans l'abstrait et que la décision relative au point de savoir s'il y a eu violation de la Convention s'appuie essentiellement sur l'évaluation des motifs indiqués dans les décisions concernant les demandes de mise en liberté provisoire, ainsi que sur les faits non controuvés indiqués par le requérant dans sa requête. Il faut également tenir compte de la diligence mise par les autorités dans la conduite de l'affaire, ainsi que du comportement du requérant¹⁷⁵.

31. Tous nos droits s'emploient à limiter la durée de l'incarcération par différents moyens : accélération de la procédure dès qu'il y a incarcération¹⁷⁶, limitation de la durée de la détention¹⁷⁷, subordonnée à l'autorisation de l'autorité de surveillance¹⁷⁸, mise en liberté dès que la cause de la détention a disparu¹⁷⁹, durée qui ne doit pas excéder la peine qui sera probablement prononcée¹⁸⁰.

Comme nous l'avons dit, les motifs de la détention jouent ici un rôle déterminant : dès qu'ils disparaissent, le prévenu doit être libéré¹⁸¹.

32. La Convention a incité plusieurs législateurs à reconsidérer le problème de la durée de la détention.

Ainsi à Berne cette question fit, en 1968 déjà, l'objet d'une intervention parlementaire¹⁸². Dans un rapport explicatif du 21 juin 1972, le professeur SCHULTZ aborda le problème de la durée de la détention sous l'angle de la Convention, tout en

¹⁷⁵ D.R. 25, p. 138 s. Cf. en outre conc. les critères d'appréciation dégagés par la Commission et la Cour: BARBEY, p. 383 ss, BOLLE, p. 296, JACOT-GUIL-LARMOD, p. 29 s, PONCET, La protection, p. 69 ss, TRECHSEL, EMRK, p. 260 ss, EuGRZ, p. 531, spéc. annot. 144.

¹⁷⁶ A titre d'ex. DPA 57/1, OW 68/2, AI 28/2, GR 85/4, TI 45/1.

¹⁷⁷ DPA 57/2, PPM 59/2, ZH 49 b/2, UR 116/2, FR 26/4, VD 61, NE 120/2 pour ne donner que ces exemples.

¹⁷⁸ P. ex. PPF 51/2, PPM 59/2, ZH 51/1, ZG 18, SO 47, TI 45/2.

¹⁷⁹ Notamment, PPF 50, PPM 59/3, UR 116/1, BS 54, GR 85/4.

¹⁸⁰ P. ex. DPA 57/1, ZH 49 b/2, OW 70/3, GL 54/3, AI 27/6.

¹⁸¹ CLERC, Détention, p. 402, TRECHSEL, EMRK, p. 368 s.

¹⁸² BGC (BE) 1968, III p. 439 s.

précisant que l'art. 5 ch. 3 CEDH ne fixait aucune limite¹⁸³. Ce même avis a été repris au Grand Conseil en mai 1973¹⁸⁴. Selon le professeur TRECHSEL, l'effort entrepris pour limiter la durée de la détention est inspiré en grande partie de la Convention¹⁸⁵: il devait aboutir le 6 novembre 1973, à une révision partielle du code de procédure¹⁸⁶.

A Neuchâtel, la durée de la détention a été critiquée en 1975 dans la motion Steiger qui demandait de fixer une durée maximum¹⁸⁷. Lors des délibérations du Grand Conseil en 1977, le président de la commission législative soulignait que l'effort avait principalement porté sur l'adaptation de la loi de procédure à la Convention¹⁸⁸: la durée de la détention était l'un de ces points¹⁸⁹. La durée maximum fut fixée à 6 mois, comme en droit allemand, et cette limite figure actuellement à l'art. 120/2 CPP¹⁹⁰. M. JACOT-GUILLARMOD reconnaît que désormais, il n'existe plus d'incompatibilité dans ce domaine depuis la révision de 1977¹⁹¹.

A Schaffhouse, les directives de l'Obergericht de 1977 élaborées à la lumière de la Convention, n'ont pas omis de signaler le problème de la durée de la détention en se référant à l'art. 5 ch. 3 CEDH¹⁹². Les directives n'introduisent cependant pas une limitation expresse de la détention, mais exigent que l'autorité d'instruction motive par écrit la demande de prolongation adressée au président du Tribunal cantonal, qui doit entendre le prévenu personnellement¹⁹³. Notons aussi que le rapport explicatif de 1982 de la direction de justice concernant le nouveau CPP

¹⁸³ Cf. Erläuternder Bericht zur Revisionsvorlage, Gerichtsorganisationsgesetz, Regierungsstatthaltergesetz, Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, Strafverfahren, der Justizdirektion des Kantons Bern zuhanden, der Ausserparlamentarischen Expertenkommission erstattet von Dr. iur. Hans SCHULTZ Professor an der Universität Bern, Thun 21.6.1972, inédit, p. 51.

¹⁸⁴ Cf. Rapport présenté par la Direction de la justice au Conseil exécutif à l'intention du Grand Conseil, concernant la révision de la procédure pénale, mai 1973, inédit, p. 31.

¹⁸⁵ TRECHSEL, Zur Revision, p. 277.

¹⁸⁶ Cf. BE 91 a. 228; Cf. aussi, TRECHSEL, Zur Revision, p. 278 ss.

¹⁸⁷ BGC (NE) 1975/76, (141), p. 1393.

¹⁸⁸ BGC (NE) 1977/78, (143), p. 178.

¹⁸⁹ BGC (NE) op. cit. p. 166 s.

¹⁹⁰ Le projet ne prévoyait aucune limitation expresse, Cf. BGC op. cit. p. 184 s. 207 ss.

¹⁹¹ JACOT-GUILLARMOD, p. 29.

¹⁹² Bericht zur Weisung, op. cit. annot. ¹¹⁴, p. 57 s.

¹⁹³ Directives, op. cit. annot. ¹¹³, Ziff. 13 et Bericht zur Weisung, op. cit. annot. ¹¹⁴, p. 54.

fait expressément allusion à l'art. 5 de la Convention à propos du principe de la célérité dans la future loi¹⁹⁴.

33. A Genève, l'affaire Schertenleib¹⁹⁵ suscita une motion Grobet, déposée le 19 septembre 1980, demandant l'examen des dispositions du CPP réglementant la mise en liberté provisoire pour se conformer à la Convention¹⁹⁶. La motion fut renvoyée à la commission judiciaire permanente du Grand Conseil pour examen¹⁹⁷. Quant à la Commission européenne des droits de l'homme qui fut saisie de l'affaire Schertenleib en août 1978, elle conclut à la non-violation de l'art. 5 ch. 3 CEDH dans son rapport du 11 décembre 1980. Elle estima que la détention préventive du requérant n'avait pas duré au-delà du «délai raisonnable» prévu à cet article¹⁹⁸.

Au Tessin, la durée de la détention fut examinée lors des travaux préparatoires d'une future loi de procédure. Dans plusieurs avis de droit, le professeur SCHULTZ aborda la question en précisant à nouveau¹⁹⁹ que l'art. 5 ch. 3 CEDH fixait aucune limite à la durée de la détention²⁰⁰. Il proposa d'introduire un maximum de 9 mois, de subordonner une prolongation à la chambre pénale de recours et d'introduire une disposition visant à accélérer l'instruction à l'exemple de l'art. 91 bis CPP BE^{201/202}.

¹⁹⁴ Begleitbericht der Justizdirektion zum Entwurf der Expertenkommission für eine neue Strafprozessordnung, Februar 1982, inédit, p. 12; D'après l'étude de M. DUBACH sur la détention préventive dans le canton de Schaffhouse, il n'y a guère de problèmes relatifs à la durée de la détention. Cf. DUBACH, p. 217 ss, p. 266.

¹⁹⁵ Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a souligné que la gravité de l'infraction à elle seule ne justifiait pas le maintien d'un inculpé en détention préventive. De même, il a précisé que l'autorité cantonale ne s'était pas conformée à l'art. 5 ch. 3 CEDH en refusant la mise en liberté provisoire du requérant par crainte de le voir se soustraire par la fuite à sa comparution alors qu'il aurait pu être libéré sous caution. Cf. Sem. Jud. 1981, p. 129 ss, spéc. 130, 133 ss et 137 s.

¹⁹⁶ BGC (GE) 1980, p. 3446.

¹⁹⁷ BGC, op. cit. p. 3448.

¹⁹⁸ D.R. 23 p. 137 ss; Décision du Comité des Ministres, D.R. 23 p. 170; Cf. également, BOLLE, p. 296.

¹⁹⁹ Cf. supra, N° 32.

²⁰⁰ Avis de droit du 12.2.1973, inédit, p. 11 ss, spéc. p. 13 s.

²⁰¹ Avis de droit du 6.5.1973, inédit, p. 2, Avis de droit du 2.6.1973, inédit, p. 4, Avis de droit du 15.3.1974, inédit, p. 22 s.

²⁰² L'art. 91 bis CPP BE est devenu l'art. 91 a lors de la révision partielle du 6.11.1973. Il est libellé comme suit: «Les affaires comportant une détention seront traitées et clôturées hors rôle et de façon accélérée, autant que possible sans interruption. Cette prescription s'applique également lorsque le prévenu a commencé à subir la peine ou mesure en application de l'article 123. Il en est de même dans la procédure du renvoi».

§ 5 Le contrôle judiciaire

34. Généralités 35. Les exigences de la Convention
36. L'état du droit suisse au moment de la ratification
37. Les incidences directes 38. Les incidences indirectes

34. Nous l'avons dit : le prévenu incarcéré doit avoir le droit de faire contrôler la légitimité de la détention : le législateur le reconnaît généralement.

35. En vertu de l'art. 5 ch. 4 CEDH, toute personne privée de sa liberté peut introduire « un recours devant le tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Le professeur PONCET enseigne que le contrôle doit avoir un caractère judiciaire, intervenir rapidement et porter sur la légalité de la détention²⁰³.

Le contrôle doit avoir un caractère judiciaire : doit-il pour autant être conforme aux exigences du procès équitable stipulé à l'art. 6 ch. 1 de la Convention ?

A Strasbourg, la Cour et la Commission ont abordé la question à plusieurs reprises.

Pour la Cour, l'autorité doit être indépendante du pouvoir exécutif et des parties en cause²⁰⁴. En outre, il faut que la procédure contienne des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit²⁰⁵. Enfin, le justiciable doit avoir accès au tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou par son représentant, sans quoi, il serait privé des « garanties fondamentales de procédure en matière de privation de liberté »²⁰⁶.

²⁰³ PONCET, La protection, p. 107.

²⁰⁴ Affaire Neumeister du 27 juin 1968, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 6, § 24, p. 44.

²⁰⁵ Affaire De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 12, § 76, p. 41; Affaire X c. Royaume-Uni du 5 novembre 1981, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 46, § 53, p. 23.

²⁰⁶ Affaire Winterwerp du 14 octobre 1979, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 33 § 60, p. 24. Il s'agissait cependant d'un interné aliéné qui ne fut jamais associé aux procédures qui avaient conduit aux décisions d'internement décernées contre lui.

Quant à la Commission, elle a d'abord admis que l'art. 6 ch. 1 CEDH ne s'appliquait pas à une procédure relative au maintien d'une personne en détention préventive²⁰⁷. Puis, opérant un certain revirement, elle a déclaré que le contrôle judiciaire devait présenter des garanties élémentaires de procédure et que le prévenu devait pouvoir faire valoir les arguments qui plaident contre son maintien en détention²⁰⁸. Enfin, dans une décision récente, la Commission a précisé que le contrôle d'une détention pouvait avoir un caractère judiciaire, même si la procédure n'avait pas été orale et que le requérant ou son représentant n'aient pas comparu à l'audience²⁰⁹.

Le professeur PONCET a critiqué la pratique des organes de la Convention²¹⁰.

Le contrôle judiciaire doit intervenir à **bref délai**: nous retrouvons à nouveau l'exigence de célérité de la procédure²¹¹, qui est d'autant plus importante qu'il s'agit de statuer sur le maintien d'un prévenu en détention²¹². La Convention ne fixe aucune limite, car tout dépend du cas concret. Les auteurs ne se compromettent pas en affirmant que tout retard injustifié violerait la Convention²¹³.

Le contrôle judiciaire doit porter sur la **légalité de la détention**. Cela implique pour l'autorité appelée à statuer qu'elle examine la conformité de la détention avec les prescriptions du droit interne ainsi que sa justification matérielle sous l'angle de l'art. 5 ch. 1 CEDH²¹⁴.

Enfin, l'autorité judiciaire doit pouvoir ordonner la libération, si la détention est illégale²¹⁵.

²⁰⁷ D.R. 1, p. 82.

²⁰⁸ D.R. 16, p. 111.

²⁰⁹ D.R. 22, p. 139.

²¹⁰ PONCET, *La protection*, p. 111 s. Le professeur PONCET estime en effet que si le contrôle de la légalité de la détention doit obligatoirement se dérouler devant un tribunal, cela devrait avoir pour conséquence qu'on observe les règles générales devant les juridictions pénales, savoir les règles prescrites par l'art. 6 ch. 1 CEDH.

²¹¹ Cf. supra, N° 14, 19.

²¹² TRECHSEL, *EMRK*, p. 241.

²¹³ SCHUBARTH, *Die Artikel 5 und 6*, p. 483, TRECHSEL, *EMRK*, p. 242.

²¹⁴ *Affaire Van Droogenbroeck* du 24 juin 1982, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 50, § 48, p. 26; D.R. 25, p. 91. Cf. aussi: HAUSER, *Untersuchungshaft*, p. 253, PONCET, *La protection*, p. 113, annot. 349, TRECHSEL, *EMRK*, p. 242, EuGRZ, p. 529 s.

36. Au moment de la ratification de la Convention, nos droits de procédure prévoient différents systèmes de contrôle de la détention²¹⁶.

Certaines lois permettaient au prévenu d'accéder directement à un tribunal²¹⁷ tandis que d'autres prévoient que l'inculpé devait passer par l'autorité ayant ordonné l'arrestation (juge d'instruction, Ministère public) avant de pouvoir recourir contre la décision de cette autorité auprès d'un tribunal²¹⁸. Ces réglementations étaient conformes à la Convention pour autant que la procédure intervienne à brève échéance²¹⁹.

D'autres droits attribuaient le contrôle de la détention à une autorité administrative (direction de justice, département de justice) ou au Ministère public²²⁰. D'après plusieurs auteurs, ces droits ne se conformaient pas aux exigences de la Convention²²¹.

Enfin, deux législations ne soufflaient mot d'un recours contre la détention²²².

37. A l'évidence, c'est le problème du contrôle judiciaire de la détention, imposé par l'art. 5 ch. 4 de la Convention, qui a le plus préoccupé nos législateurs.

A commencer par le législateur fédéral (PPF, PPM, EIMP).

Dans son rapport sur la ratification de la Convention, le Conseil fédéral faisait allusion au fait qu'il n'existait pas de contrôle judiciaire au sens de l'art. 5 ch. 4 CEDH dans la PPF, lors d'une arrestation au cours de l'enquête préliminaire²²³. Aussi le message sur la DPA proposait la modification de l'art. 52 de la procédure pénale fédérale pour le mettre en accord avec la Convention²²⁴. Ce nouvel art. 52/2 PPF, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1975, permet de recourir à la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, contre le refus d'une mise en liberté.

²¹⁵ PONCET, La protection, p. 113, TRECHSEL, EMRK, p. 243 s.

²¹⁶ Nous nous orientons ici d'après l'analyse effectuée en 1973 par le professeur SCHUBARTH (SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 150 ss, spéc. p. 160-182) et celle du professeur TRECHSEL en 1974 (TRECHSEL, EMRK, p. 347 ss).

²¹⁷ P. ex. GL 57/1, ZG 80/1, FR 29, TI 226 s.

²¹⁸ P. ex. PPF 52, BE 128, BS 73 ss, VD 295, NE 121/1 et 233.

²¹⁹ TRECHSEL, EMRK, p. 350 s.

²²⁰ PPF 17/1, 103, OJPPM (ancien) 182, 183, ZH 402, 1/2, UR (ancien) 28/2, AI 27/4, AR (ancien) 37, GR (ancien) 138.

²²¹ BISCHOFBERGER, p. 232 s, 247, SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 260 s, TRECHSEL, EMRK, p. 351 ss.

²²² NW (ancien), Cf. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 151, 161; L'Extr. (ancien), Cf. SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 479.

²²³ FF 1968 II 1103 s.

²²⁴ FF 1971 I 1040.

C'est aussi dans le rapport sur la Convention qu'on trouve une allusion à l'art. 5 ch. 4 CEDH à propos de la **procédure pénale militaire** : l'auditeur en chef de l'armée ne pouvait être assimilé à un tribunal au sens de cette disposition et il n'existait aucun recours contre la détention préventive ordonnée par le grand juge (art. 71 OJPPM)²²⁵. Le Conseil fédéral signalait un projet de révision du CPM et de l'OJPPM, qui prévoyait des voies de recours contre l'arrestation pour tenir compte des exigences de la Convention²²⁶. Le message relatif à cette révision reprenait ces propos²²⁷. Le nouvel art. 167 litt. a PPM prévoit dorénavant que le président du tribunal de division compétent statue sur les plaintes en matière de détention préventive.

Lors de l'élaboration de la **loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)**, la question du contrôle judiciaire fut également examinée au regard de l'art. 5 ch. 4 CEDH. Le Conseil fédéral observait que l'avant-projet entendait améliorer la protection juridique de la personne poursuivie, compte tenu de la Convention²²⁸.

Par la suite, plusieurs auteurs ont signalé l'incompatibilité de la loi fédérale sur l'extradition avec l'art. 5 ch. 4 de la Convention²²⁹. La question a été soulevée le 6 octobre 1976 devant la Commission européenne des droits de l'homme dans une requête *Lynas c. Suisse* : le requérant voyait notamment une violation de l'art. 5 ch. 4 CEDH dans le fait que la loi fédérale sur l'extradition n'autorisait pas le prévenu à faire examiner la légalité de son arrestation par une autorité judiciaire. Mais la Commission devait déclarer la requête irrecevable pour des motifs de procédure²³⁰.

Il n'en demeure pas moins que le Conseil fédéral, dans son rapport à l'Assemblée fédérale de 1976, signala cette affaire, en reconnaissant une violation de l'art. 5 ch. 4 CEDH dans « tous les cas qui ne sont pas soumis au Tribunal fédéral, faute d'opposition de la part de la personne arrêtée au sens de l'art. 23 de la loi sur l'extradition »²³¹. Le Conseil fédéral ajoutait que le

²²⁵ FF 1968 II 1104 s.

²²⁶ FF 1974 I 1026.

²²⁷ FF 1977 II 101.

²²⁸ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur sa gestion, 1971, p. 101.

²²⁹ PONCET/NEYROUD, p. 46 s, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 479, 484. Ces auteurs firent valoir qu'une personne arrêtée en vue d'une extradition n'avait pas la possibilité de faire contrôler sa détention, car le recours de droit administratif n'était pas recevable vu les dispositions de l'art. 100 litt. f OJF.

²³⁰ D.R. 6, p. 154, CF. aussi RAYMOND, p. 57.

²³¹ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur sa gestion, 1976, p. 123.

projet de l'EIMP remédiait à cet état de chose²³², et que, en attendant, il s'imposait de suggérer au Tribunal fédéral une solution compatible avec la Convention²³³. Le Tribunal fédéral se laissa convaincre et dans un arrêt du 15 août 1978 (non publié), il a interprété extensivement l'art. 23 de la loi fédérale sur l'extradition pour se conformer à la Convention²³⁴. Le nouvel art. 48/2 EIMP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983 permet dorénavant à la personne arrêtée en vue d'extradition de recourir contre sa détention à la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral²³⁵.

Au plan cantonal, le législateur a également tenu compte de l'art. 5 ch. 4 CEDH.

Déjà en 1970, Lucerne alignait son code sur la Convention en attribuant le contrôle de la détention, qui appartenait jusqu'alors au Ministère public, au Tribunal supérieur. Le message se réfère expressément à l'art. 5 ch. 4 CEDH²³⁶. La nouvelle disposition entra en vigueur le 1^{er} juillet 1971²³⁷.

Aux Grisons, M. TARNUTZER signalait en 1972 les difficultés que pourrait susciter la réglementation du contrôle judiciaire sous l'angle de la Convention, et il suggérerait une révision du CPP sur ce point²³⁸. En 1973, le message du gouvernement à l'appui d'une révision partielle de la loi de procédure pénale proposait comme autorité de recours pour le contrôle de la détention la Chambre de recours du Tribunal cantonal²³⁹. Le 7 avril 1974, cette révision fut acceptée par le peuple, et le remaniement du contrôle judiciaire consacré à l'art. 138 CPP²⁴⁰.

²³² Cf. FF 1976 II 489, art. 43/2 du projet.

²³³ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur sa gestion, 1976, p. 123.

²³⁴ RAYMOND, p. 57. Cf. aussi WILDHABER, p. 364.

²³⁵ RS 351.1. L'art. 48/2 EIMP est libellé comme suit: « Un recours à la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral peut être formé dans un délai de dix jours. Les articles 214 et suivants de la loi fédérale sur la procédure pénale s'appliquent par analogie ». Cf. aussi, GAUTHIER, p. 74.

²³⁶ BGC (LU) 1970, p. 459 s, 465.

²³⁷ Cf. LU 81/2, 88/2.

²³⁸ TARNUTZER, p. 59, 65, 108, 171.

²³⁹ On ne retrouve cependant aucune allusion à la Convention ni dans le message, ni dans les délibérations du Grand Conseil. Cf. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, 29. März 1973. p. 3, 8; BGC (GR) 1973, p. 53 ss, 67 ss, 99 ss, 280 ss.

