

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE DÉFENSEUR
EN MATIÈRE PÉNALE

PLUS SPÉCIALEMENT
EN FONCTION DU DROIT NEUCHÂTELOIS

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel pour obtenir le grade de Docteur en Droit

par

PIERRE FAESSLER

Imprimerie Gasser, Le Locle — 1969

*Que Monsieur le professeur François CLERC
trouve ici l'expression de notre vive gratitude
pour ses précieux conseils et la bienveillance
avec laquelle il a guidé notre travail.*

**LE DÉFENSEUR
EN MATIÈRE PÉNALE**

IMPRIMATUR

Monsieur Pierre FAESSLER, est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit «Le défenseur en matière pénale». Il assume seul la responsabilité des opinions qui y sont énoncées.

Neuchâtel, le 17 novembre 1967.

Le doyen de la Faculté de droit
et des sciences économiques:
F. CLERC

Avant-propos

Qu'il nous soit permis de présenter au lecteur, dans cette brève introduction, l'objet de l'étude qui va suivre en indiquant brièvement les chemins qui nous y ont conduits.

Jeune étudiant à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, nous avons banté très vite les tribunaux, avide que nous étions de vivre la procédure et plus particulièrement la procédure pénale qui nous était enseignée dès le premier semestre. Dès l'abord, nous avons été intéressé par le *défenseur*. Non pas que sa robe nous ait impressionné, mais en raison de l'importance qu'il joue dans le procès.

Cet intérêt pour le défenseur et ses problèmes fut tel qu'il nous a conduit à présenter un travail sur ce sujet au concours de la Société Académique. Puis ce fut le sujet de notre thèse de licence, et enfin, l'objet du présent travail.

Notre intention n'est pas de présenter une étude systématique d'une ou de plusieurs lois de procédure pénale, et moins encore un travail de droit comparé. Notre but est autre : Désireux de connaître le fondement de la loi, en ce qui concerne le défenseur, nous avons recherché les origines de cette institution, car il s'agit bien d'une institution dans le sens plein du terme. Ce fondement, nous l'avons trouvé dans l'histoire, la philosophie et la morale. En dégagant ainsi les principes qui avaient conduit à la notion de défenseur, telle que nous la connaissons aujourd'hui, nous avons pu émettre quelques propositions de réglementation sur des points que le législateur n'avait pas traités.

Si nous avons pris en considération plus spécialement la procédure pénale neuchâteloise, les autres législations cantonales ainsi

que les lois française et allemande n'ont pas été passées sous silence. Au contraire, elles nous ont permis des comparaisons, donné des exemples, et aidé à dégager des théories et des principes.

Nous avons tenté tout d'abord d'établir une théorie sur la notion de défenseur, en partant des principes de droit naturel. La fonction, le statut et les droits du défenseur constituent les trois chapitres de cette armature de base (titre premier).

Dans un titre deuxième, nous avons traité du droit au défenseur, en examinant successivement le fondement et la nature de ce droit (chapitre premier) les titulaires (chapitre II), la mise en œuvre (chapitre III) et enfin la garantie de ce droit (chapitre IV).

Ensuite, le défenseur a été examiné dans son activité en cours de procédure ; c'est notre titre IV « le défenseur à l'œuvre » comportant les questions suivantes : A partir de quelle phase de la procédure, le défenseur intervient-il (chapitre I), le défenseur en cours de l'instruction (chapitre II), des débats (chapitre III), et après le jugement (chapitre IV). Nous avons terminé en parlant du droit désirable.

Le titre IV est réservé à la personne du défenseur, et plus spécialement au problème de la responsabilité civile, de l'immunité de parole et du secret professionnel.

Enfin, dans un dernier titre, nous avons abordé les questions d'éthique professionnelle, résumées par la formule « le devoir de vérité ». Après avoir posé le problème (chapitre I), nous avons traité de la « juste cause » (chapitre II), pour en venir à l'admissibilité des moyens dont dispose le défenseur (chapitre III) en terminant par la question toujours soulevée par le profane de la conviction personnelle du défenseur.

TITRE PREMIER

**ESSAI D'UNE THÉORIE SUR LA FONCTION
DE DÉFENSEUR**

CHAPITRE PREMIER

La fonction du défenseur

La fonction du défenseur est une émanation du droit naturel dans la mesure où elle résulte des deux principes fondamentaux de liberté et de contradiction.

SECTION I

Le défenseur, émanation du droit naturel :

1. LE PRINCIPE DE LIBERTÉ : Le premier bien qui nous intéresse est la liberté, plus précisément cette « liberté individuelle » qui a sa source dans le droit naturel et son incidence dans tous les secteurs du droit. Elle implique le droit de se défendre contre toute attaque à cette liberté. La liberté de l'inculpé est mise en danger par toute accusation ; c'est sa vie, son bonheur, ses biens qu'il doit défendre. La nature enseigne qu'à tout acte d'agression correspond un acte de défense. Ce serait méconnaître le droit naturel que de ne pas reconnaître le droit de défense de l'inculpé. « Le droit de » défense est donc un droit naturel et dès lors imprescriptible. La » loi ne peut pas l'enlever : il lui appartient seulement de l'organiser » ¹.

Ce droit de défense peut prendre des formes diverses : justifications présentées verbalement ou accompagnées de preuves etc. Or, le prévenu est souvent inhabile à se défendre ainsi, en raison de

¹ Garraud René : « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », t. II, p. 305, no 515. Voir aussi : Faustin-Hélie « Traité de l'instruction criminelle », t. VIII, p. 498. Faustin-Hélie et Joseph Dépeiges « Pratique criminelle des Cours et Tribunaux », p. 576.

graves obstacles, incarcération, inexpérience, inintelligence. Dès lors il faut lui reconnaître le droit d'avoir recours à un tiers pour assumer sa défense, ce qui conduit à consacrer le droit au défenseur². « Le conseil est la personnification du droit de défense, » c'est la défense vivante, qui n'existe fort souvent que si elle est » exercée par des personnes réunissant certaines conditions d'ins- » truction et d'expérience. Les prévenus sont souvent illétrés et » ignorants et les astreindre à se défendre seuls, c'est opposer à la » main vigoureuse de l'accusation une bien faible résistance »³. Ainsi le respect de la liberté de l'individu commande impérativement de reconnaître le droit d'avoir un défenseur.

2. LE PRINCIPE DE CONTRADICTION : Cette exigence, d'ailleurs, s'impose également dans l'intérêt de l'Etat, plus exactement de la justice pénale. Le jugement n'aura vraiment autorité que s'il est le résultat d'une recherche objective de la vérité. Cette idée a trouvé son expression dans le principe que le droit criminel désigne aujourd'hui sous le nom de *principe de contradiction*, condition sine qua non d'une saine administration de la justice⁴.

Il est superflu de rappeler que le système inquisitoire avec son enquête à charge et à décharge, menée par le seul juge, n'a pas toujours conduit à découvrir la vérité. Le principe de la contradiction, en revanche, prévient mieux les erreurs. Or, pour assurer cette contradiction, le moyen le plus adéquat est la présence d'un défenseur dont la mission est de veiller aux intérêts du prévenu. En opposant accusation et défense, la justice y trouvera en définitive son avantage.

« La défense n'est pas moins nécessaire au Juge qu'à l'accusé lui-même. Est-il assuré de connaître la vérité s'il n'a entendu qu'une » partie, s'il n'a appris que les arguments de l'accusation, s'il n'a

² Vargha « Die Verteidigung in Strafsachen », p. 290, § 188.

³ Ténékidès « De la défense en matière criminelle », p. 4.

⁴ « Der Widerspruch ist der Prüfstein der Wahrheit » déclare Vargha, op. cit. p. 277, § 184.

Garrand lui-même déclare : « Personne ne saurait contester que la défense » libre et éclairée soit une condition essentielle de la régularité du procès » criminel », op. cit. t. II, p. 303, no 514. Et plus loin, il dit encore : « Le droit » de défense, qui est l'âme du système accusatoire et en l'absence duquel il n'y » a pas de justice, parce qu'il n'y a pas de contradiction, se manifeste histori- » quement et pratiquement... par la faculté qui lui (l'inculpé) est donnée ou » par l'obligation qui lui est imposée de se faire défendre par un profes- » sionnel... », op. cit. t. III, p. 486, no 1154.

» envisagé l'affaire que sous un seul point de vue, sans témoin à
» décharge, sans confrontation, sans plaidoiries contradictoires ? Il
» ne peut en être assuré que si l'accusé est mis à portée de débattre
» les témoignages accusateurs, de produire des faits justificatifs et
» de se livrer librement à tous les développements que la cause
» comporte. La défense est le droit de l'accusé, mais elle est en même
» temps la garantie de la justice et le moyen le plus puissant
» d'arriver à la connaissance de la vérité »⁵.