²⁴⁰ Pour le professeur SCHUBARTH, il s'agirait d'une incidence directe de l'art. 5 ch. 4 CEDH, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 484. L'art. 138 CPP GR prévoit dorénavant que le prévenu peut recourir contre sa détention auprès de la Chambre de recours du Tribunal cantonal.

A **Neuchâtel**, le contrôle judiciaire a été également reconsidéré en 1977²⁴¹ : un nouvel art. 235 CPP a introduit le principe de la libre cognition de l'autorité judiciaire en cas de recours contre l'arrestation ou le refus de la liberté provisoire²⁴².

Passons à **Schaffhouse** : tout en se référant à l'art. 5 ch. 4 de la Convention, les directives de l'« Obergericht » schaffhousois de 1977 améliorent la procédure de contrôle de la détention et notamment le droit d'être entendu du prévenu²⁴³. Le projet de CPP introduit le contrôle d'office lorsque la détention dépasse les dix jours et améliore la procédure dans le sens de la Convention (célérité)²⁴⁴.

En **Appenzell Rhodes-Extérieures**, lors des travaux préparatoires du code de 1978, le contrôle de la détention a été examiné sous l'angle de l'art. 5 ch. 4 CEDH²⁴⁵. L'art. 108 ch. 1 de la nouvelle loi consacre ce contrôle et en attribue la compétence au juge unique du Tribunal cantonal²⁴⁶.

A **Uri**, la loi de procédure de 1980 a subi l'influence de la Convention : le contrôle judiciaire appartient dorénavant au président du « Landgericht » ou de l'« Obergericht » (art. 117 CPP)²⁴⁷.

A **Zurich**, l'idée d'introduire un « juge de la détention » (Haft-richter)²⁴⁸ a été provisoirement abandonnée lors d'une révision partielle de la loi de procédure, en 1974, bien que la Convention paraissait l'exiger²⁴⁹. L'avant-projet de nouveau code institue le « Haftrichter » pour se conformer à l'art. 5 ch. 4 de la Conven-

²⁴¹ BGC (NE) 1977/78 (143), p. 167, 168 s.

²⁴² Auparavant, la Chambre d'accusation se refusait à tout examen de l'opportunité d'une telle décision. Cf. BGC (NE) 1977/78, (143), p. 168 s. L'art. 235 CPP stipule : « Le recours est recevable, lorsqu'une décision mentionnée à l'art. 233 est contraire à la loi, en cas de déni de justice ou d'excès de pouvoirs, ou lorsqu'elle porte une atteinte injustifiée à la liberté du prévenu. L'article 8 est réservé. »

²⁴³ Bericht zur Weisung, op. cit. annot. ¹¹⁴, p. 52, 55 s. Cf. aussi les chiffres 15-17 des directives, op. cit. annot. ¹¹³.

²⁴⁴ Bericht und Antrag, op. cit. annot. ¹⁶⁸, p. 14, 18.

²⁴⁵ Geschäftsordnung, op. cit. annot. ⁵⁴, p. 7.

²⁴⁶ Cf. BÄNZINGER/STOLZ, p. 111.

²⁴⁷ Cf. SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26.11.1979, inédit, p. 8.

²⁴⁸ Le professeur HAUSER auteur de l'avant-projet du nouveau code de procédure, explique que le procureur de district (autorité d'instruction), malgré son devoir d'objectivité peut parfois manquer d'impartialité du fait qu'il a l'obligation d'établir les faits incriminés. Dès lors, il sied d'instaurer un juge indépendant et impartial qui sera amené, dans une procédure orale, à contrôler la détention préventive ordonnée par l'autorité d'instruction. Cf. HAUSER, Untersuchungshaft, p. 252, 255, Cf. aussi N° 17, annot. ⁸⁹.

²⁴⁹ BGC (ZH) 1971-1975, p. 5991 s.

tion²⁵⁰. Cela imposera une modification de la loi sur l'organisation judiciaire: un avant-projet de révision consacre cette nouvelle institution au § 25 avec mention expresse de l'art. 5 CEDH²⁵¹. Enfin, lors d'une discussion sur l'introduction d'une nouvelle cause d'arrestation (danger de répétition)²⁵², un député a proposé de la renvoyer jusqu'à l'introduction du « Haftrichter », qui garantirait un contrôle efficace de l'application du nouveau motif d'arrestation²⁵³.

38. Sans se référer à la Convention, **Obwald** a attribué le contrôle de la détention à un tribunal dans sa loi de 1973²⁵⁴, tandis que **Nidwald** qui n'avait pas de voie de recours contre la détention préventive²⁵⁵, l'a prévue dans son code de 1976²⁵⁶.

En revanche, au **Tessin**, le contrôle judiciaire a été reconsidéré pour tenir compte de l'art. 5 ch. 4 CEDH, lors des travaux préparatoires du nouveau code. Le professeur SCHULTZ proposa que le prévenu puisse en tout temps demander sa mise en liberté et qu'il puisse recourir contre le refus à une autorité judiciaire. Le prévenu devait en outre être informé de ce droit²⁵⁷. Dans un rapport ultérieur, le professeur SCHULTZ, tout en se référant à l'ouvrage du professeur TRECHSEL paru en 1974²⁵⁸, déclara que la réglementation tessinoise en vigueur (art. 226 CPP)²⁵⁹ était conforme à la Convention²⁶⁰.

Bâle-Ville s'est également préoccupé du contrôle judiciaire sous l'angle de la Convention. Le rapport de la commission, du 26 mars 1982, sur la révision partielle du CPP prévoyait notam-

²⁵⁰ Vorentwurf, op. cit. annot. ⁵⁸, Vol. 1, §§ 150 ss et note ad § 150.

²⁵¹ Cf. Vorentwurf vom 10. November 1981 zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976. p. II, 5 et note ad § 25. Le § 25 stipule que c'est le juge unique qui exerce la fonction de juge de la détention.

²⁵² Cf. supra, N° 12.

²⁵³ BGC (ZH) 25.10.1982. p. 10601 s.

²⁵⁴ Cf. 62/2 OW. Auparavant, le prévenu ne pouvait recourir qu'auprès de la commission de justice du Conseil d'Etat. Cf. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 151.

²⁵⁵ Cf. supra, N° 36.

²⁵⁶ Cf. 57/1, 136 s NW. Le contrôle de la détention préventive appartient à la Chambre de cassation du Tribunal supérieur.

²⁵⁷ Selon le professeur SCHULTZ, seul un tel procédé serait conforme à l'art. 5 ch. 4 CEDH, Avis de droit du 12.2.1973, inédit, p. 10 s.

²⁵⁸ Cf. supra, annot. ⁵.

²⁵⁹ L'art. 226 stipule que tous les actes de l'autorité d'instruction peuvent faire l'objet d'un recours à la Chambre de recours pénale.

²⁶⁰ SCHULTZ, Avis de droit du 15.8.1974, inédit, p. 21. Cf. aussi SCHAEUBLE, p. 98.

ment un droit de recours à l'autorité de renvoi, contre les décisions du Ministère public, ce qui accélérerait la procédure de contrôle²⁶¹. La question demeure en suspens jusqu'à décision quant à l'institution du « juge de la détention »²⁶².

Dans le canton de Vaud, l'insuffisance du contrôle de la détention a été dénoncée par la motion Menétrey du 20 mai 1980²⁶³ et reprise dans les discussions sur cette motion²⁶⁴.

²⁶¹ Zwischenbericht, op. cit. annot. 85, p. 9 s; actuellement, le recours passe par le Ministère public. Cf. art. 73 ss CPP.

²⁶² Cf. supra, N° 17.

²⁶³ BGC (VD) 1980 Ia, p. 634. M^{me} Menétrey reprochait au Tribunal d'accusation que le contrôle était une pure formalité, que le dossier de l'enquête n'était que très rarement consulté et que le prévenu et son conseil n'étaient pas entendus.

²⁶⁴ BGC (VD) 1980 Ib, p. 1682. Les discussions ont abouti à une non-prise en considération de la motion.

§ 6 La mise en liberté sous caution

39. Les exigences de la Convention 40. L'état du droit suisse
41. Les incidences directes 42. Les incidences indirectes

39. La Convention donne au prévenu le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, mais aussi, à défaut, d'être libéré pendant la procédure. La libération peut être soumise à une sûreté (art. 5 ch. 3 CEDH).

Nous avons déjà examiné la portée de cette garantie sous l'angle de la durée de la détention²⁶⁵. Il nous reste ici à aborder la notion de la libération ainsi que celle de la sûreté.

En cette matière européenne, la Cour précise que la liberté provisoire d'un prévenu doit être ordonnée lorsque le maintien de la détention n'est justifié que par la crainte que l'accusé ne se soustraie par la fuite à sa comparution devant la juridiction de jugement. Des garanties peuvent être exigées du prévenu pour assurer sa comparution²⁶⁶.

La Convention ne précise ni la forme ni l'étendue de la sûreté à fournir²⁶⁷. Dans l'affaire Neumeister, la Cour a souligné que le montant de la garantie ne dépendait pas de l'étendue du préjudice imputé au prévenu et qu'il fallait tenir compte de sa situation personnelle et financière ainsi que de l'effet préventif que pouvait exercer le paiement de la sûreté sur un éventuel danger de fuite²⁶⁸.

40. Nos droits prévoient généralement d'une manière ou d'une autre la mise en liberté du prévenu. Quelques-uns donnent au détenu la possibilité de la demander²⁶⁹. D'autres chargent l'autorité compétente de l'examiner d'office et d'ordonner l'élar-

²⁶⁵ Cf. supra, N° 30.

²⁶⁶ Affaire Wemhoff, du 27.6.1968, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 7, § 15, p. 25.

²⁶⁷ Dans une Résolution (65) 11, le Comité des Ministres a énuméré quelques exemples : paiement d'une caution, assignation à domicile, dépôt des papiers d'identité, Cf. BISCHOFBERGER, p. 227. TRECHSEL, EMRK, p. 264.

²⁶⁸ Affaire Neumeister, op. cit. annot. ²⁰⁴, § 14, p. 40; Cf. aussi, BARBEY, p. 389.

²⁶⁹ P. ex. PPF 52/1, BE 128, UR 117/1, FR 26/2, NE 121/1.

gissement dès que la cause de la détention a disparu ou qu'elle ne se justifie plus²⁷⁰.

La libération peut être subordonnée à une sûreté, notamment lorsqu'il y a danger de fuite²⁷¹. Les sûretés les plus courantes consistent dans le dépôt d'une somme d'argent ou de papiers-valeurs ainsi que le cautionnement²⁷². Certains législateurs ont évité que la libération sous caution ne devienne un privilège des personnes aisées en insérant dans leur droit une disposition qui tient compte des ressources du prévenu²⁷³.

Quelques droits ont cependant soulevé des difficultés sous l'angle de l'art. 5 ch. 3 CEDH, car ils fixaient le montant de la caution uniquement d'après les circonstances du délit, les frais de procédure ou le préjudice présumé²⁷⁴. Divers auteurs ont conclu à la violation de la Convention²⁷⁵.

41. Le code d'Appenzell Rhodes-Extérieures de 1978 s'est inspiré des art. 5 et 6 de la Convention²⁷⁶ : il consacre une nouvelle disposition concernant la fixation de la sûreté (art. 111/2 CPP)²⁷⁷, et se conforme ainsi à la Convention.

A Genève, le code de 1977 introduit de nouvelles dispositions en la matière, en se référant expressément à l'art. 5 ch. 3 CEDH²⁷⁸. Lors d'une requête émanant d'un justiciable du canton de Genève (Bonnechaux)²⁷⁹, la Commission européenne des droits de l'homme s'est occupée d'une prétendue violation de l'art. 5 ch. 3 CEDH concernant une caution, qui avait été fixée à 500'000 francs. Dans son rapport, la Commission précisa que le montant n'était pas contraire à la Convention, étant donné que le prévenu avait refusé tout renseignement sur ses ressources. Il ne pouvait donc se plaindre de demeurer en détention sous prétexte que la sûreté était trop élevée²⁸⁰.

²⁷⁰ P. ex. DPA 59, PPM 59/3, SZ 34/1, GL 54, SO 50, AI 28/3, GR 85/4, TI 44, VS 75/1.

²⁷¹ P. ex. ZH 78, LU 88/1, ZG 17/2, SH 105, VD 69.

²⁷² P. ex. PPF 54/1, NW 60, BS 58/1, SG 101, TG 124, JU 130/1.

²⁷³ P. ex. PPF 54/2, TI 39/2, NE 123/2.

²⁷⁴ Ainsi NW 15/1 (ancien), AR 38/1 (ancien), VS 77/2, GE 161/1 (ancien).

²⁷⁵ BARBEY, p. 389, BISCHOFBERGER, p. 227, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 490 s, TRECHSEL, EMRK, p. 371, 386, 388, 390.

²⁷⁶ Geschäftsordnung, op. cit. annot. 64, p. 7.

²⁷⁷ L'art. 111/2 prévoit dorénavant qu'il faut tenir compte de la gravité de l'infraction, du préjudice et de la situation personnelle du prévenu pour fixer une sûreté.

²⁷⁸ GE 155, 156. Cf. PONCET, Le nouveau code, notes ad art. 155, p. 233 s.

²⁷⁹ D.R. 15, p. 211.

²⁸⁰ D.R. 18, p. 101, 120 s; Cf. aussi BARBEY, p. 389 s.

42. **Nidwald** a également reconsidéré son droit sur ce point, mais sans référence à la Convention lors des travaux préparatoires²⁸¹. L'art. 60/1 CPP NW stipule dorénavant que la sûreté doit être fixée de manière équitable (« Gegen Leistung einer angemessenen Sicherheit »).

²⁸¹ Bemerkungen, op. cit. annot. ¹¹⁰, p. 21.

TITRE II

L'organisation de la défense

CHAPITRE I

Généralités

43. Notion de la défense 44. Le droit d'être entendu
45. Les exigences de la Convention
46. Les incidences de la Convention

43. Tout accusé a le droit de se défendre, ce qui implique deux choses :

1) La **défense matérielle** qui lui permet de se justifier personnellement et oblige l'autorité à examiner les faits invoqués à décharge²⁸².

2) La **défense formelle**, qui permet de se faire assister par un conseil, et la loi y oblige parfois²⁸³.

44. Ce droit à la défense découle d'un principe élémentaire : le droit d'être entendu, que le Tribunal fédéral a tiré de l'art. 4 Cst.²⁸⁴ et qui a de nombreuses conséquences : l'accusé doit être informé de ce qu'on lui reproche et il doit avoir la possibilité de s'en expliquer avant qu'une décision ne soit rendue à son détriment²⁸⁵. Comme nous venons de le dire, il a en outre le droit de se faire assister, le cas échéant, par un défenseur d'office²⁸⁶.

²⁸² CLERC, *Initiation*, p. 112, HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 92, KOHLBACHER, p. 48, PFENNINGER, p. 143, PIQUEREZ, p. 182.

²⁸³ CLERC, *Initiation*, p. 112, HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 92, KOHLBACHER, p. 48, PFENNINGER, p. 142, PIQUEREZ, p. 183.

²⁸⁴ ATF 105 Ia 299.

²⁸⁵ ATF 105 Ia 301, 101 Ia 296.

²⁸⁶ ATF 105 Ia 301, 101 Ia 296.

De plus, le justiciable doit pouvoir participer à l'administration des preuves, au moins une fois au cours du procès, et pouvoir fournir des moyens de preuves utiles à la décision²⁸⁷.

Il a également accès au dossier dès que le secret de l'enquête est levé²⁸⁸ et peut exiger une décision de l'autorité compétente²⁸⁹.

45. Nous retrouvons ces mêmes garanties dans la Convention :

Le droit d'être entendu découle de l'existence du procès équitable (Fair trial)²⁹⁰, au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH²⁹¹ : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

La Convention précise cette notion du procès équitable à l'art. 6 ch. 3 litt. a à e, qui accorde certains droits spécifiques à l'accusé.

Ainsi, l'art. 6 ch. 3 litt. a lui permet d'être informé « de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». C'est le corollaire de l'art. 5 ch. 2 CEDH²⁹².

En outre, la Convention accorde au justiciable le droit de « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » (art. 6 ch. 3 litt. b).

L'art. 6 ch. 3 litt. c coïncide avec le droit d'être assisté par un conseil²⁹³.

La garantie de participer à l'administration des preuves est assurée par l'art. 6 ch. 3 litt. d de la Convention²⁹⁴.

²⁸⁷ ATF 105 Ia 301, 104 Ia 315, 103 Ia 38.

²⁸⁸ ATF 101 Ia 17.

²⁸⁹ ATF 105 Ia 301, 101 Ia 296.

²⁹⁰ Conc. cette notion Cf. HAUSER, Kurzlehrbuch p. 153 s, KOHLBACHER, p. 23 ss, PONCET, La protection, p. 27 ss, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 376.

²⁹¹ GURAZDE, p. 89, KERN-ROXIN, p. 79, PIQUEREZ, p. 117, PONCET, La protection, p. 27, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 503.

²⁹² Cf. supra, N° 19.

²⁹³ « Tout accusé a droit notamment à... c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; ».

²⁹⁴ « Tout accusé a droit notamment à... d. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à charge ; ».

Enfin la Convention donne un droit à l'accusé de se « faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience » (art. 6 ch. 3 litt. e). Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de rattacher le droit à l'assistance d'un interprète au droit d'être entendu, sans doute parce que nos lois de procédure n'ignorent pas cette nécessité²⁹⁵. Autre est la question de la gratuité de cette assistance: ce n'est pas le lieu de l'aborder ici.

46. Une constatation s'impose: les droits de la défense prévus par la Convention n'ont pas imposé d'importantes modifications de nos droits, d'autant plus que le Tribunal fédéral les avait déjà tirés de l'art. 4 Cst.²⁹⁶.

Nous pouvons donc passer sous silence les règles de la Convention²⁹⁷, quitte à nous arrêter aux garanties qui ont paru nécessiter d'être reconsidérées ou qui ont suscité des discussions au sein de nos parlements.

²⁹⁵ Cf. CLERC, *Initiation*, p. 113 s.

²⁹⁶ Cf. TRECHSEL, *Verteidigungsrechte*, p. 341 s.

²⁹⁷ On consultera: BISCHOFBERGER, p. 128 ss, KOHLBACHER, p. 46 ss, 91 ss, PONCET, *La protection*, p. 130 ss, 161 ss, RAYMOND, p. 74 ss, SCHUBARTH, *Die Artikel 5 und 6*, p. 505 ss, TRECHSEL, *Verteidigungsrechte*, p. 343 ss, WILDHABER, p. 366 ss.

CHAPITRE II

La participation à l'instruction préparatoire

47. Remarques préliminaires 48. Les exigences de la Convention
49. Etat du droit suisse 50. Les incidences de la Convention
51. Conclusion

47. Nous venons de faire l'énumération des droits de la défense garantis par la Convention. Ces droits peuvent-ils s'exercer déjà au stade de l'instruction préparatoire ?

Aussi bien dans la procédure inquisitoire que dans la procédure « mixte », le procès comporte deux opérations : l'enquête et le jugement. Dans la procédure inquisitoire, l'inquisitio specialis a pour but de faire la preuve de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé ; dans la procédure mixte, l'enquête a pour but de décider s'il existe assez de charges pour mettre le prévenu en accusation et de réunir les moyens de preuve, qui seront nécessaires aux débats. S'agissant du jugement, dans la procédure inquisitoire, il se réduit à l'examen des résultats de l'inquisitio specialis et d'en tirer la conséquence pour la détermination de la peine, alors que dans la procédure mixte, les preuves réunies pendant l'enquête sont administrées devant le juge (principe de l'immédiateté des preuves)²⁹⁸.

La première opération (enquête), dans les deux systèmes était primitivement secrète, ce qui signifie que l'enquête n'était connue ni du public, ni des parties, en particulier du prévenu. Il pouvait en résulter des erreurs, particulièrement si le juge s'engageait sur une mauvaise voie²⁹⁹.

²⁹⁸ HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 9 ss, MERLE et VITU, Problèmes, p. 168 s, 187.

²⁹⁹ MERLE et VITU, Problèmes, p. 168, 187, PONCET, L'instruction contradictoire, p. 7.

Aussi en est-on venu à réclamer, pour la défense, la possibilité de ne pas ignorer ce qui se passait à l'enquête, notamment par l'accès au dossier d'abord, puis par une certaine participation à l'enquête. Dès l'instant où l'enquête n'est plus « cachée » à l'accusé, voire aux autres parties, l'enquête continue à ne pas être publique (accessible au premier venu), mais elle ne l'est plus pour les parties : c'est alors qu'on peut parler de « Partei-öffentlichkeit ». Or, cette publicité peut prendre différentes formes : elle peut se borner à l'accès au dossier pour le défenseur, ce qui lui permet de suivre l'affaire, mais sans pouvoir intervenir. On peut également envisager de faire un pas de plus, en autorisant le prévenu à suivre les opérations de l'enquête, notamment en assistant aux auditions des témoins : il y a là un contrôle de l'instruction par les parties³⁰⁰. Et à notre sens, cette participation des parties à l'enquête est encore plus complète lorsque les parties ne sont pas limitées à « assister » aux opérations de l'enquête, mais y participent activement, étant habilitées à discuter les preuves voire les contredire : c'est l'instruction contradictoire³⁰¹.

48. La Convention impose-t-elle l'introduction des principes de l'art. 6 CEDH déjà au stade de l'enquête ?

A cela, trois réponses :

1) Le professeur SCHULTZ répond négativement³⁰², et pour justifier son attitude, on peut remarquer que la Convention s'inspire du droit anglo-saxon, qui ne connaît pas l'instruction préparatoire³⁰³. Il semble d'ailleurs que la Commission européenne des droits de l'homme partage ce point de vue, encore que son avis ne soit pas définitivement fait³⁰⁴.

Si cette position est juste, nos législateurs n'avaient pas l'obligation d'abolir le secret de l'enquête, lorsque la loi le prescrit expressément³⁰⁵ ou implicitement. En effet, l'accusé

³⁰⁰ HAUSER, Zur Teilnahme, p. 344 ss, MERLE et VITU, Problèmes, p. 187 s, PONCET, L'instruction contradictoire, p. 10, 15 ss, PIQUERET, p. 354 s.

³⁰¹ PONCET, L'instruction contradictoire, p. VIII.

³⁰² SCHULTZ, Zur Revision, p. 343 ; Avis de droit du 12. 2. 1973 sur un projet du CPP TI, inédit, p. 19 ; RPS 91 (1975), p. 440 ; 95 (1978), p. 545 ; Plus nuancé et suivant l'opinion de TRECHSEL (Cf. infra, p. 79) dans un avis de droit du 28.11.1979 conc. le CPP UR, inédit, p. 17.

³⁰³ PONCET, La protection, p. 27, p. 133, annot. 399, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 366 s.

³⁰⁴ Cf. D.R. 1 p. 82, 84, D.R. 10 p. 224, 234, D.R. 12, p. 187 s. Aussi : HAUSER, Unmittelbarkeit, p. 175.

³⁰⁵ P. ex. CPP VS art. 53.

n'est pas privé des garanties que nous avons esquissées, puisqu'il pourra les faire valoir lors des débats.

2) A l'opposé, d'autres auteurs préconisent l'application de l'art. 6 déjà au stade de l'enquête. Le professeur SCHUBARTH admet que si les garanties de l'art. 6 ch. 1 CEDH ne visent que les débats, les garanties de l'art. 6 ch. 2 et 3 de la Convention s'appliquent déjà à la phase de l'enquête³⁰⁶. M^{me} KOHLBACHER estime que l'art. 6 de la Convention protège l'individu impliqué dans un procès pénal contre les interventions injustifiées de l'autorité publique dans ses droits personnels. Or, cette protection s'étend aussi à la phase de l'enquête³⁰⁷. Quant au professeur PONCET, il ne se contente pas de réclamer l'accès au dossier ou la présence des parties aux opérations de l'enquête, mais l'instruction contradictoire. Il écrit même: « En conséquence et à moins que la Suisse ne continue de se tenir à l'écart des autres Etats ayant ratifié la Convention européenne, les législateurs de notre pays devront modifier profondément les codes de procédure pénale actuellement en vigueur, afin d'instaurer à leur tour l'information contradictoire »³⁰⁸.

3) Le professeur TRECHSEL conviendrait sans doute que si les principes de l'art. 6 CEDH sont appliqués lors des débats, ils peuvent ne pas être consacrés lors de l'enquête. En revanche, si, en cours d'enquête, une opération de procédure – une preuve – est irrévocablement acquise au procès, les droits de la défense doivent être respectés. L'accusé a alors le droit de participer à cette opération, si celle-ci doit être définitivement acquise au procès, à moins – pensons-nous – que l'accusé n'en admette le résultat. En d'autres termes, TRECHSEL part de l'idée que la discussion ne porte pas sur la participation à l'enquête, mais que les normes de l'art. 6 CEDH doivent être respectées, aussitôt que leur méconnaissance pourrait aboutir à un jugement inéquitable³⁰⁹, position que le Tribunal fédéral semble adopter³¹⁰.

49. Dès l'instant où la doctrine hésite sur l'application de l'art. 6 CEDH dans la phase de l'instruction préparatoire, on peut se demander si nos législateurs ont jugé nécessaire de

³⁰⁶ SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 263, Die Artikel 5 und 6, p. 494, 503, 505. Dans le même sens, PONCET, La protection, p. 31, 36, 132 ss.

³⁰⁷ KOHLBACHER, p. 18 s.

³⁰⁸ PONCET, L'instruction contradictoire, p. 246.

³⁰⁹ Cf. TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 391.

³¹⁰ ATF 103 Ia 37, 105 Ia 397, Cf. aussi HAUSER, Unmittelbarkeit, p. 175.

reconsidérer le problème de la participation des parties à l'instruction préparatoire.

A première vue, une réponse négative s'impose, pour le bon motif qu'on n'a pas attendu la CEDH pour se préoccuper de la participation des parties à l'instruction préparatoire.

Plusieurs législations, qui s'étaient inspirées du Code français d'instruction criminelle de 1808, ont ressenti les inconvénients du secret absolu dont l'enquête était entourée par leur modèle: en 1874, Neuchâtel concédait déjà au prévenu le droit de se faire assister par un défenseur dès le début du procès, encore que cela ne permette que le droit de communiquer avec lui³¹¹. En 1884, Genève instituait l'instruction contradictoire³¹². Et aujourd'hui, la plupart des cantons ont admis une participation à l'enquête, dans la mesure où il n'en résulte aucun inconvénient³¹³.

50. Cependant, lors de l'élaboration des lois récentes, il semble que la CEDH ait été prise en considération.

1) Certes, ce n'est peut-être pas le cas des Grisons, où une motion préconisait la participation à l'instruction avant que la Suisse n'ait ratifié la CEDH³¹⁴. Mais la CEDH devait être invoquée, précisément pour critiquer le droit en vigueur³¹⁵. Il ne semble pas que le gouvernement ait retenu l'argument en proposant la participation à l'enquête, par une révision partielle du CPP, acceptée en votation populaire le 7 avril 1974. En tous les cas, M. PADRUTT n'hésite pas à souligner que cette réforme de l'instruction a été opérée sans se soucier de la CEDH, et d'ajouter avec bon sens qu'il fallait cesser de voir dans la Convention un « monstre sacré » de la procédure (« zum juristischen Anbetungsobjekt hochstilisiert ») et de ne pas oublier que nos droits et notre jurisprudence ont déjà depuis longtemps consacré les garanties contenues dans la Convention³¹⁶.

³¹¹ CLERC, *Le procès pénal*, p. 121.

³¹² HAUSER, *Zur Teilnahme*, p. 343, PONCET, *L'instruction contradictoire*, p. 71 ss.

³¹³ *Conc. l'évolution et la situation de nos droits*, Cf. CLERC, *L'instruction préparatoire*, p. 217 ss, *Les tendances*, p. 266 s, *Le procès pénal*, p. 122, *Trente ans*, p. 350, HAUSER, *Probleme und Tendenzen*, p. 136 s, *Zur Teilnahme*, p. 342 ss, *Kurzlehrbuch*, p. 220 ss, LOGOZ, p. 24 ss, RIKLIN, p. 399 ss.

³¹⁴ BGC (GR) 1968, p. 369, *développement de la motion*, BGC (GR) 1969, p. 94. Cf. aussi TARNUTZER, p. 108.

³¹⁵ TARNUTZER, p. 102, 170 s.

³¹⁶ PADRUTT, p. 75, et p. 61, annot. 15.

Le code de Soleure est également antérieur à la ratification de la Convention, mais M. WINIGER observe que son article 95, qui permet au prévenu d'assister à l'administration des preuves dans le seul cas où l'intérêt de l'enquête ne s'y oppose pas, est compris dans l'esprit de la Convention et de la jurisprudence du TF³¹⁷. Mais il ne faut pas se le cacher : en pratique, ce droit de participation est rarement utilisé³¹⁸.

2) En revanche, plusieurs cantons, qui étaient demeurés fidèles au système inquisitoire, s'en sont nettement distancés, en introduisant la participation à l'instruction, pour se conformer à l'art. 6 ch. 3 CEDH.

Nous songeons d'abord à Nidwald : l'auteur de son code de 1976, M. ODERMATT, ne cache pas qu'il s'est inspiré de la Convention³¹⁹. Désormais, un art. 87 autorise les parties à participer à l'administration des preuves à moins que des circonstances spéciales ne s'y opposent.

Il en va de même à Uri³²⁰, et le professeur SCHULTZ a pu constater que le code de 1980 ne contenait rien de contraire à la Convention, en ce qui concerne la participation des parties à l'enquête³²¹.

Nous pouvons mentionner également Zoug, qui a introduit en 1979 une participation du prévenu et de son conseil à l'instruction, dans l'intention d'adapter son code de 1940 aux exigences de la Convention³²².

Appenzell Rhodes-Extérieures, qui ne connaissait pas la participation à l'instruction dans sa loi de 1914/1941³²³, a consacré ce droit dans son code de 1978³²⁴. On y retrouve l'influence de la Convention³²⁵.

³¹⁷ WINIGER, p. 447.

³¹⁸ GUIGNARD, p. 107.

³¹⁹ Bemerkungen zum Vorentwurf, op. cit. annot. ¹¹⁰ p. 33, notes ad § 81.

³²⁰ Les nouveaux art. 149 ss ont aboli l'instruction purement inquisitoire consacrée par la loi de 1959.

³²¹ Cf. SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26.11.1979, inédit, p. 17. Le professeur SCHULTZ précisa cependant que pour satisfaire pleinement aux exigences de la Convention, il fallait que les débats soient contradictoires; or, sur ce point, le projet n'était pas conforme à la Convention. Avis de droit, op. cit. p. 9 ss. Le législateur s'est inspiré des conseils du professeur SCHULTZ, dans le code de 1980. Cf. HAUSER, Unmittelbarkeit, p. 169, annot. 12.

³²² L'art. 30/2 CPP stipule dorénavant que le prévenu et son conseil sont autorisés à participer à l'interrogatoire sous réserve de l'intérêt de l'enquête. Conc. l'adaptation du code à la Convention. Cf. supra, N° 21 spéc. annot. ¹⁰⁹.

³²³ Cf. HAUSER, Zur Teilnahme, p. 342.

³²⁴ L'art. 148 CPP prévoit dorénavant que le juge d'instruction peut autoriser les parties à participer aux actes de l'instruction.

³²⁵ Geschäftsordnung, op. cit. annot. ⁵⁴ p. 7. 9. Cf. aussi BÄNZINGER/STOLZ, p. 146, qui se réfèrent à la jurisprudence du TF en la matière.

Même situation à **Schaffhouse** où les directives de l'« Obergericht » de 1977 ont fait allusion à l'absence du droit de la participation à l'instruction³²⁶. Le projet d'une nouvelle loi de procédure pénale consacre ce droit³²⁷, et l'accusé aura le droit d'exiger la répétition de l'administration d'une preuve s'il n'a pas pu y participer lors de l'instruction préparatoire. Ceci pour se conformer à la Convention³²⁸.

3) Il n'en demeure pas moins que là où la législation avait déjà aménagé une participation des parties à l'enquête, la question s'est posée de savoir si la Convention n'imposait pas d'aller plus loin dans cette voie.

Déjà en 1971, le professeur SCHULTZ avait examiné le problème, s'agissant du **code bernois**. S'il a conclu – comme nous l'avons déjà laissé entendre – que la Convention ne visait pas l'instruction préparatoire³²⁹, la Direction de justice, tout en partageant cet avis, n'a pas hésité à proposer une extension des droits de la défense dans l'instruction préparatoire³³⁰.

Quelques années plus tard, c'est un député vaudois qui suggérerait, se fondant sur la Convention, de nouvelles garanties dans l'enquête. Dans son rapport du 21 février 1979, le Conseil d'Etat soutint que la législation vaudoise était conforme à la Convention³³¹, et refusa d'admettre la présence du défenseur lors des opérations de l'enquête. Tout au plus fit-il adopter un nouvel article 191 a, qui permet au conseil d'assister à l'audition de l'inculpé et des témoins et de leur poser des questions complémentaires lorsque le juge informateur autorise un complément d'instruction³³².

Enfin, nous songeons à **Lucerne** où des députés ont proposé de modifier l'art. 65 al. 1 du code de procédure (l'instruction est

³²⁶ Cf. Bericht zur Weisung, op. cit. annot. ¹¹⁴, p. 22. Cf. aussi sur l'état du droit actuel, DUBACH, p. 251 ss.

³²⁷ Les art. 222 ss du projet prévoient la participation du prévenu et de son conseil aux actes de l'instruction. Cf. Bericht und Antrag, annot. ¹⁶⁸, p. 20.

³²⁸ Cf. Bericht und Antrag, op. cit. p. 24 s.

³²⁹ SCHULTZ, Zur Revision, p. 343. L'auteur confirma son avis dans son rapport de 1972 sur le projet de révision du CPP. Cf. Erläuternder Bericht, op. cit. annot. ¹⁸³, p. 41.

³³⁰ Rapport de la Direction de justice, op. cit. annot. ¹⁸⁴, p. 25. Depuis 1973, l'art. 95 CPP prévoit que les parties ont le droit de proposer une enquête déterminée et l'art. 96 CPP permet aux parties d'assister aux actes de l'instruction.

³³¹ BGC (VD) 1979, 2b, p. 2190.

³³² BGC (VD) 1979, 2b, p. 2192 ss. La nouvelle disposition a été adoptée par le Grand Conseil le 26 février 1979. Cf. BGC (VD) 1979, 2b, p. 2281.

secrète, si la loi n'en dispose pas autrement), pour tenir compte de l'art. 6 ch. 3 lit d CEDH^{332a}.

51. Est-ce sortir de notre sujet que d'ajouter ici une remarque personnelle ?

A notre sens, il est évident que les auteurs de la Convention n'ont pas visé l'instruction préparatoire et encore moins voulu imposer une instruction contradictoire: sur ce dernier point, nous ne pouvons suivre l'opinion que le professeur PONCET exposait en 1967³³³.

En revanche, peu importe que ce soit pendant l'instruction préparatoire ou avant ou hors des débats, lorsqu'une preuve est administrée sans possibilité d'être répétée devant le tribunal, la Convention impose d'offrir à l'accusé la possibilité de la discuter contradictoirement. Et, sur ce point, nous nous rangeons à l'opinion de M. TRECHSEL, en soulignant que ce n'est pas l'instruction préparatoire qui est en cause, mais bien l'administration de la preuve.

^{332a} BGC (LU) 1982, p. 752.

³³³ Cf. supra, N° 48.

CHAPITRE III

L'assistance d'un conseil

52. Les exigences de la Convention 53. L'état du droit suisse
54. Les incidences de la Convention

52. La Convention stipule à l'art. 6 ch. 3 litt. c que: « Tout accusé a droit notamment à...: c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

La Convention ne garantit pas seulement le droit de l'accusé à être entendu, mais à se faire entendre, à se faire écouter, tout au moins lors des débats, puisque nous l'avons vu, la Convention semble ignorer l'instruction préparatoire³³⁴.

Ce droit de se défendre est reconnu à l'accusé lui-même; il en est parfaitement libre, et ce droit subsiste, alors même que l'accusé aurait décidé de recourir à l'assistance d'un défenseur de son choix. La Convention ne propose donc pas ici une alternative. S'il en allait autrement comme le notent plusieurs auteurs, opter pour se défendre soi-même, « nierait le droit d'être assisté d'un conseil et viderait de sa substance le « droit à la défense »³³⁵.

Mais il faut bien s'entendre: les organes de la Convention ont précisé que l'art. 6. ch. 3 litt. c ne garantissait pas à l'accusé le droit de décider comment il se défendrait, c'est-à-dire s'il se

³³⁴ Cf. supra, N° 48.

³³⁵ PONCET, La protection, p. 169. Cf. aussi KOHLBACHER, p. 46, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 354 s.

défendrait lui-même ou s'il se ferait assister d'un défenseur. Et l'on comprend fort bien pourquoi: non seulement, selon le mot de CHESSMAN, celui qui se défend lui-même a un fou comme avocat (Chessman, Cellule 2455, Paris 1954, p. 287), mais la justice peut difficilement accepter qu'un accusé refuse de se défendre, car elle pourrait s'égarer, et le jugement qu'elle rendrait n'aurait pas l'autorité qui lui est nécessaire. Ainsi admet-on que la défense puisse être imposée à l'accusé³³⁶, ce qui laisse entendre que l'important, ce n'est pas le désir de l'accusé, mais la nécessité d'assurer une défense convenable.

La Convention assure à l'accusé le droit à se faire assister d'un défenseur de son choix. Sur ce point, le texte n'est peut-être pas assez précis. Ce choix ne peut porter sans doute que sur une personne que la loi nationale habilite à défendre devant les juridictions répressives³³⁷, et on pense en premier lieu aux avocats. Mais cela n'exclut pas le choix d'une autre personne, par exemple d'un parent ou d'un ami, ce qu'autorisent quelques lois helvétiques³³⁸.

Mais le choix d'un défenseur peut être impossible, faute de moyens de rémunérer ce service. Aussi la Convention permet-elle d'obtenir la désignation d'un avocat d'office à qui n'a pas les moyens d'en faire les frais, mais à condition que « les intérêts de la justice l'exigent »³³⁹.

La formule est vague, mais elle entend limiter la désignation d'un défenseur d'office aux cas où elle paraît justifiée par les circonstances du cas: l'inexpérience de l'accusé, son défaut de maîtrise de la langue utilisée aux débats, la gravité de la sanction à laquelle il s'expose, la complexité des faits ou de leur qualification juridique, pour ne donner que les exemples les plus classiques³⁴⁰.

En apparence, la Convention ne prévoit pas l'assistance judiciaire au profit de l'accusé qui a les moyens de rémunérer un défenseur, et qui entend en faire l'économie, alors que « les intérêts de la justice » postuleraient l'assistance d'un défenseur.

³³⁶ PONCET, La protection, p. 170, KOHLBACHER, p. 46 s., TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 354 s.

³³⁷ BISCHOFBERGER, p. 148, PONCET, La protection, p. 171, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 358 s.

³³⁸ P. ex. NW 23/1, SO 7/2.

³³⁹ Cf. BISCHOFBERGER, p. 149, KOHLBACHER, p. 47, PONCET, La protection, p. 163, 173, 177, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 360, WAMISTER, p. 93.

³⁴⁰ CLERC, Initiation, p. 119, HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 94, PIQUEREZ, p. 185.

Nos législateurs helvétiques ont prévu cette situation, en fixant dans quelles circonstances la défense est **obligatoire**. Dans ce cas, si l'accusé n'a pas fait son choix, un défenseur d'office lui sera désigné³⁴¹.

La Convention conduit au même résultat, dès l'instant où il est admis – comme nous l'avons dit – que la défense peut être imposée à l'accusé, ne serait-ce que pour éviter que le procès ne soit plus équitable³⁴².

On peut se demander si la Convention exige que le défenseur d'office soit un **avocat**. A notre sens, le texte fait mention de l'avocat d'office, parce que cette fonction est habituellement exercée par un membre du barreau, la législation faisant obligation à ceux qui défendent professionnellement en justice d'accepter d'assister les accusés, obligation qui peut être imposée même dans le cas où aucun avocat n'est disposé à se charger de la cause. Mais la Convention n'exclut pas pour autant le recours à un « défenseur officiel », pendant du Ministère public, et que quelques rares cantons ont institué (Lucerne, St-Gall)³⁴³.

53. Nos réflexions sur le sens de la Convention nous conduisent à constater que nos législations helvétiques répondent toutes aux exigences de l'art. 6 ch. 3 litt. c.

Plusieurs de nos constitutions consacrent le droit à l'assistance d'un défenseur³⁴⁴ que le Tribunal fédéral rattache d'ailleurs au droit d'être entendu³⁴⁵ et que nos lois octroient au justiciable « en tout état de cause »³⁴⁶ ce qui n'implique pas nécessairement le droit de libre communication, lorsque l'accusé est détenu préventivement.

Si, dans le passé, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu un droit à la désignation d'un défenseur d'office, faisant valoir à la fois que les causes pénales étaient moins complexes que les affaires civiles et que l'autorité faisait elle-même les démarches abandonnées à l'avocat dans un procès civil, notre haute Cour admet

³⁴¹ P. ex. PPF 36/4, UR 54, SZ 18/2, GL 21, VD 104/2, JU 36.

³⁴² Selon la Commission, l'assistance d'un conseil est un élément essentiel du procès équitable. Cf. D.R. 21, p. 127.

³⁴³ LU 34/2, SG 17, 34/1.

³⁴⁴ ZH 6, SH 8/7, SG 30/4, GE 23/a, JU 10/2.

³⁴⁵ Cf. supra, N° 44.

³⁴⁶ PPF 35/1, DPA 32/1, PPM 109/1, ZH 11, BE 40/1, LU 33/2, UR 51/1, SZ 18/1, OW 10, NW 23/1, GL 42, SZ 10/2, FR 22/1, SO 7/2, BS 10/2, BL 15/1, SH 39, AR 58, AI 22, SG 31, GR 76a/1, AG 57, TG 59/1, TI 52/1, VD 104/1, VS 2/3, NE 53/1, GE 29/1, JU 35.

aujourd'hui que le droit à la désignation d'un défenseur d'office découle de l'art. 4 Cst. indépendamment des difficultés de fait et de droit que l'affaire peut présenter, lorsque l'accusé peut s'attendre au prononcé d'une peine dont la durée exclut l'octroi du sursis³⁴⁷.

Allant même plus loin, le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité à qui incombe de désigner un défenseur d'office ne saurait arbitrairement ne pas tenir compte des vœux du justiciable quant à la personne du défenseur³⁴⁸, ce qui s'explique par la nécessité de prendre en considération le rapport de confiance qui doit exister entre l'accusé et le défenseur.

54. Il n'en demeure pas moins que quelques cantons, à l'occasion d'une révision législative, ont pris en considération les règles de la CEDH. Ainsi, le rapport du **projet de code schaff-housois** constate que les normes concernant la défense sont non seulement conformes à l'art. 6 ch. 3 litt. c CEDH, mais encore vont même bien au-delà³⁴⁹.

Plus spécialement, le principe de l'égalité des armes a conduit tant **Berne**³⁵⁰ que **Fribourg**³⁵¹ à prévoir l'assistance obligatoire d'un défenseur, lorsque le Ministère public intervient aux débats. Le professeur SCHULTZ avait préconisé la même solution, lors des travaux préparatoires du **code uranais**³⁵², mais le législateur n'a pas pu s'y résoudre³⁵³, peut-être parce que l'art. 54 CPP, qui prévoit la défense nécessaire dès que le prévenu apparaît incapable de se défendre de façon efficace, a été jugé suffisant.