C'est ainsi, dans la mesure où les droits individuels sont protégés, où l'inculpé a la possibilité non seulement théorique mais effective de faire valoir tous ses moyens, de présenter sa défense, que justice pourra être faite⁶.

SECTION II

Le défenseur et le prévenu

1. LES FONCTIONS DU DÉFENSEUR : Pour saisir l'essence du défenseur, il faut analyser ses fonctions dans le procès pénal, eu égard au prévenu. Nous en distinguons trois : *assister*, *représenter* et *défendre*. Les deux premières essentielles en procédure, ne sont qu'accessoires dans l'analyse du concept de défenseur. C'est la dernière, *défendre*, qui constitue le noyau central de l'institution, sa « substantifique moëlle ».

⁵ Faustin-Hélie op. cit. t. 8, p. 500.

⁶ La même idée est exprimée par Théo Collignon lorsqu'il affirme : « Le » prévenu qui n'a pas le temps de préparer sa défense et qui n'a point dans la » loi les moyens de protéger sa liberté et son honneur court un danger individuel » grave qui constitue lui-même un péril social ». Initiation à la pratique du barreau p. 124.

Voir aussi Thormann « Uber die amtliche Verteidigung » Z.B.J.V. 1904 t. 40, 5^e cahier, p. 257 (264).

« Die Praxis zeigt, dass Fälle, in denen der Angeschuldigte durch einen » Verteidiger verbeiständet wird, gründlicher und allseitiger geprüft werden » als solche, bei welchen dies nicht der Fall ist. » et plus loin : « Ist die formelle » Verbeiständung eines Angeschuldigten durch einen Verteidiger nicht als ein » hindernder sondern vielmehr als ein fördernder Umstand zur Erreichung des » Prozesszweckes zu betrachten, so ergibt sich hierhaus der logische Schluss, » dass der Staat ein Interesse daran hat, in allen Fällen dem Angeschuldigten » einen Verteidiger zur Seite zu stellen ». P. 317, cahier 6.

2. ASSISTER : Assistance morale d'abord ; l'inculpé qui, d'une minute à l'autre peut être amené à abandonner famille, biens, travail pour n'avoir plus sous les yeux que les quatre murs de sa cellule, a besoin d'une présence humaine. Il lui faut quelqu'un pour le décharger de tous ses soucis, matériels et moraux : « Prisonniers » et familles de prisonniers rendent notre tâche ardue... Entre les » uns et les autres, nous sommes, il est vrai, le seul lien qui demeure. » S'ils ont une tendance à attendre de nous, qui restons des auxi- » liaires de la justice, plus que nous ne sommes capables ou que » nous n'avons le droit de le faire, encore pouvons-nous, dans ce rôle » d'intermédiaire, leur apporter une assistance morale dont il ne » faut pas sous-estimer la valeur » ⁷.

En face de l'appareil judiciaire, pour lequel le profane éprouve toujours une crainte profonde, l'inculpé est démuné de moyens. Souvent, accablé par sa faute, il n'a plus la force de faire valoir ses droits, et se sent un jouet entre les mains des magistrats. Il se produit ici une véritable « capitis diminutio ». «... Mais j'éprouve » parfois de profondes révoltes contre le mécanisme, tout dépourvu » de sensibilité qu'on appelle Justice et qui, de la police à l'admi- » nistration pénitentiaire, en passant par les Parquets, les Tribu- » naux et les Cours, saisit le coupable dans son engrenage et ne le » lâche plus. Il ne faut pas que ce coupable — à plus forte raison » l'innocent — reste seul en face de la loi et de ses représentants, » de ses représentants surtout. La partie ne serait pas égale. La » Société est trop sûre d'elle-même, trop puissante, trop forte contre » lui. Pour s'en faire quelque idée, il suffirait de regarder le visage » de celui, quel qu'il soit, qui vient de recevoir une convocation de » police. Il tremble déjà de la tenir dans ses mains... » ⁸.

Dans cette optique, le défenseur seconde l'inculpé et le protège grâce aux privilèges qui lui sont reconnus. Cette présence constitue le premier rôle du défenseur.