A **Genève**, il semble que ce soit la gravité de la cause qui justifie la défense nécessaire en Cour d'assises³⁵⁴. Lors des travaux préparatoires de la loi de 1977 on s'est référé sur ce point à la CEDH³⁵⁵, mais il convient de remarquer que l'ancien code de 1941 imposait déjà l'assistance d'un conseil dans les affaires criminelles (art. 61 et 224).

³⁴⁷ CLERC, *Initiation*, p. 118; ATF 103 Ia 1,5.

³⁴⁸ ATF 105 Ia 302.

³⁴⁹ Cf. Bericht und Antrag, op. cit. annot. 168, p. 13.

³⁵⁰ SCHULTZ, *Zur Revision*, p. 340, *Erläuternder Bericht*, op. cit. annot. 183, p. 24, *Rapport* op. cit. annot. 184, p. 15.

³⁵¹ Révision législative du 13. 10. 1981, art. 22 ch. 4 litt. c CPP. Cf. également BGC (FR) 1981, p. 1161.

³⁵² SCHULTZ, *Avis de droit CPP UR* du 26. 11.1979, inédit, p. 12 s.

³⁵³ Cf. UR 54.

³⁵⁴ Cf. GE 29/3.

³⁵⁵ *Rapport*, op. cit. annot. 10, p. 152, PONCET, *Le nouveau code*, p. 110.

En revanche, **Nidwald** paraît limiter la défense obligatoire au seul cas où l'accusé est indigent, ce qui laisse à penser à M. ZELGER que le principe de l'égalité des armes et du procès équitable n'a pas été pris en considération³⁵⁶. Nous ne serions pas aussi affirmatifs, car l'art. 54 OJ (NW), antérieur à la ratification de la CEDH, impose au président de nommer un défenseur d'office à qui n'est pas en mesure de se défendre lui-même.

Mais, ce qui a surtout préoccupé, c'est le principe de la **gratuité du défenseur commis d'office**. Certes, l'assistance d'office ne saurait être refusée à l'indigent, sous peine de nuire à la défense. La rémunération du défenseur sera assumée par l'Etat comme le statue l'art. 23 al. 3 du code de Nidwald. Mais pourra-t-on en demander par la suite le remboursement au justiciable, s'il revient à meilleure fortune? Plusieurs lois l'admettent³⁵⁷, ce que ne désapprouve pas la doctrine³⁵⁸.

D'ailleurs, le Conseil fédéral, interprétant la Convention, l'a comprise comme n'impliquant pas une exonération définitive des frais de la défense d'office³⁵⁹. C'est d'ailleurs à cette même conclusion qu'était arrivé le professeur HAEFLIGER, soulignant que, sur ce point, l'art. 35 al. 2 CPP soleurois ne méconnaissait pas la Convention³⁶⁰, avis que partage M. WINIGER³⁶¹.

Il n'en demeure pas moins que cette solution semble choquante au groupe bâlois des juristes démocratiques³⁶². Mais c'est là un autre problème que nous n'avons pas à discuter.

Il nous suffira de conclure que, s'agissant de l'assistance d'un conseil, la Convention n'a guère eu d'incidence sur nos législations.

³⁵⁶ ZELGER, p. 71, 72 s, 79.

³⁵⁷ P. ex. UR 58/3, NW 56 OJ, SO 35, AR 64, NE loi sur l'assistance judiciaire, RS (NE) 161.3, art. 21, JU 37/2.

³⁵⁸ SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26. 11. 1979, inédit, p. 17, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 362, WAMISTER, p. 102. D'autres auteurs pensent que la gratuité de l'assistance d'office doit être définitive: Cf. PONCET, La protection, p. 164, SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, p. 263.

³⁵⁹ « Déclaration interprétative de l'art. 6, § 3, lettres c et e: Le Conseil fédéral déclare interpréter la gratuité de l'assistance d'un avocat d'office et d'un interprète figurant à l'art. 6, § 3, lettres c et e, de la Convention comme ne libérant pas définitivement le bénéficiaire du paiement des frais qui en résultent ». RO 1974 II 2149, Cf. aussi BRÄNDLE, p. 115.

³⁶⁰ HAEFLIGER, Übergeordnetes Recht, p. 139 s.

³⁶¹ WINIGER, p. 445.

³⁶² Cf. Zwischenbericht, op. cit. annot. ⁸⁵, p. 8.

CHAPITRE IV

L'assistance d'un interprète

55. Les exigences de la Convention 56. L'état de nos droits
57. Les incidences de la Convention

55. L'art. 6 ch. 3 litt. e CEDH stipule que: « Tout accusé a droit notamment à...: se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ». Ce texte ne nécessite guère de commentaire, mais au plus trois observations:

1) La Convention impose l'assistance d'un interprète, mais elle ne prescrit pas que l'interprète doive parler la même langue que l'accusé³⁶³: un Suédois, qui comprend l'anglais, pourrait avoir un interprète qui lui expliquerait en anglais les débats d'un tribunal thurgovien.

2) L'art. 6 ch. 3 litt. e est visiblement conçu en fonction de l'instruction principale et des débats devant un tribunal. Le texte vise « la langue employée à l'audience ». C'est apparemment trop étroit et insuffisant. La Cour incline donc à élargir cette garantie; dans un arrêt Luedicke, Belkacem et Koç, rendu le 28 novembre 1978, elle a précisé que l'assistance gratuite d'un interprète s'étend, pour que le procès soit équitable, à tous les actes de procédure que le justiciable devait comprendre³⁶⁴. La communication entre l'accusé et son défenseur ne constituant

³⁶³ BISCHOFBERGER, p. 170, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 510, TRECHSEL, Verteidigungsrechte, p. 372.

³⁶⁴ Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 29, § 48, p. 20.

pas un « acte de procédure », la Commission a dû juger que l'assistance gratuite ne pouvait être invoquée dans ce cas³⁶⁵.

3) L'assistance de l'interprète est gratuite, ce qui signifie que les frais ne sauraient être mis à la charge de l'accusé, peu importe sa situation économique ou l'issue de la procédure³⁶⁶.

56. C'est sur ce point qu'un problème s'est posé. Il est généralement admis que les frais d'un interprète sont compris dans la notion des frais judiciaires.

Si la Convention entend, en assurant la gratuité de l'assistance d'un interprète, lever l'obstacle opposé à la défense par une exigence préalable d'avancer les frais d'un interprète, est-il interdit, en fin de cause, de les faire supporter par l'accusé ?

La Suisse estimait que cela n'était pas exclu, et, en ratifiant la Convention, elle précisa qu'elle comprenait l'art. 6 ch. 3 litt. e comme autorisant à mettre à la charge de qui est condamné aux frais, la dépense engagée pour les besoins d'un interprète³⁶⁷.

Cette interprétation était-elle correcte ?

La question s'est posée dans une affaire *Temeltasch* : il s'agissait d'un étranger auquel les frais d'interprète avaient été mis à sa charge. Devant le Tribunal fédéral, il alléguait sans succès une violation de l'art. 6 ch. 3 litt. e CEDH³⁶⁸.

L'arrêt du Tribunal fédéral fut soumis à la Commission, puis au Comité des Ministres : la discussion ne porta pas sur le point de savoir si la Convention pouvait être comprise comme le pensait la Suisse, mais bien si l'interprétation qu'elle avait donné à la Convention constituait une réserve conciliable au regard de l'art. 64 CEDH³⁶⁹, ce qui fut admis³⁷⁰.

³⁶⁵ Cf. TRECHSEL, *Verteidigungsrechte*, p. 374. Néanmoins, le professeur TRECHSEL ne peut imaginer un procès équitable si l'accusé ne peut s'entretenir avec son avocat faute de connaissances linguistiques. Cf., dans le même sens, WAMISTER, p. 147.

³⁶⁶ Cf. Arrêt de la Cour, op. cit. annot. ³⁶⁴, § 40, p. 17. Cf. aussi BISCHOFBERGER, p. 171, BRÄNDLE, p. 117, GURAZDE, p. 111, KOHLBACHER, p. 96, PIÉRARD, p. 322, PONCET, *La protection*, p. 140, RAYMOND, p. 76 s, TRECHSEL, *Verteidigungsrechte*, p. 374 s, WAGNER/WILDHABER, p. 146.

³⁶⁷ RO 1974 II 2149. Cf. aussi, BRÄNDLE, p. 115, WAGNER/WILDHABER, p. 146. Également supra, annot. ³⁵⁹.

³⁶⁸ ATF 106 Ia 214. Cf. également, WAGNER/WILDHABER, p. 148.

³⁶⁹ L'art. 64 CEDH est libellé comme suit : « 1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause ».

57. Plusieurs législations, élaborées après la ratification de la Convention, l'ont prise en considération s'agissant du droit à l'interprète et la gratuité de cette assistance pour l'accusé: le **code d'Appenzell RE** (1978) s'inspire visiblement de la Convention, ce que soulignent les commentateurs BÄNZINGER et STOLZ³⁷¹, de même que le **code d'Uri**, que le professeur SCHULTZ considère comme conforme à la CEDH³⁷².

Mais, à y réfléchir, la Convention ne voit le problème que du point de vue de l'accusé. Or, celui-ci peut parfaitement connaître la langue d'un témoin, que le tribunal ignore. Il apparaît que l'interprète est nécessaire, non seulement à l'accusé, mais au juge. Cette considération a conduit les rédacteurs de la loi sur la **procédure pénale militaire** à aller plus loin que la Convention, en décidant que la rémunération des interprètes et traducteurs serait supportée par la Confédération, au même titre que celle des juges^{373/374}.

A Genève, le professeur PONCET relevait que le code de 1940, alors en vigueur, ne prévoyait pas l'assistance d'un interprète au stade de l'instruction préparatoire³⁷⁵. Était-ce vraiment une lacune? Comment imaginer qu'un magistrat puisse conduire l'enquête sans comprendre l'accusé, que la loi lui imposait d'interroger? Il n'en demeure pas moins que c'est au nom de la Convention³⁷⁶ qu'un article 83 a été introduit dans l'actuel code de 1977 qui ne restreint pas le droit à l'interprète au seul accusé, mais l'étend au plaignant, à la partie civile et au témoin, sans aborder d'ailleurs le problème des frais³⁷⁷.

Qu'en est-il des législations en vigueur et qui n'ont pas encore été révisées?

³⁷⁰ Rapport de la Commission du 5 mai 1982, EuGRZ 1983, p. 150; Décision du Comité des Ministres, Cf. NZZ N° 84 du 12. 4. 1983, p. 35.

³⁷¹ BÄNZINGER/STOLZ, p. 240.

³⁷² SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26. 11. 1979, inédit, p. 20.

³⁷³ Mention expresse est faite de l'art. 6 ch. 3 litt. e CEDH dans les travaux préparatoires à la PPM. Cf. Protokoll der 25. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO vom 18. 12. 1975 in Bern, inédit, p. 16; Protokoll der 26. Sitzung vom 24/25. 8. 1976 in Bern, inédit, p. 16 s; Cf. également, FF 1977 II p. 94.

³⁷⁴ Le nouvel art. 151/4 PPM stipule que: «La rémunération des juges, officiers, sous-officiers et soldats de la justice militaire, interprètes et traducteurs est supportée par la Confédération».

³⁷⁵ PONCET, La protection, p. 138, annot. 415.

³⁷⁶ PONCET, Le nouveau code, p. 165.

³⁷⁷ L'art. 83 CPP est libellé comme suit: «Si l'inculpé, le plaignant, la partie civile ou un témoin ne peut s'exprimer en français, le juge désigne un interprète, auquel il fait prêter serment de fidèlement traduire les questions et les réponses».

Nous ne connaissons que deux cantons où le problème a été soulevé.

A Soleure, M. WINIGER a critiqué le Code de 1970 qui permet de mettre les frais de traduction à la charge du condamné ou de celui qui a donné lieu par son comportement à l'ouverture de l'action pénale. Pour M. WINIGER, le législateur devrait saisir l'occasion d'une prochaine révision de la loi pour statuer l'exonération des frais d'interprète, afin de se conformer à la lettre de l'art. 6 ch. 3 litt. e CEDH, nonobstant la déclaration interprétative du Conseil fédéral³⁷⁸. Nous comprenons cette opinion prudente à l'époque où le Comité des Ministres ne s'était pas encore prononcé sur la valeur de la déclaration interprétative³⁷⁹.

A Neuchâtel, l'affaire Temeltasch a suggéré à un député un amendement de l'art. 87 CPP³⁸⁰. Le texte en serait: « Lorsque le prévenu ne comprend pas ou ne parle pas la langue française, les frais de l'interprète qui l'assiste restent à la charge de l'Etat, quel que soit le résultat des poursuites pénales. Ils peuvent néanmoins être mis à la charge du plaignant aux conditions fixées par l'art. 91 »³⁸¹. Appelé à donner son avis, le Tribunal cantonal a relevé que, considérant l'art. 6 ch. 3 litt. e CEDH et la déclaration interprétative du Conseil fédéral, il ne serait pas choquant qu'un condamné reconnu coupable d'une infraction ait finalement à supporter la charge d'un interprète³⁸². Ici encore, la décision du Comité des Ministres n'était pas encore connue.

³⁷⁸ WINIGER, p. 445 s.

³⁷⁹ Cf. supra, N° 56.

³⁸⁰ 81.138. Projet de loi Jean-François GRÜNER; Loi portant révision du code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945, BGC (NE) 1981 (147), p. 624 spéc. p. 626.

³⁸¹ JACOT-GUILLARMOD, p. 31.

³⁸² Rapport du Tribunal cantonal concernant un projet de loi portant révision du Code de procédure pénale neuchâtelois, inédit, p. 10.

TITRE III

Le fonctionnement de la Justice

CHAPITRE I

Généralités

58. Remarques préliminaires

59. Les exigences de la Convention 60. L'état de nos droits

61. Les incidences de la Convention

58. Jusqu'ici, nous avons examiné les droits reconnus à l'accusé. La Convention ne s'en tient pas à cela. Pour assurer le bon fonctionnement de la justice, la CEDH donne une série de garanties qui figurent dans son art. 6 ch. 1 et 2.

59. L'art. 6 ch. 1 CEDH statue: « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Nous avons déjà évoqué la notion du procès équitable³⁸³.

La Convention ajoute, pour assurer la saine administration de la justice, des directives quant aux choix du juge, à la célérité du procès et à sa publicité.

Quant à l'art. 6 ch. 2 CEDH, il stipule que l'accusé doit être tenu pour innocent tant qu'un jugement n'a pas établi sa culpabilité³⁸⁴: c'est ce qu'on appelle traditionnellement la présomption d'innocence.

60. Ces règles nous sont bien connues: elles figurent dans toutes nos législations helvétiques. Alors que le droit fédéral

³⁸³ Cf. supra, N° 45.

³⁸⁴ « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

impose l'indépendance et l'impartialité du juge au nom du principe de la séparation des pouvoirs et de la garantie du juge naturel (art. 58 Cst.)³⁸⁵, les principes de la publicité et de la célérité sont consacrés par la loi de procédure³⁸⁶, et parfois même dans les constitutions³⁸⁷.

Quant à la présomption d'innocence, elle est affirmée soit expressément³⁸⁸, soit implicitement par l'obligation pour le juge de rechercher la vérité en instruisant le procès tant à charge qu'à décharge³⁸⁹.

61. Dès lors, il apparaît, à première vue, que la Convention n'a pas imposé des modifications législatives fondamentales dans le domaine de l'administration de la justice.

En revanche, à plusieurs reprises, la Convention a été invoquée pour justifier le système consacré par le droit positif, voire pour en fixer les limites.

³⁸⁵ CLERC, *Initiation*, p. 57, 60, 86.

³⁸⁶ P. ex. OW 5, 6, AR 22, 28, AG 29, 30.

³⁸⁷ P. ex. NW 4/2, BL 6/4, AR 62/1, SG 78/3, NE 60, GE 134.

³⁸⁸ P. ex. ZG cst. 8/2, GE cst. 4.

³⁸⁹ Cf. CLERC, *Initiation*, p. 145.

CHAPITRE II

Le juge

Section 1

Le système de l'administrateur-juge

62. Introduction 63. L'administration, juge d'une cause pénale
64. L'administration, organe d'exécution d'une sanction pénale

62. Selon le principe de la séparation des pouvoirs, la justice doit être rendue par une autorité qui ne dépend ni du gouvernement, ni du pouvoir législatif.

S'ensuit-il que l'administration ne saurait connaître d'une cause pénale? Peut-elle la juger, voire intervenir dans l'exécution des sanctions?

Ces deux problèmes ont été examinés à la lumière de la Convention.

63. L'avant-projet STOOSS distinguait les infractions en deux catégories à l'image de la conception populaire largement répandue dans notre pays, selon laquelle les actes graves méritent une punition infligée par un tribunal, tandis que les actes d'indiscipline peuvent être sanctionnés par les organes de l'administration, voire par les autorités communales³⁹⁰. Distinction

³⁹⁰ Exposé des motifs de l'avant-projet de Code pénal suisse, partie générale, rédigé par mission du Conseil fédéral par Carl STOOSS, traduit en français par Alfred GAUTIER, Bâle et Genève 1893, p. 7.

qui apparaissait dans la terminologie: affaire criminelle et affaire de police (AG)³⁹¹.

Et voilà le problème: la Convention impose-t-elle un **juge** ou permet-elle le recours au système de l'**administrateur-juge**, plus économique, plus rapide moins formaliste?

Les auteurs de la Convention avaient sans doute à l'esprit les causes pénales, qui emportent une peine privative de liberté. En effet, l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH subordonne la privation de liberté, à titre de peine, à une condamnation prononcée par un tribunal compétent³⁹².

Avant l'adhésion à la CEDH, on s'est posé la question de savoir si le recours au juge était imposé.

Le Conseil fédéral a été amené à se pencher sur la question non seulement en ce qui concerne les contraventions (345 CP)³⁹³ et les mineurs (369 CP)³⁹⁴, mais aussi pour les affaires fiscales. Dans ce dernier cas, l'art. 6 ch. 1 CEDH a conduit le législateur à soustraire les décisions impliquant une peine privative de liberté à la juridiction administrative³⁹⁵. L'art. 21/1 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif stipule: «L'administration est compétente pour juger les infractions; toutefois, lorsque le département auquel elle est subordonnée estime qu'une peine ou une mesure privative de liberté doit être envisagée, le tribunal est compétent.» En outre, l'al. 2 de ladite disposition permet à la personne touchée par un prononcé pénal de «demander à être jugée par le tribunal» de sorte que la CEDH est respectée.

Mais, comme l'a précisé le Conseil fédéral, il ne faut pas s'en tenir au critère formel du mot «tribunal» figurant à l'art 6 ch. 1 de la Convention. Un organe administratif, qui ne dépend pas du pouvoir exécutif et n'en reçoit pas de directives, est aussi indépendant que le juge. Cet organe administratif (préfet, conseil communal) est souvent élu par les électeurs de sa circonscription³⁹⁶.

³⁹¹ BRÜHLMEIER, p. 69.

³⁹² «s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent». Concernant la définition du mot «tribunal», il faut se référer à l'art. 6 ch. 1 CEDH qui préconise un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Cf. BISCHOFBERGER, p. 188, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 471, TRECHSEL, EMRK, p. 199.

³⁹³ L'art. 345 CP prévoit que le jugement des contraventions peut être attribué à une autorité administrative; Cf. FF 1968 II 1113; FF 1974 I 1031 s.

³⁹⁴ L'art. 369 CP permet de désigner un juge des mineurs en dehors du pouvoir judiciaire: Cf. FF 1968 II 1113; FF 1974 I 1032.

³⁹⁵ FF 1968 II 1114 s.

³⁹⁶ FF 1968 II 1113 s; FF 1974 I 1032; CLERC, Initiation, p. 58.

En outre, dans la mesure où une affaire est traitée par l'administration, avec possibilité d'un contrôle judiciaire, les exigences de la CEDH sont respectées³⁹⁷.

Sur ce point, toutefois, la discussion est possible: les professeurs SCHUBARTH et TRECHSEL semblent exiger l'examen de l'affaire quant au fond par le juge³⁹⁸, alors que le Conseil fédéral estime suffisant un contrôle judiciaire quant à l'application de la loi par le pourvoi en nullité³⁹⁹.

Il est possible que la question ne soit jamais tranchée, car les peccadilles sont liquidées, soit par perception directe de l'amende par l'agent verbalisateur, soit par l'ordonnance pénale prise par l'administration: mais comme chacun le sait, le justiciable a toujours la faculté de s'y opposer ce qui entraîne une procédure de jugement devant un tribunal au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH⁴⁰⁰.

Au sujet de l'ordonnance pénale, la question s'est posée en Argovie de savoir si elle était compatible avec l'art. 6 ch. 1 CEDH, lors d'une révision partielle du CPP en 1977. Pouvait-on, par ce procédé, prononcer de courtes peines privatives de liberté? Le Conseil d'Etat le pensait, sans doute parce que le Préfet («Bezirksamtmann») qui décerne l'ordonnance pénale est une autorité judiciaire indépendante au sens de la Convention⁴⁰¹. En effet, il est désigné par les électeurs du district⁴⁰² et répond devant le Tribunal supérieur⁴⁰³. Le nouvel art. 5 CPP reconnaît dorénavant au Préfet le droit de prononcer une peine privative de liberté de 30 jours au plus par voie d'ordonnance pénale.

³⁹⁷ FF 1968 II 1114; FF 1974 I 1032; Le Conseil fédéral a néanmoins jugé prudent de déposer une déclaration interprétative de l'art. 6 ch. 1 CEDH lors de la ratification de la Convention. Elle stipule que: «Pour le Conseil fédéral suisse, la garantie d'un procès équitable figurant à l'art. 6, paragraphe 1, de la Convention, en ce qui concerne soit les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, soit le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre la personne en cause, vise uniquement à assurer un contrôle judiciaire final des actes ou décisions de l'autorité publique qui touchent à de tels droits ou obligations ou à l'examen du bien-fondé d'une telle accusation.» Cf. FF 1974 I 1033; RO 1974 2173.

³⁹⁸ SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 472, TRECHSEL, EMRK, p. 295 s, 298.

³⁹⁹ FF 1968 II 1114; FF 1974 I 1032; Le Tribunal fédéral a confirmé cet avis récemment. Cf. Die Praxis des Bundesgerichts, 72 (1983), N° 261, p. 704.

⁴⁰⁰ CLERC, Initiation, p. 59, HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 245, NOLL, Strafprozessrecht, p. 100 s, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 471 s, TRECHSEL, EMRK, p. 292, 294 s.

⁴⁰¹ Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 22. September 1975, p. 15.

⁴⁰² Cf. Gesetz über die Einrichtung der Bezirksämter du 16 mars 1854, Aargauische Gesetzessammlung (AGS), 1 121, art. 42.

⁴⁰³ Cf. BRÜHLMEIER p. 77, N° 4.3; Botschaft, op. cit. annot. ⁴⁰¹, p. 15.

Toujours en Argovie, la question s'est posée de savoir si un Conseil communal pouvait prononcer une peine privative de liberté. Une loi du 26 novembre 1841 sur les communes le permettait⁴⁰⁴. Etait-ce conforme à la Convention? BRÜHLMEIER et TRECHSEL en doutaient: ils alléguaient que le justiciable touché par une telle sanction n'avait que la possibilité de se pourvoir en cassation devant un tribunal de district, ce qui ne permettait pas un examen quant au fond de l'affaire⁴⁰⁵. Il a donc paru prudent, dans une nouvelle loi sur les communes, d'enlever au Conseil communal la compétence de prononcer des arrêts^{406/407}.

Mais la question la plus importante a été posée en matière militaire, par le **droit disciplinaire**.

Il sied de rappeler que le pouvoir disciplinaire appartient au commandant d'unité. Il a notamment la compétence de prononcer des arrêts simples ou de rigueur qui impliquent une privation de liberté pouvant aller jusqu'à vingt jours. Contre une décision disciplinaire il est possible de recourir dans les 24 heures au supérieur de l'officier qui a infligé la punition. Sous l'ancienne législation militaire, cette deuxième décision pouvait être attaquée auprès de l'auditeur en chef de l'armée qui statuait définitivement⁴⁰⁸. Or, nous l'avons vu, la Convention exige qu'une peine privative de liberté soit rendue par un tribunal⁴⁰⁹. L'auditeur en chef de l'armée suisse ne saurait toutefois être assimilé à un juge au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH: il est nommé par le Conseil fédéral et répond devant le Département militaire fédéral⁴¹⁰.

En 1968, le Conseil fédéral n'a pas soulevé ce problème dans son rapport sur la Convention, estimant que les dispositions de la CEDH n'étaient pas adaptées aux particularités du droit disciplinaire⁴¹¹.

⁴⁰⁴ CPP (AG) art. 4 en rel. avec les art. 82-84 Gesetz über die Organisation der Gemeinde und Gemeinderäte du 26 novembre 1841, Aargauische Gesetzessammlung (AGS), 1 57. Ces dispositions permettaient au Conseil communal de statuer sur des contraventions et de prononcer 90 heures d'arrêts au maximum.

⁴⁰⁵ BRÜHLMEIER p. 122 s, N° 5, TRECHSEL, EMRK, p. 298. Cf. aussi supra, p. 98.

⁴⁰⁶ BRÜHLMEIER, p. 123, N° 2.

⁴⁰⁷ Mais, à y réfléchir, le Conseil communal n'est-il pas juge, non pas au sens formel, mais matériel, comme nous l'avons indiqué plus haut? Cf. supra, p. 97 s.

⁴⁰⁸ FF 1977 I 1138.

⁴⁰⁹ Cf. supra, p. 97.

⁴¹⁰ Cf. les art. 16/1 et 17/1 PPM.

⁴¹¹ FF 1968 II 1105.

Mais en 1970, un conseiller national demanda la révision de la législation militaire: il souhaitait notamment que la position de l'auditeur en chef de l'armée en tant que juge fût reconsidérée⁴¹², vœu qui émanait également d'une initiative du canton de Bâle-Ville⁴¹³, sans doute parce qu'on tenait la Convention applicable même dans ce domaine.

Dans son message de 1974, le Conseil fédéral signalait qu'une révision du CPM et de l'OJPPM était en préparation, et qu'il préciserait les compétences de l'auditeur en chef⁴¹⁴.

De fait, lors de sa 23^e réunion, la commission qui travaillait à cette révision envisagea l'application de la Convention à la procédure disciplinaire: l'un de ses membres avait proposé un juge comme autorité de recours⁴¹⁵.

Deux faits allaient conduire à cette solution.

Dans une affaire Engel et autres du 8 juin 1976, la Cour considéra que les arrêts de rigueur constituaient une privation de liberté au sens de l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH et que ceux-ci ne pouvaient pas être exécutés avant qu'un tribunal ne se soit prononcé à leur sujet⁴¹⁶.

Ensuite, le Tribunal fédéral fut appelé à trancher une affaire Herbert Eggs. Le soldat Eggs se plaignait du fait que le Département fédéral de justice et police avait refusé d'autoriser une poursuite pénale pour séquestration contre l'auditeur en chef de l'armée qui avait confirmé les arrêts de rigueur rendus par le commandant d'unité à son encontre⁴¹⁷. Lors des délibérations, certains juges fédéraux estimèrent que l'auditeur en chef n'avait pas la qualité de juge stipulée par la Convention: néanmoins, le Tribunal fédéral confirma le refus du Département⁴¹⁸.

Aussi, lors de sa 26^e réunion, la commission d'études pour la révision du droit militaire, se fondant sur l'arrêt Engel, reconnut l'applicabilité de la Convention à la procédure disciplinaire,

⁴¹² Postulat Allgöwer, BO CN 1971, p. 231 ss.

⁴¹³ Cf. Bericht der Grossratskommission zum Anzug A. Euler und Konsorten betreffend Standesinitiative des Kantons Basel-Stadt zur Revision der eidgenössischen Militärjustiz du 22 mars 1971, N° 8787, p. 25 ss.

⁴¹⁴ FF 1974 I 1026.

⁴¹⁵ Protokoll der 23. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO vom 27/28.10.1975 in Bern, inédit, p. 22.

⁴¹⁶ Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol. 22, § 89, p. 28 ss; FF 1984 I 849.

⁴¹⁷ RAYMOND, p. 43 s.

⁴¹⁸ MALINVERNI/WILDHABER, ASDI 1978, p. 181, RAYMOND, p. 44; FF 1977 I 1142 s.

et s'empessa de prévoir un juge comme autorité de recours dans les affaires disciplinaires, et accorda l'effet suspensif au recours⁴¹⁹.

De son côté, Eggs saisit la Commission européenne qui déclara sa requête recevable le 11 décembre 1976⁴²⁰.

Le Conseil fédéral, redoutant un désaveu à Strasbourg, n'attendit pas la révision en cours et proposa aux Chambres, le 2 mars 1977, un projet d'arrêté fédéral modifiant d'urgence le Code pénal militaire: se référant à l'arrêt Engel et à l'affaire Eggs, le Conseil fédéral doutait que l'auditeur en chef ait la qualité de juge en tant qu'autorité de recours contre les décisions disciplinaires⁴²¹. Il proposait donc pour se conformer à l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH, de désigner le grand juge du Tribunal de division pour statuer sur un recours contre des arrêts disciplinaires; ce recours ayant effet suspensif⁴²².

Les Chambres s'y refusèrent et préférèrent attendre la révision de la législation militaire⁴²³.

Aussi, le 7 mars 1977, le Conseil fédéral soumettait au Parlement un projet de modification du Code pénal militaire et d'une révision totale de l'organisation judiciaire et de la procédure pénale pour l'armée fédérale⁴²⁴. Dans son message, il reprenait l'exposé qu'il avait fait à l'appui du projet d'arrêté fédéral que nous avons évoqué⁴²⁵.

Les Chambres fédérales s'empressèrent d'adopter ce projet de révision le 23 mars 1979. Le nouvel art. 212 CPM prévoit

⁴¹⁹ Protokoll der 26. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO vom 24/25. 8.1976 in Bern, inédit, p. 5 ss.

⁴²⁰ D.R. 6, p. 170; le 4 mars 1978, la Commission adopta son rapport. Elle précisa que l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH stipulait qu'une détention doit être précédée d'une décision rendue par un tribunal. Pour la Commission, le tribunal est un organe judiciaire indépendant de l'exécutif et des parties, offrant des garanties de procédure adéquates. L'auditeur en chef de l'armée suisse ne peut être assimilé à un tribunal: les arrêts de rigueur prononcés par l'auditeur en chef en dernière instance violent donc l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH. Cf. D.R. 15, p. 44 ss; l'affaire Eggs devait prendre fin par une résolution du Comité des Ministres du 19 octobre 1979 qui prit acte du rapport de la Commission et des modifications législatives intervenues entre-temps. Cf. D.R. 15, p. 51 s; FF 1984 I 849; Signalons qu'une affaire identique, Santschi et autres, s'est terminée par une résolution du Comité des Ministres le 24 mars 1983. Le Comité des Ministres a décidé qu'il y avait eu violation de la Convention tout en prenant acte de la révision législative intervenue en 1979 en vue de supprimer une situation contraire à la Convention. Cf. FF 1984 I 849.

⁴²¹ FF 1977 I 1138 ss.

⁴²² FF 1977 I 1146.

⁴²³ BO CN 1977, p. 498 s, BO CE 1977, p. 74 ss, 233 s.

⁴²⁴ FF 1977 II 1.

⁴²⁵ FF 1977 II 2, 41 s, 43.

dorénavant qu'un militaire peut recourir auprès d'une section du tribunal militaire d'appel compétent contre les décisions en matière disciplinaire. Le recours a effet suspensif⁴²⁶.

64. Le problème de l'intervention de l'autorité administrative peut se poser également après le jugement, au stade de l'exécution. Le débat s'est engagé essentiellement en doctrine, mais la CEDH a été parfois prise en considération dans ce domaine.

1° **La conversion de l'amende en arrêts**, prévue à l'art. 49 ch. 3 CP, implique une privation de liberté au sens de l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH ; elle ressort du juge qui peut être une autorité administrative en matière de contraventions (345 ch. 1 al. 2 CP)⁴²⁷ ; le droit pénal fédéral permet ainsi à l'administrateur-juge de modifier une situation juridique en raison d'une appréciation des faits⁴²⁸.

Dans une analyse détaillée des systèmes cantonaux en la matière, le professeur TRECHSEL relève que certains cantons permettent à une autorité administrative de convertir en arrêts une amende prononcée par un organe administratif. Il pense que c'est contraire à l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH⁴²⁹ étant donné qu'à aucun moment un « juge » n'intervient pour statuer sur la sanction privative de liberté. Mais cet auteur d'ajouter que ces cas sont extrêmement rares⁴³⁰.

La question s'est posée à Genève lors de l'élaboration du nouveau code de procédure pénale : la discussion a porté sur le point de savoir s'il fallait laisser au procureur général le soin d'ordonner la conversion d'une amende en arrêts. D'aucuns préconisaient d'instituer une voie de recours à un juge afin de se conformer à la Convention⁴³¹. Mais, finalement le système a été maintenu⁴³² en observant qu'il ne fallait pas craindre « d'aller à Strasbourg », le procureur général n'étant pas une autorité

⁴²⁶ Cf. HAURI, p. 526 N° 5, 529 N° 16, 531 N° 31. Cf. également FF 1984 I 849, 850.

⁴²⁷ Cf. TRECHSEL, EMRK, p. 303, 306.

⁴²⁸ Cf. TRECHSEL, EMRK, p. 303.

⁴²⁹ Cf. TRECHSEL, EMRK, p. 307 ss, spéc. p. 317, annot. 1237, et p. 318 ; Dans le même sens, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 472.

⁴³⁰ TRECHSEL, EMRK, p. 318.

⁴³¹ PONCET, Le nouveau code, p. 446.

⁴³² Cf. GE 375.

administrative mais un magistrat qui, dans ce domaine, exerçait la fonction de « juge »⁴³⁹.

Lors de la révision de la législation militaire, on s'est également préoccupé de la question. Les travaux de la commission d'études ont fait allusion à une disposition du projet qui concernait la conversion d'une amende disciplinaire en arrêts. Il fallait placer cette décision entre les mains du juge pour ne pas heurter la Convention⁴⁴⁴. Le Code pénal militaire révisé attribue à l'autorité disciplinaire la faculté de convertir l'amende disciplinaire en arrêts⁴³⁵. L'intéressé peut cependant recourir contre cette décision auprès d'une section du tribunal militaire compétent⁴³⁶.

De même, on a abandonné l'art. 34 ch. 2 al. 2 CPM qui permettait au Département militaire fédéral d'infliger des arrêts simples pour trois mois au plus à celui qui ne payait pas son amende par mauvais vouloir, par fainéantise, par inconduite ou par négligence. SCHUBARTH et TRECHSEL avaient considéré cette disposition comme contraire à l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH⁴³⁷.

2° L'autorité administrative est souvent appelée à rendre des décisions postérieures au jugement qui impliquent parfois une privation de liberté, p. ex. la réintégration dans un établissement pénitencier. Le Code pénal abandonne cette décision à l'autorité compétente⁴³⁸. Mais, l'autorité compétente peut-elle être une autorité administrative et, le cas échéant, est-ce conforme à la Convention ?

Le professeur TRECHSEL avait répondu par l'affirmative : selon l'art. 5 ch. 1 litt. a, seule la décision initiale d'une privation de liberté doit être rendue par un juge. De plus, le droit anglais –

⁴³⁹ PONCET, Le nouveau code, p. 446, 444. Ajoutons que le procureur de l'Etat est élu par le Grand-Conseil et jouit d'une parfaite indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Il est juridiquement rattaché au pouvoir judiciaire. Cf. art. 1 OJ GE, (Recueil systématique E 4 2/1) et art. 132 cst. GE (Recueil systématique A, B 1 2/1).

⁴⁴⁴ Protokoll der 27. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO vom 9.9.1976 in Bern, inédit, p. 10.

⁴³⁵ Cf. 192/4 CPM.

⁴³⁶ Cf. 212/1 CPM. Cf. également, FF 1977 II 43, HAURI, p. 528 N° 7.

⁴³⁷ Sous réserve que l'amende n'ait pas été prononcée par un tribunal de division. Dans ce cas, l'art. 5 ch. 1 litt. b CEDH aurait permis la conversion par le Département pour « insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal », Cf. SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 473, TRECHSEL, EMRK, p. 305.

⁴³⁸ P. ex. 38 ch. 3, 45 ch. 3 CP.

qui est à la base de la Convention – ne connaît guère l'intervention du juge dans l'exécution des peines⁴³⁹.

Depuis lors, les organes de la Convention se sont prononcés sur la question.

Dans une affaire suisse (Christinet)⁴⁴⁰, la Commission a jugé que la détention consécutive à une décision de réintégration prononcée par l'autorité administrative n'était que la continuation de la mesure d'internement initiale ordonnée par le tribunal et qu'elle était donc conforme à l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH⁴⁴¹. Dans sa résolution du 29 novembre 1979, le Comité des Ministres a confirmé cet avis⁴⁴².

Dans un arrêt Van Droogenbroek, rendu le 24 juin 1982, la Cour a précisé que la mise à disposition du gouvernement d'un récidiviste, connue en droit belge, qui s'opère sur la base d'un arrêt rendu par un tribunal et qui permet au Ministère de la justice de prendre des mesures concernant l'exécution d'une peine privative de liberté (suspension de l'internement, révocation d'une libération sous condition) n'était pas contraire à l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH. Selon la Cour, la Convention n'astreint pas les Etats contractants à confier à des juges un contrôle de l'application des peines et elle s'accommode d'une indétermination relative de la sentence⁴⁴³.

L'intervention de l'administrateur-juge dans les décisions postérieures au jugement a été discutée à Uri. Dans son avis de droit sur le projet du nouveau code uranais, le professeur SCHULTZ avait suggéré d'instituer le juge de l'application de la peine, à tout le moins pour les décisions de réintégration. L'affaire Christinet⁴⁴⁴ était alors pendante devant les organes de la Convention. M. SCHULTZ estimait la formule nécessaire pour se conformer à l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH⁴⁴⁵. Cette suggestion n'a pas été reprise par le législateur uranais⁴⁴⁶; sans doute estimait-il que la Convention ne l'imposait pas.

⁴³⁹ TRECHSEL, EMRK, p. 319 s.

⁴⁴⁰ Le requérant s'était plaint du fait que le chef du département de la justice, de la police et des affaires militaires vaudois avait ordonné sa réintégration, après avoir révoqué sa libération conditionnelle en vertu de l'art. 45 ch. 3 CP. Selon le requérant, cette décision violait l'art. 5 ch. 1 litt. a CEDH; Cf. D.R. 11, p. 179 s.

⁴⁴¹ D.R. 17, p. 45.

⁴⁴² D.R. 17, p. 57 s.

⁴⁴³ Affaire Van Droogenbroek, op. cit. annot. ²¹⁴, p. 13 ss, spéc. p. 22.

⁴⁴⁴ Cf. supra.

⁴⁴⁵ SCHULTZ, Avis de droit CFP UR du 26.11.1979, inédit, p. 3 ss.

⁴⁴⁶ Selon l'art. 51 b OJ (UR), Urner Rechtsbuch 2. 3221, cette décision appartient toujours au Conseil d'Etat.

SECTION 2

Le juge impartial

65. Remarques générales 66. Les exigences de la Convention
67. Le cumul des fonctions de juge d'instruction
et de juge de fond

65. Un juge peut être indépendant mais pas nécessairement impartial. Afin d'assurer que le juge puisse rendre un jugement sans avoir de parti pris, il doit être récusable lorsqu'il est suspect de partialité. En règle générale, les lois distinguent entre l'inhabilité (la loi présume l'incapacité d'être impartial en raison de circonstances objectives)⁴⁴⁷ et la récusation, qui est la possibilité de ne pas accepter une personne comme juge⁴⁴⁸.

66. La Convention stipule à l'art. 6 ch. 1 première phrase que la cause d'un justiciable soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Elle exige du juge qu'il ne montre ni parti pris ni hostilité à l'égard de l'accusé, bref qu'il se trouve « supra partes »⁴⁴⁹. Cependant, la Commission a précisé que le droit à l'impartialité judiciaire est de ceux auxquels on peut renoncer, même tacitement, par exemple en continuant de prendre part à l'audience, alors qu'une cause de récusation est connue⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ P. ex. en raison d'un lien de proximité qui existe entre le juge, les parties ou la cause. Le juge doit alors se déporter sans en être requis. CLERC, *Initiation*, p. 87, HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 64 s, PIQUEREZ, p. 168 s.

⁴⁴⁸ P. ex. lorsqu'un juge manifeste un parti pris dans la conduite d'une affaire. Le justiciable peut alors demander la récusation d'un magistrat. CLERC, *Initiation*, p. 87, HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 65, PIQUEREZ, p. 170.

⁴⁴⁹ BISCHOFBERGER, p. 73, PEUKERT, p. 269, PONCET, *La protection*, p. 42 s; D.R. 22, p. 172.

⁴⁵⁰ PIQUEREZ, p. 168, PONCET, *La protection*, p. 43 annot. 123.

67. Mais, la Convention impose-t-elle une séparation des fonctions de juge d'instruction et de juge de fond ?

D'aucuns le pensent⁴⁵¹: le professeur PONCET posait la question de savoir si un juge d'instruction qui siège également dans le tribunal de jugement peut être impartial « alors qu'il a inculqué, parfois arrêté, renvoyé en jugement, et qu'il a pu s'affronter avec l'inculqué s'ils n'étaient pas d'accord sur certains actes de l'instruction préparatoire »⁴⁵².

Le rapport de la Commission du 5 juillet 1983 dans l'affaire De Cubber contre Belgique vient sans doute confirmer cet avis, encore qu'elle ne s'est pas prononcée sur le système du cumul, mais sur un cas d'espèce: la Commission a admis qu'un juge qui avait instruit une cause et qui par la suite siégea en qualité d'assesseur au tribunal ne présentait pas les garanties d'impartialité exigées par l'art. 6 ch. 1 CEDH parce qu'il s'était fait à l'avance une conviction personnelle sur la culpabilité de l'accusé⁴⁵³.

Mais, le problème ne se pose que dans quelques cantons qui, par imitation du Code d'instruction criminelle de 1808 (FR, BE, JU) ou par héritage du système inquisitoire (VS), connaissent le cumul des fonctions^{454/455}. Sans doute ont-ils choisi le système parce qu'il permettait une économie dans le budget de la justice et, au juge de fond, d'avoir une excellente connaissance du dossier⁴⁵⁶. En outre au Valais, où la procédure avait conservé le système inquisitoire, il était indispensable que l'enquête soit confiée à l'un des magistrats siégeant au tribunal étant donné que les preuves étaient administrées au cours de l'instruction préparatoire⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 500.

⁴⁵² PONCET, La protection, p. 42, annot. 118. Cf. aussi: PIQUEREZ, p. 167 s.

⁴⁵³ Décision sur la recevabilité de la requête, D.R. 28, p. 174; CLERC, Chronique, RPS 101 (1984), p. 94.

⁴⁵⁴ CLERC, Le procès pénal, p. 40 s; Chronique, RPS 100 (1983), p. 431 s. Cf. également, PIQUEREZ, p. 167 s; ODERMATT, p. 385, qui mentionne encore SO qui connaissait le système du cumul des fonctions avant la révision de l'OJ (SO) en 1977.