Assistance technique ensuite, qui fait appel non pas à l'homme mais au juriste. Le défenseur doit instruire son client de ses droits, de son comportement, du déroulement de la procédure, des éléments du dossier. « La défense est prescrite, a récemment déclaré le » Tribunal Militaire de Cassation, afin que l'accusé ne soit pas » désavantagé par son incapacité et son inhabileté. Le fait du » défenseur est d'instruire l'accusé de la manière dont il doit se

⁷ Jacques Isorni « Je suis avocat » p. 107.

⁸ Idem p. 12.

» comporter »⁹. De ce chef, l'avocat est amené à discuter de tout acte de procédure, récusation à opérer, recours à interjeter. Il lui appartiendra de donner la forme juridique aux actes de procédure. Mais le défenseur ne joue ici que le rôle de conseiller et d'assistant et comme tel, il doit respecter la volonté du justiciable. Le Tribunal Militaire de Cassation va même jusqu'à décider¹⁰, que le défenseur doit son assistance pour rédiger un recours en cassation décidé par le condamné, alors même que ce recours serait sans espoir pour un juriste d'expérience. C'est donc bien une assistance technique qui fait appel à la science juridique du défenseur.

3. REPRÉSENTER : Le défenseur peut aussi doubler la personne de l'inculpé, en exerçant, en lieu et place de celui-ci, des droits et obligations. En cette qualité, le défenseur exerce personnellement tous les droits reconnus à l'inculpé¹¹. Ce pouvoir pourrait se fonder sur le contrat qui lie l'avocat et son client¹². Mais y a-t-il vraiment contrat, dans une cause pénale, lorsque le défenseur est imposé d'office, parfois même contre la volonté du justiciable, qui ne veut pas se défendre ? Bien plus, le procès pénal est d'une nature bien différente du procès civil. Aussi, est-il préférable de fonder ce pouvoir de représentation du défenseur, non sur le droit des obligations, mais sur un texte de la loi de procédure. A l'exemple d'autres lois, le Code Neuchâtelois (art. 53 al. 2) statue que : « Sauf » disposition contraire de la loi, les droits du prévenu peuvent être » exercés aussi bien par celui-ci personnellement que par son défen- » seur, à la condition que le prévenu ne s'y oppose pas expressé- » ment »¹³. Cette règle a encore un avantage pratique : elle facilite l'action rapide du défenseur, lui permet de résoudre des problèmes dont il est le meilleur juge et d'accomplir au nom du prévenu, tous

⁹ ATMC vol. 4, p. 296, no 136.

¹⁰ ATMC vol. 4, p. 44, no 25 et vol. 3, p. 106, no 51.

¹¹ Toutefois, la Chambre Pénale du Tribunal Cantonal du Valais a déclaré que l'art. 58 ch. 2 CCPV qui prévoit que les avocats régulièrement constitués ont qualité pour recevoir notification des actes de la procédure, n'est pas une disposition de caractère impératif. Le Juge a dès lors la faculté de notifier les actes directement aux parties elles-mêmes (cf. Revue valaisanne de jurisprudence, t. I, p. 47).

¹² Voir, par exemple, les formules de procuration éditées par l'Ordre des avocats neuchâtelois.

¹³ Mêmes dispositions : LPPF art. 35. — CPPV 49/5. Dispositions moins larges : CPPVd art. 115.

les actes utiles à la défense. Bien plus, si le prévenu ne peut assister à certaines opérations du fait de sa détention, (expertise, visite domiciliaire, audition de témoins) le défenseur est le représentant-né du justiciable. Cette formule facilite les choses tant pour la justice que pour le justiciable. Certes, l'inculpé peut se réserver l'exercice personnel de certains droits, limitant ainsi le droit de représentation de son défenseur. D'autre part, il jouit même de droits personnels qui ne peuvent être transférés. Ainsi le droit, aux débats, d'avoir la parole le dernier (art. 212 al. 4 CPPN). Il s'ensuit qu'on ne saurait lui refuser la parole sous prétexte que son défenseur a parlé en son lieu et place. La pratique observée autrefois en sens contraire nous paraît inadmissible¹⁴. En limitant la représentation aux droits du prévenu, il s'ensuit que les obligations personnelles du prévenu ne peuvent être assumées par le défenseur : ainsi, l'obligation de répondre aux interrogatoires ou de comparaître devant la juridiction de jugement lorsque cette comparution est obligatoire. C'est si vrai que l'absence du prévenu aux débats emporte défaut, même si le défenseur est présent (art. 221 CPPN) à moins que la représentation soit formellement prévue dans ce cas¹⁵.