⁴⁵⁵ Rappelons ici, que le Code d'instruction criminelle de 1808 ne prévoyait qu'une seule exception au cumul des fonctions, savoir les causes qui relevaient de la Cour d'assises: il était en effet exclu que le juge d'instruction qui avait déjà instruit la cause participe aux débats étant donné que la Cour ne devait statuer que sur les éléments qui lui étaient présentés. Cf. CLERC, Chronique, RPS 100 (1983), p. 432.

⁴⁵⁶ CLERC, Initiation, p. 68.

⁴⁵⁷ CLERC, Le procès pénal, p. 41.

Le problème du cumul a été posé d'abord à **Soleure** lors de l'élaboration d'un nouveau code (1970), donc avant l'adhésion de la Suisse à la Convention. Dans un premier temps il ne fut pas tranché, car cela touchait à l'organisation judiciaire⁴⁵⁸. L'argument tiré de l'art. 6 CEDH fut cependant invoqué par plusieurs députés lors de la révision totale de l'organisation judiciaire et il l'emporta⁴⁵⁹. La séparation des fonctions de juge d'instruction et de juge de fond a été consacrée par la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 13 mars 1977⁴⁶⁰.

Le même problème a été abordé à **Berne** lors de la révision partielle du CPP en 1973, où, tout en maintenant le cumul, le professeur SCHULTZ proposait d'introduire une récusation sans indication de motifs⁴⁶¹. La proposition ne fut pas retenue, mais elle pourrait être reprise dans le cadre d'une nouvelle et prochaine révision⁴⁶² précisément pour se conformer à l'art. 6 ch. 1 de la Convention⁴⁶³.

Comme on pouvait s'y attendre, **Fribourg** ayant le même système, l'interpellation Cottier du 9 mai 1979 posa le point d'interrogation⁴⁶⁴.

Le débat se poursuivit devant la Cour de cassation fribourgeoise qui se prononça le 26 août 1981 sur la compatibilité du système avec la CEDH. S'appuyant sur un arrêt du Tribunal fédéral⁴⁶⁵, elle précisa qu'il n'existait aucun droit à la division du procès pénal en procédure d'instruction et procédure de jugement et que le fait de confier à la même personne les fonctions de juge d'instruction et de juge de fond ne heurtait pas la Convention^{466/467}.

⁴⁵⁸ Cf. Totalrevision der Strafprozessordnung, Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn, vom 15. April 1969, p. 2 s.; BGC (SO) 1970, p. 19.

⁴⁵⁹ BGC (SO) 1976, p. 644, 649, 1084.

⁴⁶⁰ BGC (SO) 1977, p. 102. Cf. sur cette innovation, ODERMATT, p. 39 ss.

⁴⁶¹ SCHULTZ, Zur Revision, p. 339 s.

⁴⁶² Cf. Verwaltungsbericht der Justizdirektion 1981, p. 156 et BGC (BE) 1982, p. 414.

⁴⁶³ Selon des renseignements obtenus auprès de M. le professeur SCHULTZ.

⁴⁶⁴ BGC (FR), 1979, p. 717s. L'interpellant s'est expressément référé à la Convention.

⁴⁶⁵ ATF 104 Ia 271. Le Tribunal fédéral avait jugé que la règle bernoise du cumul des fonctions de juge d'instruction et de président de tribunal n'était pas contraire à l'art. 6 ch. 1 CEDH.

⁴⁶⁶ Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal, 1981, p. 85.

⁴⁶⁷ Le professeur CLERC souligne « qu'en définitive, l'incompatibilité entre la charge d'instruire et celle de juger ne repose que sur une idée préconçue du juge d'instruction ». CLERC, Chronique, RPS 100 (1983) p. 432.

Néanmoins, la Cour de cassation n'a pas convaincu un député qui est reparti à la charge, avec une argumentation tirée de la présomption d'innocence méconnue (art. 6 ch. 2 CEDH)⁴⁶⁸.

Mais, à y réfléchir, nous ne pensons pas que la Convention impose une séparation des fonctions ; à cela, plusieurs raisons :

La Convention – nous l'avons vu – ignore l'instruction préparatoire⁴⁶⁹. On ne peut donc en déduire la division des fonctions qui consistent à instruire et à juger.

En outre, la Commission a précisé que le droit à l'impartialité était de ceux auxquels on pouvait renoncer⁴⁷⁰. Or, dès l'instant où les lois qui connaissent le système du cumul donnent au prévenu la possibilité de récuser le juge pour des faits qui font naître la méfiance sur son impartialité⁴⁷¹, le droit à l'impartialité est sauvegardé : le prévenu qui renonce à cette faculté reconnaît par là l'impartialité du juge⁴⁷².

D'aucuns nous opposeront l'affaire De Cubber⁴⁷³. Mais, – rappelons-le – la Commission s'est prononcée sur un cas d'espèce et non sur le système du cumul⁴⁷⁴ ; et le professeur CLERC de rappeler que la législation belge ne prévoit pas explicitement le droit à la récusation⁴⁷⁵.

Quoi qu'il en soit, le problème de la séparation des fonctions continue à préoccuper les esprits. Ainsi, à Bâle-Ville, un député affirmait que le président du Tribunal pénal, étant presque toujours un ancien procureur, ne saurait être impartial au sens de la Convention. Il conviendrait donc d'exclure une personne qui a appartenu au Ministère public de la charge de président du tribunal pénal⁴⁷⁶.

⁴⁶⁸ BGC (FR) 1982, p. 1507 : On reviendra là-dessus à propos de la présomption d'innocence. Cf. infra, N° 76.

⁴⁶⁹ Cf. supra, N° 48, 49 ; également CLERC, Chronique, RPS 100 (1983), p. 432.

⁴⁷⁰ Cf. supra, N° 66.

⁴⁷¹ Ce qui est le cas pour nos législations helvétiques : BE 33, FR (OJ) 54 litt. e, VS 34 litt. c, JU 28 ; Cf. CLERC, Chronique, RPS 101 (1984), p. 95.

⁴⁷² CLERC, Chronique, RPS 101 (1984), p. 95.

⁴⁷³ Cf. supra, N° 67.

⁴⁷⁴ Cf. supra, N° 67.

⁴⁷⁵ CLERC, Chronique, RPS 101 (1984), p. 95.

⁴⁷⁶ Cf. BGC (BS), 1982/1983 (75), p. 891 et CLERC, Chronique, RPS 100 (1983), p. 319.

CHAPITRE III

Le principe de la publicité

68. Les exigences de la Convention 69. L'état du droit suisse
70. L'exclusion de la publicité
71. La publicité du prononcé du jugement 72. Conclusion

68. La CEDH se préoccupe essentiellement de garantir les droits de l'accusé. L'une de ces garanties est constituée par la publicité de la procédure de jugement. C'est un principe bien connu et que reprend l'art. 6 ch. 1⁴⁷⁷ : non seulement l'accès de la salle d'audience est permis au premier venu, dans les limites des places disponibles⁴⁷⁸, mais encore la publicité est assurée au besoin par la presse, expressément mentionnée dans la disposition^{479/480}.

La Convention entend protéger les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; la publicité de la procédure de jugement constitue l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. La Cour a précisé que cela permettait de donner une transparence à l'administration de la justice et de réaliser le but de l'art. 6 ch. 1 CEDH : le procès équitable⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... publiquement... »
« Le jugement doit être rendu publiquement... ».

⁴⁷⁸ C'est ce qu'on appelle la **publicité immédiate**. Cf. HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 142, NOLL, *Strafprozessrecht*, p. 92, SCHULTZ, *Grundsatz*, p. 131.

⁴⁷⁹ C'est ce qu'on appelle la **publicité médiate**. Cf. HAUSER, *Kurzlehrbuch*, p. 142, NOLL, *Strafprozessrecht*, p. 92, SCHULTZ, *Grundsatz*, p. 131.

⁴⁸⁰ « mais l'accès de la salle peut être interdit à la presse ... ».

⁴⁸¹ Cf. *Affaire Pretto et autres*, Arrêt du 8.12.1983 (3/1982/49/78), § 21, p. 8 ; *Affaire Axen*, Arrêt du 8.12.1983 (5/1982/51/80), § 25, p. 8 ; *Affaire Sutter*, Arrêt du 22.2.1984 (4/1982/50/79), § 26, p. 8. Ces arrêts paraîtront dans la série A des publications de la Cour sous les Vol. 71, 72, 74.

L'art. 6 ch. 1 CEDH vise deux choses : la publicité de l'audience de jugement et la publicité du prononcé du jugement⁴⁸². Si le prononcé public ne souffre aucune dérogation^{483/484}, la Convention prévoit des exceptions pour la publicité de la procédure de jugement.

Ainsi le huis clos total ou partiel peut être ordonné pour des motifs d'intérêts généraux (moralité, ordre public, sécurité nationale)⁴⁸⁵ ou pour des raisons d'intérêts particuliers (intérêts des mineurs, protection de la vie privée des parties au procès)⁴⁸⁶. Enfin, la Convention prévoit une clause indéterminée qui permet de restreindre la publicité de la procédure de jugement lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité pourrait porter atteinte aux intérêts de la justice. Mais cette possibilité n'est envisagée que dans l'hypothèse où le tribunal la juge strictement nécessaire⁴⁸⁷.

69. Tout cela n'est pas nouveau pour la Suisse, tout au moins à première vue. Nos constitutions⁴⁸⁸, et surtout nos lois⁴⁸⁹ consacrent ce principe de la publicité. Appenzell Rhodés-Intérieures semblait faire exception⁴⁹⁰, mais aujourd'hui, la Convention supplée au silence de la constitution d'AI⁴⁹¹.

70. La Convention impose – nous l'avons vu – la publicité de l'audience et mentionne les exceptions à la règle⁴⁹².

Le législateur uranais avait cru pouvoir se contenter d'exclure la publicité par une clause générale tirée de « raisons

⁴⁸² BISCHOFBERGER, p. 107, 118. GURAZDE, p. 99. PEUKERT, p. 268, PONCET, La protection, p. 56 s, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 502.

⁴⁸³ PEUKERT, p. 268, PONCET, La protection, p. 73.

⁴⁸⁴ Cependant la Cour n'a pas opté pour une interprétation littérale des termes « rendu publiquement ». « Elle estime qu'il échet, dans chaque cas, d'apprécier à la lumière des particularités de la procédure dont il s'agit, et en fonction du but et de l'objet de l'article 6 par. 1, la forme de publicité du « jugement » prévue par le droit interne de l'Etat en cause ». Arrêt Sutter, op. cit. annot. ⁴⁸¹, p. 10.

⁴⁸⁵ PONCET, La protection, p. 60 annot. 187.

⁴⁸⁶ PONCET, La protection, p. 60 annot. 187.

⁴⁸⁷ PONCET, La protection, p. 60 annot. 188.

⁴⁸⁸ P. ex. BE 50/1, LU 78/1, ZG 59/1, SO 44, NE 60, GE 134.

⁴⁸⁹ P. ex. UR 176, GL 109, BS 167, SH 48, AR 28, SG 149, GR 107.

⁴⁹⁰ La cst. d'AI stipule à l'art. 43/1 que les débats devant l'autorité de jugement ne sont pas publics à moins que le législateur n'en dispose autrement. Le CPP ne contient aucune disposition à ce sujet.

⁴⁹¹ CLERC, Initiation, p. 92.

⁴⁹² Cf. supra, N° 68.

importantes ». On peut se demander si ces mots ne résumaient pas la casuistique imposée par la CEDH. Le professeur SCHULTZ jugea plus prudent d'énumérer dans le nouveau code les exceptions prévues par la Convention⁴⁹³. Le législateur a partiellement suivi cette suggestion : l'art. 176/4 CPP permet au tribunal d'ordonner le huis clos total ou partiel pour des raisons importantes (« aus wichtigen Gründen »), à moins qu'un ordre juridique supérieur ne l'interdise (« sofern übergeordnetes Recht es nicht verbietet »)⁴⁹⁴.

Bâle-Ville a été conduit à examiner le problème en raison des démonstrations qui s'étaient déroulées sur les voies des tramways. Un député s'était plaint du fait que certaines audiences de jugement des manifestants se soient déroulées à huis clos. Selon lui, ce procédé était contraire à la Convention, étant donné qu'il ne pouvait se fonder sur aucune restriction énumérée par la CEDH⁴⁹⁵.

Le gouvernement lui répondit que la loi de procédure ne prévoyait pas de dérogation au principe de la publicité pour perturbation de l'audience, mais que la Convention la consacrait à l'art. 6 ch. 1 (« lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »); or, la CEDH fait partie intégrante du droit suisse et prime le droit cantonal. Il ne faisait donc aucun doute que la base légale pour ordonner le huis clos existait⁴⁹⁶. Le gouvernement bâlois proposa néanmoins d'adapter le CPP à la Convention⁴⁹⁷. Le nouvel art. 167/2 CPP stipule dorénavant que le huis clos total ou partiel peut être ordonné lorsque les bonnes mœurs, l'ordre public, la sécurité publique ou d'autres intérêts dignes de protection l'exigent⁴⁹⁸.

Problème inverse dans le canton de **Vaud** où, à la suite des désordres provoqués lors du procès de « Lôzane bouge », un député avait déposé une motion réclamant la protection de la justice contre les perturbateurs⁴⁹⁹. Le motionnaire demandait

⁴⁹³ SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26.11.1979, inédit, p. 13.

⁴⁹⁴ Cette dernière phrase fait manifestement allusion aux exceptions énumérées par la Convention.

⁴⁹⁵ Bericht zum Anzug Ch. Dressler und Konsorten betreffend Gewährleistung der Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren. Den Mitgliedern des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt zugestellt am 7. Mai 1981, N° 7635, p. 6.

⁴⁹⁶ Bericht, op. cit., p. 6.

⁴⁹⁷ Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz betreffend Abänderung von § 167 Abs. 2 der Strafprozessordnung. Den Mitgliedern des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt zugestellt am 7. Mai 1981, N° 7635, p. 4 s.

⁴⁹⁸ Nous aurons l'occasion de revenir sur cette révision. Cf. infra, N° 72.

⁴⁹⁹ Motion Pidoux : BGC (VD) 1982 2 a, p. 29.

notamment la révision des règles vaudoises de procédure concernant les exceptions au principe de la publicité⁵⁰⁰. La motion fut renvoyée à l'examen d'une commission qui conclut à son renvoi au Conseil d'Etat pour étude et rapport⁵⁰¹. Celui-ci conclut que les dispositions actuelles suffisaient⁵⁰².

Une autre question a été posée en matière militaire, par le droit disciplinaire. Dans son message concernant la révision du **CPM** et de l'**OJPPM**, le Conseil fédéral soulignait que pour se conformer à la Convention, les décisions judiciaires en matière disciplinaire devaient être prises à l'avenir lors d'une procédure publique, offrant toutes les garanties d'un Etat fondé sur le droit⁵⁰³. L'art. 213 CPM prévoit dorénavant que, lors d'une procédure de recours en matière disciplinaire, la section du Tribunal militaire d'appel et le Tribunal militaire de cassation appliquent par analogie les dispositions de la procédure pénale militaire relative à la publicité des débats.

71. En étudiant la Convention en vue de sa ratification, on s'est aperçu que certaines législations cantonales n'obligeaient pas le juge à rendre un jugement immédiatement à l'issue des débats publics⁵⁰⁴, sans doute pour s'accorder un délai de réflexion. Et pour éviter d'avoir à reconvoquer les participants au procès pour la communication du jugement, celle-ci avait lieu alors par écrit. La communication écrite faisait courir le délai de recours et le justiciable avait l'avantage d'avoir sous les yeux le texte même du jugement, s'il entendait l'attaquer. On était ainsi informé que le jugement avait été rédigé et pouvait être consulté.

La Suisse a jugé que ce procédé pouvait se justifier et, en conséquence, elle a fait une réserve pour maintenir cette pratique⁵⁰⁵.

Mais, sous réserve de ce qui vient d'être dit, l'obligation de prononcer publiquement le jugement n'a pas échappé à certains de nos législateurs.

⁵⁰⁰ BGC (VD) 1982 2 a, p. 513 ss.

⁵⁰¹ BGC (VD) 1983 2 b, p. 1848 ss.

⁵⁰² CLERC, Chronique, RPS 101 (1984), p. 98.

⁵⁰³ FF 1977 II 43.

⁵⁰⁴ FF 1974 I 1034.

⁵⁰⁵ «Le principe de la publicité du prononcé du jugement sera appliqué sans préjudice des dispositions des lois cantonales de procédure civile et pénale prévoyant que le jugement n'est pas rendu en séance publique, mais est communiqué aux parties par écrit». Cf. RO 1974 II 2173.

Pour se conformer à la Convention⁵⁰⁶, Lucerne a pris soin de stipuler que le jugement serait prononcé publiquement dans la mesure du possible («Das Urteil wird den Parteien nach Möglichkeit mündlich eröffnet») ⁵⁰⁷. « Dans la mesure du possible » traduit le souci du législateur de ne pas obliger le juge à rendre un jugement immédiatement à l'issue des débats publics lorsqu'une affaire s'avère particulièrement compliquée⁵⁰⁸. A y réfléchir, il semble qu'il s'agisse d'une interprétation restrictive dans le sens de la réserve émise par la Suisse.

A Genève également, lors de la rédaction du nouveau code, l'attention a été attirée sur le fait que l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ne souffrait aucune exception⁵⁰⁹. L'art. 21/1 CPP prévoit que « tout jugement doit être rendu en audience publique ».

Même problème à Uri, où le projet du nouveau code ne prévoyait le prononcé public du jugement qu'en règle générale («in der Regel»). Le professeur SCHULTZ estima cette réglementation non conforme à la Convention⁵¹⁰. Le législateur a remanié son texte: l'art. 176/2 CPP consacre le prononcé public du jugement sans exception.

Mais que fallait-il entendre par jugement? Cela concernait-il aussi la cassation? Le problème fut soulevé lors des travaux préparatoires de la PPM et posait deux questions:

Tout d'abord le Tribunal militaire de cassation avait un pouvoir de réforme, en ce sens que s'il venait à admettre le pourvoi comme bien fondé, il ne renvoyait pas la cause au premier juge, mais il avait pouvoir de modifier lui-même le dispositif (OJPPM 194). Pouvait-on conserver cette possibilité sans violer le droit d'être entendu?⁵¹¹ Les rédacteurs de la future PPM y ont renoncé.

Mais le TMC, institué pour le contrôle du droit, siégeait à huis clos⁵¹² et statuait par une décision qui n'était pas communiquée en audience publique⁵¹³. Or, l'art. 6 ch. 1 CEDH semblait

⁵⁰⁶ Cf. Botschaft des Regierungsrates des Kantons Luzern an den Grossen Rat zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes über die Strafprozessordnung vom 5. November 1973, B 109/73, p. 15.

⁵⁰⁷ LU 186/1.

⁵⁰⁸ Cf. Botschaft, op. cit. annot. ⁵⁰⁶, p. 15.

⁵⁰⁹ Cf. Rapport, op. cit. annot. ¹⁰, p. 38.

⁵¹⁰ Cf. SCHULTZ, Avis de droit CPP UR du 26.11.1979, inédit, p. 13.

⁵¹¹ Le professeur HAEFLIGER estimait cette solution insatisfaisante. Cf. HAEFLIGER, Kommentar, p. 243, N° 2 ad. art. 194.

⁵¹² Cf. HAEFLIGER, Kommentar, p. 243, p. 241, N° 3 ad. art. 194.

⁵¹³ Cf. OJPPM 197.

étendre la publicité tant à l'audience qu'au prononcé du jugement. Il en allait de même devant la Cour de cassation du Tribunal fédéral⁵¹⁴. Pour s'en tirer, les rédacteurs de la PPM ont aboli le droit de réforme, ce qui permettait d'exclure le débat oral⁵¹⁵.

En 1978, la Commission fut saisie d'une requête Sutter. Le requérant se plaignait notamment du fait que la procédure devant le TMC ait un caractère écrit et non public et que le jugement ne soit pas lu en audience publique⁵¹⁶. C'était oublier que le TMC ne statue pas sur une accusation, mais sur la conformité d'un jugement avec la loi, bref, que la cassation ne débouche pas sur un jugement au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH⁵¹⁷. La Commission le comprit ainsi et considéra par dix voix contre huit que la Convention n'avait pas été violée⁵¹⁸. Néanmoins, l'affaire Sutter fut déférée à la Cour le 17 mai 1982⁵¹⁹.

Dans sa plaidoirie, l'agent du Gouvernement suisse insista sur le fait que le TMC ne statuait pas sur le bien-fondé d'une accusation au sens de la Convention, mais qu'il se limitait à la confirmation d'une décision ou à la cassation avec renvoi pour nouveau jugement⁵²⁰.

Quant au prononcé public de la décision, l'agent du Gouvernement suisse évoqua la modification intervenue avec la PPM. Le projet ne prévoyait pas le prononcé public de l'arrêt. Mais les Chambres fédérales ont jugé plus prudent de le consacrer. Depuis le premier janvier 1980, les arrêts du TMC sont prononcés en séance publique (art. 48 al. 3 en rel. avec l'art. 194 al. 1 PPM). Il semble néanmoins que cette innovation n'ait pas apporté grand chose. Les salles d'audience restent désertes au moment du prononcé public, car personne ne veut se déplacer pour entendre la simple lecture d'un dispositif qui ne fait que confirmer ou casser un jugement au fond⁵²¹.

⁵¹⁴ Protokoll der 23. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO vom 27/28.10.1975 in Bern, inédit, p. 35.

⁵¹⁵ Protokoll der 26. Sitzung der Studienkommission für die Revision des MStG und der MStGO vom 24/25.8.1976 in Bern, inédit, p. 17.

⁵¹⁶ D.R. 16, p. 176.

⁵¹⁷ Cf. CLERC, Chronique, RPS 99 (1982), p. 324.

⁵¹⁸ Commission européenne des droits de l'homme, Requête 8209/78 Peter Sutter contre Suisse, Rapport de la Commission (Adopté le 10 octobre 1981), p. 14 (non encore publié dans les D.R.). Cf. aussi, FF 1984 I 849.

⁵¹⁹ EuGRZ 1982, p. 563.

⁵²⁰ Affaire Sutter, Plaidoirie de l'agent du Gouvernement suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme le 21 mars 1983, inédit, p. 6, 7, 10.

⁵²¹ Plaidoirie, op. cit., p. 14 s. Cf. également FF 1984 I 849.

Dans son arrêt du 22 février 1984, la Cour se rallia aux arguments du gouvernement suisse et conclut à la non-violation de la Convention^{522/523}.

Problème semblable à **Neuchâtel**, où le Tribunal cantonal, dans son rapport concernant le projet de révision du CPP, estima que la Cour de cassation pourrait statuer par voie de circulation, vu l'absence du public lors des audiences, à moins qu'une partie demande l'audience publique. Sans doute estimait-il que cela ne serait pas contraire à la Convention dès lors que la décision de première instance est rendue en audience publique⁵²⁴.

L'avis du Tribunal cantonal est pertinent car à notre sens, les auteurs de la Convention n'ont jamais pensé à la procédure de cassation. Pour eux, il s'agissait de régler la procédure de jugement au fond, soit en première instance, soit en appel. En cassation, on ne juge plus un accusé, mais un jugement, ce qui est autre chose.

72. La publicité est sans doute une garantie, mais elle est un handicap, parfois une sorte de mise au pilori. Le Tribunal fédéral l'a rappelé récemment: il a notamment admis que la protection de la sphère privée prévalait contre le principe de la publicité⁵²⁵.

Le législateur valaisan l'a compris ainsi: dans le cadre de la révision partielle du 27 juin 1979, il préconisa une extension de l'ordonnance pénale à des peines privatives de liberté de trois mois maximum. Il entendait par là éviter une audience publique à un accusé dont la faute n'était pas grave (p. ex. homicide par négligence)⁵²⁶.

⁵²² Affaire Sutter, op. cit. annot. ⁴⁸¹, p. 6 et 9 ss, FF 1984 I 849.

⁵²³ Conc. le prononcé public de l'arrêt, la Cour a précisé que les rédacteurs de la Convention ne sauraient avoir négligé le fait que «De nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe connaissent pourtant de longue date, à côté de la lecture à haute voix, d'autres moyens de rendre publiques les décisions de leurs juridictions ou de certaines d'entre elles, spécialement leurs cours de cassation, par exemple un dépôt à un greffe accessible au public.» Cf. Affaire Sutter, op. cit. annot. ⁴⁸¹, p. 10.

⁵²⁴ Cf. Rapport du Tribunal cantonal, op. cit. annot. ³⁸², p. 18.

⁵²⁵ Arrêt du 9 juin 1983. Extraits publiés dans la NZZ du 31.3.1984/1.4.1984, N° 77, p. 36.

⁵²⁶ BGC (VS) 1978, session prorogée de novembre (1^{ère} partie février 1979), p. 30. Cf. aussi, CLERC, Chronique, RPS 96 (1979), p. 219. Le nouvel art. 143 CPP permet de prononcer jusqu'à 6 mois d'emprisonnement par la voie de l'ordonnance pénale.

Même préoccupation à **Bâle-Ville** lors de l'adaptation du CPP à la Convention⁵²⁷. En introduisant de nouveaux motifs de dérogation au principe de la publicité, le législateur bâlois pensait avant tout protéger les droits personnels des parties au procès⁵²⁸.

⁵²⁷ Cf. supra, N° 70.

⁵²⁸ Ratschlag und Entwurf, op. cit. annot. ⁴⁹⁷, p. 4 s.

CHAPITRE IV

La présomption d'innocence

73. Les exigences de la Convention

74. L'état du droit suisse 75. Les incidences directes

76. Le pronostic sur la culpabilité d'un accusé

77. Le sort des frais

73. L'art. 6 ch. 2 CEDH stipule que « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Pour savoir si le droit suisse est conforme à cette disposition et, au besoin connaître son influence sur notre législation, il convient de s'entendre sur son sens.

La Convention entendant donner des garanties à l'accusé, la présomption d'innocence a essentiellement une valeur en **matière probatoire** : pour passer condamnation, il faut prouver la culpabilité⁵²⁹.

Mais récemment, une évolution s'est fait sentir dans la jurisprudence des organes de la Convention. La Commission et la Cour tendent à voir dans la présomption d'innocence l'**interdiction de faire un pronostic sur la culpabilité** tant et aussi longtemps que le jugement n'a pas établi la culpabilité⁵³⁰.

La Convention interdit-elle de **traiter l'accusé comme condamné** ?

L'art. 6 CEDH vise essentiellement le procès, et partant ne s'occupe pas de ce problème. Signalons néanmoins que la législation en tient compte déjà dans la détention préventive, par

⁵²⁹ FROWEIN, p. 553, GURAZDE, p. 105, PEUKERT, p. 260, PONCET, La protection, p. 83, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 504.

⁵³⁰ Cf. p. 118.

l'exemption de l'obligation de travail, considérée comme un élément de la peine⁵³¹. Mais qu'en est-il de l'exécution anticipée de la peine, consacrée dans plusieurs de nos droits ?⁵³² Nous ne pensons pas qu'elle heurte la présomption d'innocence, car elle n'intervient que lorsque le prévenu a fait des aveux complets (BE) ou que l'accusé y a consenti expressément (UR).

74. La présomption d'innocence est consacrée en Suisse depuis longtemps. Elle l'est formellement par des constitutions⁵³³ et dans la loi⁵³⁴, parfois sous la forme du rappel de la règle que le doute profite à l'accusé⁵³⁵, soit par l'obligation de rechercher la vérité matérielle⁵³⁶.

75. La Convention n'a fait que donner l'occasion de confirmer ces principes, ou de les formuler expressément. Le TF a considéré la règle « in dubio pro reo » comme ressortissant du droit cantonal⁵³⁷, parce qu'il s'agit d'une question de fait et que le fait ressortit au canton. Mais depuis l'arrêt 106 IV 85, le Tribunal fédéral considère que cette règle découle de l'art. 6 ch. 2 CEDH et qu'elle fait donc partie intégrante du droit suisse⁵³⁸.

Pour se conformer à la Convention, **Genève et Appenzell Rhodes-Extérieures** ont pris soin d'inscrire la présomption d'innocence dans leurs lois⁵³⁹.

⁵³⁰ Les organes de la Convention ont été appelés à se prononcer sur des prises de position de la part d'autorités non-judiciaires mettant en doute l'innocence de prévenus, sur des campagnes de presse contre des accusés et sur des procédures ne se terminant pas par une condamnation, mais par un non-lieu, un acquittement ou une constatation de prescription mais qui laissaient planer des doutes sur l'innocence de l'accusé. Cf. FROWEIN, p. 554 ss, PEUKERT, p. 260 ss, TRECHSEL, Struktur, p. 337 ss. Dans l'affaire Minelli citée chez TRECHSEL, Struktur, p. 338 s, la Cour a précisé dans son arrêt du 25 mars 1983 que l'art. 6 ch. 2 CEDH régit l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation. Cf. Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, Arrêts et décisions, Vol 62, p. 3 et N° 31, 32, p. 16 s.

⁵³¹ CLERC, *Réflexions*, p. 60.

⁵³² P. ex. BE 123, UR 119.

⁵³³ ZG 8/2, GE 4.

⁵³⁴ GE 5.

⁵³⁵ OW 4/2, AG 28/2, AR 25/2.

⁵³⁶ AG 26/1, TG 30.

⁵³⁷ BISCHOFBERGER, p. 127, SCHWANDER, p. 215, TRECHSEL, Struktur, p. 321.

⁵³⁸ SCHWANDER, p. 216.

⁵³⁹ GE 5, Cf. Rapport, op. cit. annot. ¹⁰, p. 127 et BGC (GE) 1977, p. 2625; AR 52/1, Cf. Geschäftsordnung, op. cit. annot. ⁵⁴, p. 15 s.

Le principe a également été pris en considération lors de l'élaboration de la **DPA**. Selon la règle « in dubio pro reo », le fardeau de la preuve incombe à l'accusation⁵⁴⁰. Le législateur fédéral a estimé prudent d'abolir certaines dispositions du droit pénal fiscal fédéral qui mettaient le fardeau de la preuve à la charge de l'accusé⁵⁴¹.

Si le fardeau de la preuve incombe à l'accusation, l'accusé a un « droit au silence »⁵⁴². Tel n'était pas le cas à **Glaris**, dont le code consacrait une règle de l'ancien système inquisitoire permettant au juge d'interpréter le silence d'un accusé comme indice de culpabilité⁵⁴³. D'aucuns y voyaient une violation de l'art. 6 ch. 2 CEDH⁵⁴⁴. Afin de se conformer à la Convention, le législateur a aboli la disposition critiquée lors de la révision partielle du 2 mai 1979^{545/546}.

76. Comme nous l'avons laissé entendre, la présomption d'innocence semble impliquer l'interdiction de faire un pronostic sur la culpabilité⁵⁴⁷.

A **Schaffhouse**, la Convention a été invoquée dans ce sens. Le rapport à l'appui du projet de code constate qu'un accusé ne doit pas être traité en coupable tant et aussi longtemps qu'un jugement n'a pas établi la culpabilité⁵⁴⁸.

Autre problème à **Neuchâtel**, où M. JACOT-GUILLARMOD estimait que la jurisprudence neuchâteloise selon laquelle, en règle générale, la durée de la détention ne devait pas excéder celle de la peine ferme qu'on peut d'emblée prévoir, heurterait l'art. 6 ch. 2 CEDH⁵⁴⁹.

⁵⁴⁰ PONCET, La protection, p. 78, SCHWANDER, p. 217, TRECHSEL, Struktur, p. 321.

⁵⁴¹ FF 1968 II 1119; Cf. aussi SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 504.

⁵⁴² CLERC, Initiation, p. 153, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 504, Tragweite, p. 8.

⁵⁴³ GL 46/1 ancien. Cf. aussi, AI 34/4 et GR 88/4.

⁵⁴⁴ SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 504, Tragweite, p. 9, SCHULTZ, Zur Revision, p. 333.

⁵⁴⁵ Memorial für die Ordentliche Landsgemeinde des Kantons Glarus vom Jahre 1976, p. 104.

⁵⁴⁶ Signalons que AR a également abandonné une disposition identique (art. 74/2 ancien) dans son code de 1978 pour se conformer à la Convention. Cf. Geschäftsordnung, op. cit. annot. ⁵⁴, p. 15 s.

⁵⁴⁷ Cf. supra, N° 73.

⁵⁴⁸ Bericht und Antrag, op. cit. annot. ¹⁶⁸, p. 3.

⁵⁴⁹ JACOT-GUILLARMOD, p. 30.

A y réfléchir, nous ne pouvons suivre cet avis. La jurisprudence neuchâteloise ne fait que confirmer une règle qui figure dans plusieurs lois helvétiques⁵⁶⁰. Or, ces droits entendent limiter la durée de la détention préventive et se conforment ainsi aux exigences de la Convention⁵⁶¹. En outre, la CEDH fait de la suspicion de culpabilité une condition de la détention préventive (art. 5 ch. 1 litt. c)⁵⁶². Si l'on pousse le raisonnement de M. JACOT-GUILLARMOD plus loin, il est permis de conclure que « la Convention viole la Convention »⁵⁶³.

A Fribourg, c'est à nouveau le cumul des fonctions de juge d'instruction et de président de tribunal qui a fait problème⁵⁶⁴. Lors de la discussion de la motion Jenny⁵⁶⁵, certains ont vu une méconnaissance de l'art. 6 ch. 2 CEDH dans le fait que le juge d'instruction, par son ordonnance de renvoi, préjugerait de la culpabilité du prévenu⁵⁶⁶. Le professeur CLERC n'a pas manqué de rappeler que l'ordonnance de renvoi ne constitue pas une appréciation de culpabilité, mais la constatation qu'une affaire est en état d'être jugée⁵⁶⁷. Signalons en outre que le cumul des fonctions évite au président du tribunal de perdre un temps considérable à prendre connaissance d'une affaire qu'il n'a pas instruite et réalise ainsi l'un des objectifs de la Convention: le principe de la célérité du procès^{568/569}.

77. Le problème le plus délicat est celui du sort des frais qui ne suivent pas, comme à Genève⁵⁶⁰, le sort de la cause. Plusieurs de nos lois permettent de condamner aux frais, non seulement un acquitté, mais encore celui qui est mis au bénéfice

⁵⁶⁰ P. ex. DPA 57/1, ZH 49 b/2, OW 70/3, GL 54/3, AI 27/6.

⁵⁶¹ Cf. supra, N° 31.

⁵⁶² Cf. supra, N° 9.

⁵⁶³ Ce qui n'est assurément pas le cas, comme l'affirme le professeur TRECHSEL. Cf. TRECHSEL, Struktur, p. 335, spéc. annot. 75. Dans le même sens, PEUKERT, p. 261.

⁵⁶⁴ Cf. supra, N° 67.

⁵⁶⁵ BGC (FR) 1982, p. 1507; 1983, p. 308; le motionnaire demandait la séparation des fonctions qui consistent à instruire et à juger.

⁵⁶⁶ CLERC, Chronique, RPS 100 (1983), p. 432.

⁵⁶⁷ CLERC, Chronique, op. cit. p. 432.

⁵⁶⁸ CLERC, Chronique, op. cit. p. 103.

⁵⁶⁹ Le professeur SCHULTZ estime même que le cumul des fonctions est favorable à l'accusé. Il permet au juge d'instruction d'acquérir une excellente connaissance de la personnalité du prévenu et donc, de prononcer une sanction personnalisée. Cf. SCHULTZ, Zur Revision, p. 339.

⁵⁶⁰ GE 96 ss.

d'un non-lieu. L'idée, c'est que, par son comportement, le prévenu a provoqué fautivement la procédure⁵⁶¹.

Cette règle a déjà fait l'objet d'une critique au regard de la présomption d'innocence.

D'abord, dans une affaire Geerk où l'auteur d'un poème avait été poursuivi pour atteinte à la liberté de croyance (art. 261 CP). Les éléments constitutifs de l'infraction n'étant pas réalisés, le prévenu fut acquitté mais condamné aux frais. Devant la Commission, Geerk fit valoir une violation de la présomption d'innocence (art. 6 ch. 2 CEDH). L'affaire se termina par un arrangement amiable⁵⁶². On peut approuver, car l'action pénale n'était juridiquement pas fondée, les faits reprochés ne tombant pas sous le coup de la loi. Il n'y avait donc pas « faute » de Geerk ayant provoqué l'action⁵⁶³. Il en irait de même si une libération était obtenue au bénéfice du doute, ou si le délit était prescrit avant l'ouverture de l'action.

Mais qu'en est-il s'il y a prescription en cours d'instance ?

La question s'est posée dans une affaire Minelli. Un journaliste était poursuivi pour atteinte à l'honneur, mais la procédure traîna au point que la prescription fut acquise. Le juge classa le dossier mais mit une partie des frais à la charge de l'accusé, au motif que, s'il y avait eu jugement, il eût entraîné condamnation⁵⁶⁴.

Appelé à statuer sur l'affaire, le Tribunal fédéral estima qu'en évaluant les chances de l'issue de la procédure pour procéder au partage des frais, les juges zurichois n'avaient ni reconnu la culpabilité de l'accusé, ni porté condamnation, bref, qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 6 ch. 2 CEDH⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ PPF 121, 173 al. 2, DPA 95/2, PPM 117/2, 173/2, ZH 42, 189, BE 200/3, 262, LU 277/1, UR 64/1 ch. 2, OW 172, litt. b, c, NW 45/4, GL 139/1 ch. 2, ZG 56/2, FR 63/6, SO 32/3, BS 131/1 litt. a, 191/3, BL 140/3, SH 277, AR 242/1, SG 209/1 ch. 2, 3, GR 157, AG 164/3 en rel. 139/3, TG 68/1, VD 158, VS 207 ch. 3, NE 90, JU 203/2, 266.

⁵⁶² D.R. 16, p. 56 ss. Les juridictions suisses qui avaient statué dans l'affaire ont dû rembourser les frais judiciaires payés par le requérant à la suite de son acquittement. Le Canton de Bâle-Ville a dû prendre à sa charge les honoraires des avocats du requérant devant les juridictions bâloises. Le gouvernement suisse a pris à sa charge les honoraires des avocats pour la représentation du requérant devant le Tribunal fédéral. Quant à Geerk, il s'est engagé à considérer l'affaire comme réglée et à ne pas faire valoir d'autres prétentions devant les autorités nationales ou internationales à raison des faits qui avaient donné lieu à sa requête. Cf. D.R. 16, p. 61 s.

⁵⁶³ Cf. CLERC, Frais, p. 10, TRECHSEL, Struktur, p. 339.

⁵⁶⁴ PONCET, Condamnation, p. 1.

⁵⁶⁵ PONCET, Condamnation, p. 1 s, Extraits de l'arrêt publié chez MALIN-VERNI/WILDHABER, ASDI 1979, p. 208 ss.

La Commission ne partagea pas cet avis et conclut à une violation de l'art. 6 ch. 2 CEDH⁵⁶⁶.

Dans son arrêt du 25 mars 1983, la Cour se rallia à l'opinion de la Commission. Sans remettre en cause nos législations qui permettent de mettre les frais à la charge du prévenu au bénéfice d'un classement, d'un non-lieu ou d'un acquittement⁵⁶⁷, la Cour estima que dans le cas d'espèce, les juges avaient méconnu la présomption d'innocence en appréciant la culpabilité du prévenu pour procéder à la répartition des frais⁵⁶⁸.

Commentant l'affaire Minelli, le professeur PONCET souhaite que disparaissent des législations helvétiques les règles comportant une condamnation aux frais d'une partie qui n'a pas « succombé »⁵⁶⁹. Il estime que « la condamnation aux frais reste un accessoire: comment le concevoir sans le support du principal, soit la reconnaissance de la culpabilité, et donc du bien-fondé de l'action? »⁵⁷⁰

Nous pensons que l'arrêt de la Cour et les réflexions de PONCET⁷ méritent quelques observations:

Assurément, la Cour n'a pas interprété la présomption d'innocence comme règle de preuve dans le cas d'espèce, car il ne s'agissait pas d'établir la culpabilité au regard de la loi pénale, mais de décider si l'attitude du prévenu justifiait l'action entamée contre lui. En critiquant la motivation de la décision zurichoise, les juges de Strasbourg ont vu dans l'art. 6 ch. 2 CEDH, l'interdiction de faire un pronostic sur la culpabilité avant jugement. Le professeur CLERC conclut qu'il suffira dès lors de s'abstenir d'un tel pronostic en affirmant simplement que les faits reprochés au prévenu justifiaient la poursuite⁵⁷¹. Nous l'avons dit, la responsabilité des frais ne repose pas sur l'existence du délit ou sur la culpabilité au regard de la loi pénale. S'il en allait autrement, la condamnation aux frais serait une peine accessoire. Or, selon nos droits, les frais peuvent être mis à la charge de tiers (plaignant, dénonciateur, témoin défaillant)⁵⁷², voire de personnes mises au bénéfice d'un non-lieu⁵⁷³. Si la mise à la charge des frais est une pénalisation, celle-ci n'est

⁵⁶⁶ Rapport du 6 mai 1981 (non encore publié dans les D.R.).

⁵⁶⁷ Affaire Minelli, op. cit. annot. 530, N° 34, p. 17.

⁵⁶⁸ Affaire Minelli, op. cit. annot. 530, N° 37 - 41, p. 18 s.

⁵⁶⁹ PONCET, Condamnation, p. 4.

⁵⁷⁰ PONCET, Condamnation, p. 4.

⁵⁷¹ CLERC, Chronique, RPS 100 (1983), p. 212. Cf. également CLERC, Frais, p. 10 s.

⁵⁷² P. ex. PPF 122/2, UR 65, 66, NW 45/2, GL 140, ZG 56/4, 57/3, NE 91, GE 100.

⁵⁷³ P. ex. BE 200/2, 262, NW 45/2, SO 32/3, NE 90.

pas ordonnée en fonction de la culpabilité, mais bien en raison d'un comportement qui justifiait l'intervention de l'autorité, voire la poursuite pénale. Le législateur s'est inspiré des règles de la responsabilité civile en partant de l'idée que celui qui a fautivement causé un dommage à l'Etat (frais) est tenu de le réparer⁵⁷⁴. On comprend dès lors que certains de nos droits autorisent à mettre les frais à la charge de la succession lors du décès d'un prévenu⁵⁷⁵.

Il n'empêche qu'à Soleure on a tiré les conclusions de cette affaire: une motion Bauer relative à la condamnation aux frais du prévenu libéré a été reconnue comme importante⁵⁷⁶. Sous le choc de l'affaire Minelli, le motionnaire avait demandé la révision de l'art. 32 CPP qui permet de mettre les frais à la charge du prévenu, en cas d'acquiescement ou de non-lieu. Il estima notamment que cette disposition permettait de rendre un jugement de suspicion entraînant une violation de la présomption d'innocence⁵⁷⁷. Lors de la discussion de la motion, le rapporteur du gouvernement insista sur le fait que la Cour n'avait pas remis en cause les dispositions de nos droits qui permettent de mettre les frais à la charge d'un prévenu ayant, par son attitude, justifié l'action entreprise contre lui. La Convention n'imposait donc pas la révision de l'art. 32 CPP⁵⁷⁸. Cependant, le Conseil d'Etat ne réussit pas à convaincre la majorité du Grand Conseil qui se rallia à l'opinion du motionnaire⁵⁷⁹. Sans doute était-elle trop impressionnée par l'arrêt de la Cour ou ne l'avait-elle pas lu avec assez de soin. L'acceptation de la motion est d'autant plus surprenante qu'un député avait déclaré, au cours de la discussion, que la Convention n'était guère appréciée au sein du Grand Conseil (« Es ist in diesem Saal nicht sehr beliebt, wenn sich jemand auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) beruft »)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ CLERC, Frais, p. 7 s. Cf. également ATF 107 Ia 167.

⁵⁷⁵ P. ex. NW 48/2, GL 143, GR 159/1.

⁵⁷⁶ BGC (SO) 1983, p. 889 ss.

⁵⁷⁷ BGC (SO) 1983, p. 459, p. 890 s.

⁵⁷⁸ BGC (SO) 1983, p. 889 ss.

⁵⁷⁹ BGC (SO) 1983, p. 897.

⁵⁸⁰ BGC (SO) 1983, p. 896.

CHAPITRE V

Les effets des décisions des organes de la Convention

78. Exposé de la question 79. Solutions préconisées
80. Les innovations législatives 81. Critiques

78. Le Comité des Ministres ou la Cour peuvent être amenés à constater, dans une décision (art. 32 ch. 1 CEDH) ou un arrêt (art. 52/53 CEDH), une violation de la Convention.

Cependant, ces décisions obligatoires (art. 32 ch. 4, 53 CEDH), n'ont aucun effet suspensif ou cassatoire, et une décision contestée demeure en force, même si les organes de la Convention l'ont jugée contraire à la CEDH⁵⁸¹.

Certes, le droit exige qu'un Etat efface les conséquences dommageables résultant d'une violation de la Convention, encore que cela ne soit pas toujours possible⁵⁸².

Aussi la Convention prévoit-elle d'accorder à la partie lésée une satisfaction équitable, lorsqu'un arrêt de la Cour constate une violation de la Convention et que le droit interne ne permet qu'imparfaitement d'en effacer les conséquences (art. 50 CEDH)⁵⁸³.

⁵⁸¹ GUINAND, p. 93 s, MALINVERNI, p. 37 s, PONCET, *La protection*, p. 241 s, spéc. annot. 741, RESS, p. 232, SCHINDLER, p. 275 s, WILDHABER, p. 313 s, 351.

⁵⁸² Notamment lors d'une condamnation pénale définitive et exécutoire ou d'un acte législatif dont la modification est soumise au vote populaire qui la rejette. Cf. MALINVERNI, p. 39 ss, PONCET, *La protection*, p. 242, RESS, p. 233 ss, SCHINDLER, p. 277 s.

⁵⁸³ MALINVERNI, p. 38, RESS, p. 232, 242 ss, SCHINDLER, p. 279 s, WILDHABER, p. 353.

En outre, l'art. 5 ch. 5 reconnaît un droit à une indemnisation à toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux exigences de cet article⁵⁸⁴.

Et si la partie contractante n'a pas pris les mesures satisfaisantes dans le délai imparti, le Comité des Ministres peut donner à sa décision « les suites qu'elle comporte » et publier un rapport⁵⁸⁵.

Enfin, si une partie contractante persiste à ne pas exécuter les décisions obligatoires des organes de Strasbourg, elle peut être exclue du Conseil de l'Europe au sens de l'art. 8 des statuts⁵⁸⁶.

79. Il faut confesser que la Suisse n'a peut-être pas examiné ces questions de façon suffisante, et la réglementation de l'exécution des décisions obligatoires en droit interne n'a pas été jugée satisfaisante.

Plusieurs auteurs ont proposé des solutions.

Ainsi M. JUNOD, dans sa thèse parue à Neuchâtel en 1968, pense qu'un arrêt de la Cour pourrait être considéré comme fait nouveau. Le justiciable pourrait alors demander la réouverture de la procédure en alléguant comme motif de révision la décision de Strasbourg qui a constaté une violation de la Convention. M. JUNOD ajoute que la solution la plus simple consisterait à élaborer une loi spéciale qui permettrait au justiciable victime d'une violation de ses droits de bénéficier d'une procédure interne adéquate pour rentrer dans ses droits⁵⁸⁷.

Le professeur SCHINDLER a proposé l'adoption de plusieurs dispositions, constitutionnelles ou légales, susceptibles de conférer un effet cassatoire aux décisions obligatoires des organes de la Convention⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Conc. cette disposition, Cf. BISCHOFBERGER, p. 235 ss, GURAZDE, p. 85 s. PONCET, La protection, p. 158 ss, SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6, p. 491 ss, TRECHSEL, EMRK, p. 265 ss, EuGRZ, p. 531 s.

⁵⁸⁵ Cf. art. 32 ch. 3 CEDH. Pour le professeur SCHINDLER, cela implique que le Comité des Ministres puisse accorder une satisfaction équitable à la partie lésée au sens de l'art. 50 CEDH, mais aussi qu'il puisse demander aux parties contractantes de modifier leurs décisions, actes ou textes législatifs considérés comme contraires à la Convention, ou du moins d'en proposer la modification. Cf. SCHINDLER, p. 280.

⁵⁸⁶ Cf. PONCET, La protection, p. 244, SCHINDLER, p. 286 s.

⁵⁸⁷ JUNOD, p. 164.

⁵⁸⁸ Cf. SCHINDLER, p. 287 et la traduction de ses propositions en français chez PONCET, La protection, p. 243, annot. 748.

Les professeurs MALINVERNI et WILDHABER partagent la thèse de M. JUNOD⁵⁸⁹.

Quant au professeur PONCET, il propose de s'inspirer d'une disposition du code de procédure pénale français (art. 620 CPP) qui autorise le Garde des Sceaux à ordonner un pourvoi en annulation dans l'intérêt de la loi et du condamné⁵⁹⁰.

La discussion a été relancée à la suite d'un postulat REINIGER du 18 septembre 1979 concernant l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: ce député invitait le Conseil fédéral à envisager la possibilité d'une révision partielle de la législation procédurale fédérale (PPF, LPA, OJ), pour permettre la révision des arrêts rendus en dernière instance par le Tribunal fédéral, dans l'hypothèse où ils ont été considérés par la Cour ou le Comité des Ministres comme contraires à la Convention. Le cas échéant, M. REINIGER proposait d'examiner s'il ne se justifiait pas de modifier la Constitution fédérale afin d'obliger les cantons à introduire un tel motif de révision dans leurs droits⁵⁹¹.

80. Ces propositions ont trouvé un écho: au plan fédéral, le Conseil national accepta le postulat REINIGER le 6 mars 1980⁵⁹² après que, dans une réponse écrite du 14 novembre 1979, le Conseil fédéral se fut engagé à intégrer les propositions du postulant dans la révision en cours de la loi fédérale d'organisation judiciaire⁵⁹³.

Un groupe de travail créé par le chef du Département fédéral de justice et police déposa ses conclusions en novembre 1982: en ratifiant la Convention, la Suisse s'est engagée à effacer les conséquences dommageables d'une violation de la Convention; toutefois, actuellement, nos droits ne prévoient que l'octroi d'une indemnité pour réparer un préjudice matériel ou moral. Or, comme cette forme de réparation n'est pas toujours satisfaisante, il convient de prévoir en droit interne la possibilité de

⁵⁸⁹ MALINVERNI, p. 43 s, WILDHABER, p. 354.

⁵⁹⁰ PONCET, La protection, p. 243.

⁵⁹¹ BO CN 1980, p. 109 s.

⁵⁹² BO CN 1980, p. 110.

⁵⁹³ Cf. Département fédéral de justice et police, Postulat REINIGER 1980, P. 79.497 Cour européenne des droits de l'homme. Exécution des décisions. Propositions complémentaires de modifications législatives présentées par le DFJP à l'occasion de la révision de la loi d'organisation judiciaire, Exposé des motifs, Novembre 1982, p. 1.

reprendre la procédure si une décision de Strasbourg constate la violation de la Convention⁵⁹⁴.

En revanche, le groupe de travail a écarté la proposition de M. REINIGER, qui tendait à la modification de la Constitution fédérale. De même, il n'a pas jugé opportun de modifier l'art. 397 CP (Révision) ou d'adopter une loi spéciale⁵⁹⁵, mais a suggéré d'introduire un nouveau motif de révision dans les lois de procédure fédérales⁵⁹⁶.

Cette proposition a été soumise avec l'avant-projet de l'OJ à la procédure de consultation le 10 mars 1983⁵⁹⁷.

Mais la question n'en n'est pas restée au plan fédéral. Quelques cantons l'ont résolue. Ainsi **Appenzell Rhodes-Extérieures** et **Uri** ont inscrit dans leurs nouveaux codes une disposition permettant la réouverture de la procédure lorsqu'une décision de Strasbourg vient à constater une violation de la CEDH⁵⁹⁸, tandis que **Zurich** et **Schaffhouse** envisagent d'emboîter le pas⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ Cf. Postulat Reiniger, op. cit. annot. 593, p. 2 s.

⁵⁹⁵ Cf. Postulat Reiniger, op. cit. annot. 593, p. 4.

⁵⁹⁶ Voici les textes proposés en ce qui concerne la PPF et la PPM: Art. 229, ch. 4 PPF nouveau: «Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe admet le bien-fondé d'une requête individuelle pour violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ou de ses protocoles. Dans ce cas, la demande de révision doit être introduite dans les 90 jours à compter de la notification de la décision par l'Office fédéral de la justice». Art. 273 bis PPF nouveau: «La révision des arrêts de la Cour de cassation est régie par les articles 148 et s. de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du ...» Art. 200, al. 1^{er}, lettre f PPM nouveau: «f. La Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe admet le bien-fondé d'une requête individuelle pour violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ou de ses protocoles. Dans ce cas, la demande de révision doit être introduite dans les 90 jours à compter de la notification de la décision par l'Office fédéral de la justice». Cf. Postulat REINIGER, 1980, P 79.497 Cour européenne des droits de l'homme, Exécution des décisions, Propositions complémentaires de modifications législatives présentées par le DFJP à l'occasion de la révision de la loi d'organisation judiciaire, Novembre 1982, p. 1 s.

⁵⁹⁷ Département fédéral de justice et police. G.5/rev. OJ/WU/GD. Avant-projet de révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ); ouverture de la procédure de consultation, Berne, le 10 mars 1983, p. 10.

⁵⁹⁸ AR 223 al. 1 ch. 4, UR 230 al. 1 ch. 3. Les deux dispositions sont identiques. Trad. «Une procédure qui s'est terminée par un jugement, une ordonnance pénale, un non-lieu ou une décision judiciaire entrée en force est soumise à révision à tout moment, lorsqu'une décision d'un organe international l'exige». Cf. aussi pour AR, BÄNZINGER/STOLZ, p. 223.

⁵⁹⁹ ZH: Cf. § 448 litt. c du projet, Vorentwurf, op. cit. annot. 58, Vol 2, p. 708 s.; SH: Cf. Bericht und Antrag, op. cit. annot. 168, p. 27 s.

S'agissant de Neuchâtel, M. JACOT-GUILLARMOD souhaite que le législateur saisisse l'occasion d'une prochaine révision pour inscrire un nouveau motif de révision à l'art. 262 CPP⁶⁰⁰.

81. Même s'il nous faut approuver la préoccupation de nos législateurs, nous pensons que les solutions adoptées ou envisagées nécessitent quelques observations critiques.

Du point de vue formel, il est douteux qu'une décision de Strasbourg puisse constituer un élément nouveau permettant la révision d'un jugement⁶⁰¹. En effet, le Comité des Ministres et la Cour se bornent à constater une fausse application du droit, s'agissant de l'interprétation ou de l'application de la Convention. Dès lors, il conviendrait plutôt d'envisager la cassation de la décision interne⁶⁰².

Du point de vue pratique, la réouverture d'une procédure ne se justifierait que dans certains cas, telle la violation du principe de l'indépendance et de l'impartialité du juge (art. 6 ch. 1 CEDH), la violation de la présomption d'innocence (art. 6 ch. 2 CEDH) ou encore la violation des droits de la défense (art. 6 ch. 3 litt. a-e CEDH).

En effet, la réparation du préjudice par une indemnité demeure le seul remède efficace dans la plupart des autres situations, par exemple en cas d'arrestation ou de détention illégale (art. 5 ch. 1 litt. a-f CEDH), de durée déraisonnable de la détention préventive (art. 5 ch. 3 CEDH) ou encore, de la violation du droit à la réparation (art. 5 ch. 5 CEDH).

Pour nous en convaincre, considérons les conséquences d'une réouverture de la procédure dans deux affaires où la Cour a constaté une violation de la Convention par la Suisse.

Dans l'affaire **Minelli**⁶⁰³, une nouvelle procédure aurait pour seul objet le réexamen de la charge des frais, sans égard à une éventuelle culpabilité.

⁶⁰⁰ L'auteur propose la version suivante: «La révision peut en outre être demandée lorsqu'une requête individuelle adressée à la Commission européenne des droits de l'homme établit, par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ou une décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, que le jugement viole les obligations découlant, pour la Suisse, de la Convention européenne des droits de l'homme». Cf. JACOT-GUILLARMOD, p. 34.

⁶⁰¹ Cf. PONCET, La protection, p. 242, spéc. annot. 746, SCHINDLER, p. 284.

⁶⁰² Cf. CLERC, Chronique, RPS 99 (1982), p. 187 s. Le professeur CLERC fait allusion à une solution intéressante consacrée à l'art. 430 du CPP VD. Ce texte permet au Ministère public de recourir en réforme ou en nullité hors délai dans l'intérêt du condamné. Cf. aussi, JACOT-GUILLARMOD, p. 34.

⁶⁰³ Cf. supra, N° 77.

Dans la cause **Zimmermann-Steiner**, où le Tribunal fédéral avait mis plus de trois ans pour statuer sur un recours de droit administratif qu'il a finalement rejeté⁶⁰⁴, une révision de jugement n'aurait aucun objet. La seule réparation possible serait l'allocation d'une indemnité qui apparaîtrait en définitive comme la sanction d'une carence de l'autorité.

Nos réflexions nous conduisent à constater que le législateur s'est peut-être trop empressé de consacrer de nouvelles dispositions permettant la réouverture de la procédure lorsqu'une décision de Strasbourg vient à constater une violation de la CEDH.

⁶⁰⁴ La Cour a conclu à une violation de l'art. 6 ch. 1 CEDH (Caractère raisonnable de la durée de la procédure). Cf. Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série A, Arrêts et décisions, Vol. 66, Affaire Zimmermann et Steiner, Arrêt du 13 juillet 1983. Cf. également, FF 1984 I 850, 851.

Conclusions

Notre objectif était d'examiner si la Convention avait entraîné des modifications de nos lois de procédure. Cette démarche s'imposait d'autant plus que, dans plusieurs de nos parlements cantonaux, d'aucuns s'inquiétaient de la conformité de nos droits avec les exigences de la CEDH⁶⁰⁵.

De ce qui précède, il résulte que la Convention n'a suscité aucune réforme fondamentale, mais tout au plus un ajustement de certains textes, à l'occasion d'une révision totale ou partielle du code de procédure.

Pourquoi ?

La raison est fort simple : la Suisse a pu ratifier la Convention précisément parce que les garanties contenues aux articles 5 et 6 étaient consacrées depuis longtemps. Le Tribunal fédéral les avait déjà déduites de l'art. 4 de la Constitution⁶⁰⁶. Il ne s'agissait d'ailleurs que de « règles minima », et la plupart de nos législations sont allées au-delà des exigences de la Convention⁶⁰⁷.

Faut-il en déduire qu'aucun problème ne se posera à l'avenir à nos législateurs ?

C'est une question que nous sommes en droit de nous poser.

La Convention a posé des principes, auxquels chacun peut souscrire à premier examen, mais dont il n'est pas toujours facile de mesurer les implications.

En faut-il des exemples ?

⁶⁰⁵ Cf. supra, les Nos 12, 17, 26, 27, 32, 33, 38, 50, 54, 57, 64, 67, 76, 77.

⁶⁰⁶ Cf. supra, les Nos 22, 44, 46, 53.

⁶⁰⁷ Cf. supra, les Nos 10, 15, 20, 31, 40, 53, 74.

Il est permis de se demander si les dispositions relatives à la **procédure de jugement des enfants et adolescents** sont toujours rigoureusement conformes aux exigences de la CEDH, particulièrement à l'art. 6 (jugement des infractions par une autorité administrative, restriction au principe de l'immédiateté des débats, exclusion de la publicité)⁶⁰⁸. Ces dérogations ont été édictées précisément dans l'intérêt du mineur, ce qui n'a pas tout à fait échappé aux rédacteurs de la Convention: pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à l'art. 6 ch. 1 2^e phrase⁶⁰⁹. Il est à espérer que les règles dictées par le bon sens et l'expérience ne seront pas censurées au nom d'un formalisme inacceptable dans la procédure applicable aux mineurs.

Nous songeons également à la question des **écoutes téléphoniques**, spécialement au droit d'être informé d'une surveillance qui s'est révélée infructueuse. La question n'a pas échappé au législateur bâlois (BS) qui – lors de l'adaptation des nouvelles dispositions sur l'écoute téléphonique et la surveillance occulte⁶¹⁰ – a jugé que ce droit ne découlait pas de l'art. 8 CEDH⁶¹¹. Mais, dans un arrêt du 9 novembre 1983, le Tribunal fédéral en a décidé autrement: il estime que les art. 8 et 13 CEDH exigent d'aviser les personnes dont les communications ont été surveillées, mais sans succès⁶¹². On peut d'emblée prévoir les remous que suscitera cet arrêt⁶¹³.

Mais peut-être est-il inutile de nous interroger sur la base d'une conjecture. La réalité est là. Les « instances » de Strasbourg – Commission européenne et Cour européenne des droits de l'homme – ont été amenées à interpréter la Convention, et le moins qu'on puisse dire, c'est que des textes, en apparence limpides, soulevaient des difficultés absolument imprévues. Des termes identiques recouvrent ça et là des réalités différentes, et

⁶⁰⁸ Cf. CLERC, Initiation, p. 58, HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 255, 257.

⁶⁰⁹ « Le jugement doit être rendu publiquement mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public lorsque les intérêts des mineurs l'exigent ».

⁶¹⁰ BS, 71 a – 71 c.

⁶¹¹ Cf. Zwischenbericht, op. cit. annot. ⁸⁵, p. 18 s; BGC (BS) 1982, p. 11086 ss.

⁶¹² Arrêt du 9.11.1983 (non encore publié) dans la cause V. et juristes démocrates suisses, groupe régional de Bâle c. Bâle-Ville. Cf. aussi, HAUSER, Kurzlehrbuch, p. 208.

⁶¹³ Déjà le 22 novembre 1983, certains députés demandaient l'inscription de ce droit dans le code neuchâtelois. Quant au gouvernement de Bâle-Ville, il a édicté, le 3 janvier 1984, des dispositions d'application des §§ 71 a - 71 c CPP pour se conformer à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cf. CLERC, Chronique, RPS 101 (1984), p. 92.

il y a un certain danger à penser qu'ailleurs ils ont le même sens que celui auquel le juriste l'entend dans son pays. Le meilleur exemple est sans doute le Ministère public: si, en France, il ne peut être regardé comme un « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » (art. 5 ch. 3 CEDH)⁶¹⁴, il n'en va pas de même là où le procureur de l'Etat est élu et totalement indépendant du pouvoir exécutif, juridiquement rattaché au pouvoir judiciaire comme à Genève ou à Neuchâtel. Il n'en demeure pas moins que l'hésitation à ce sujet incline aujourd'hui, pour prévenir toute discussion, à instituer un « juge de la détention » (Haftrichter), ce qui impose une modification de la législation⁶¹⁵.

Ajoutons que la jurisprudence des instances de Strasbourg fait apparaître des questions auxquelles nul n'avait songé.

L'arrêt Minelli en est une illustration: encore qu'il n'ait porté que sur la notion de présomption d'innocence, il pouvait conduire à reconsidérer la question des frais de justice mis à la charge du prévenu, lorsque le procès ne s'achève pas par un jugement de condamnation, alors même que la décision se garde bien d'affirmer que le prévenu, mis au bénéfice d'un acquittement, d'un non-lieu ou de la prescription ne saurait être condamné aux frais de procédure⁶¹⁶.

Néanmoins, - nous l'avons dit - une nuée de députés seuls s'est empressée de proposer de reconsidérer le § 32 du code de procédure, qui prévoit précisément la mise des frais à la charge du prévenu en cas d'acquiescement et de non-lieu⁶¹⁷.

Ce fait est révélateur d'une angoisse de contrevenir à la Convention, et certaines modifications législatives récentes ne s'expliquent en définitive que par cette considération.

Mais, à la réflexion, il est permis de se demander si l'explication ne réside pas, en définitive, dans un phénomène proprement suisse: à la différence de la Convention, et de nos codes récents⁶¹⁸ influencés par la doctrine germanique, nos lois ne formulent pas explicitement des principes, mais se contentent

⁶¹⁴ En France, le Ministère public est nommé par décret du Président de la République et répond devant le Garde des Sceaux. Cf. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Procédure pénale (Précis Dalloz), 12^e éd., Paris 1984, Nos 110, 113.

⁶¹⁵ Cf. supra, N^o 17, 37.

⁶¹⁶ Cf. supra, N^o 77.

⁶¹⁷ Cf. supra, N^o 77.

⁶¹⁸ AG (1958), 24-30, TG (1970), 28-30, OW (1973), 1-6, NW (1976), 10-18, AR (1978), 18-29, UR (1980), 6-13.

de s'en inspirer. Il s'agit de ces principes de « droit non écrit », pour reprendre la formule du Tribunal fédéral, qui sont sous-jacents à la loi et respectés dans le fait.

On en vient à se demander s'il est heureux de formuler, comme le fait la Convention, des déclarations de principes, qui ne tiennent pas toujours compte de la réalité juridique. Ne court-on pas le danger de glisser vers le formalisme?

Répondre à cette question nous ferait sortir de notre sujet et aborder un problème de politique législative, propre à séduire un philosophe du droit.