En résumé, si le rôle du défenseur comme représentant est très large, il consiste toutefois principalement à rédiger les actes de procédure et très exceptionnellement à représenter devant la juridiction de jugement.

4. DÉFENDRE : Jusqu'ici nous avons vu le défenseur exécuteur de la volonté formelle ou présumée du prévenu. Il existe un autre domaine, où l'avocat est pleinement indépendant en raison même de sa fonction, lorsqu'il remplit son rôle de défenseur stricto sensu qui est de protéger la personne qui lui est confiée. Il faut nettement distinguer ce rôle de celui de conseiller et de représentant. Le fameux Carol Chessmann, condamné à mort puis finalement exécuté a écrit : « Celui qui se défend seul a un fou comme avocat ». Le prévenu peut avoir une idée fautive de son intérêt et il faut bien que, toujours selon cet auteur, l'avocat soit son « chien de garde ».

¹⁴ Art. 438 du code de 1893 et le Recueil des arrêts de la Cour de cassation pénale neuchâteloise, t. 2, p. 412.

¹⁵ L'art. 214 CPPN apporte un assouplissement à cette règle : « Dans les » causes où le ministère public n'a requis qu'une peine d'amende, le Président » peut exceptionnellement dispenser le prévenu de comparaître et l'autoriser » à se faire représenter par un défenseur, notamment si le prévenu est malade, » âgé, ou s'il habite hors du canton ». Dispositions analogues : CPPVd art. 268 et 267/2.

C'est pourquoi le défenseur jouit de certains droits qui lui sont propres et qui se justifient dans l'état de notre civilisation, par l'idée de commettre une personne pour défendre, envers et contre tout, le prévenu, dans l'intérêt supérieur de la justice.

Cette fonction de « défense » — stricto sensu — est essentielle ; sans elle, le défenseur ne serait que l'exécutant des ordres du prévenu et point n'eût été besoin de lui créer un statut spécial. Cette fonction constitue l'élément propre de l'institution de « défenseur ».

SECTION III

Le défenseur et l'administration de la justice

Quelle est la place du défenseur dans l'appareil judiciaire et l'administration de la justice ? Nous venons de définir sa position vis-à-vis de son client. Il sied maintenant de fixer son rôle et son statut en égard aux organes de la justice.

1. LE DÉFENSEUR PARTIE AU PROCÈS : D'emblée affirmons que le défenseur ne saurait être partie au procès. La loi ne lui confère jamais cette qualité, solution admise même par ceux qui voient en lui un représentant de l'inculpé.

2. LE DÉFENSEUR ORGANE DE LA JUSTICE : Le défenseur aurait-il le statut d'un organe de la justice comme le ministère public ? D'aucuns¹⁶ l'ont affirmé, au moins dans le cas où l'assistance d'un défenseur est obligatoire. Du coup, il faudrait distinguer le rôle du défenseur selon que la défense est obligatoire ou ne l'est pas. La jurisprudence s'y refuse¹⁷. En effet, on ne peut envisager que le statut de défenseur, ses droits et ses obligations, puissent avoir un contenu différent dans ces deux cas. En outre, faire de la défense un organe de la justice au même titre que l'accusation suscite d'autres critiques. Certes, tous deux participent à l'administration de la justice dans l'accomplissement de leurs tâches respectives, mais ne jouissent pas de la même liberté. Leur indépendance varie tant à l'égard de l'Etat que du « client ». On ne saurait prétendre en revanche que le défenseur ne serait pas un organe de la justice,

¹⁶ Gerland « Der deutsche Strafprozess » p. 150-151 et Otto Schwarz « Strafprozessordnung » p. 161 qui l'admet dans tous les cas.

¹⁷ E.R.G. t. 17, p. 315.

à l'instar du ministère public, faute d'être fonctionnaire. En effet, l'accusation peut fort bien être assumée par un particulier, un avocat, sans que la qualité d'organe de la justice soit contestée. Il en irait de même du défenseur, pourvu qu'il garde une indépendance absolue vis-à-vis de la victime ou du tiers accusateur. Ainsi, la défense indépendante de la volonté de l'accusé pourrait être un organe de la justice, même confiée à un avocat ou à un autre organe¹⁸. Or, traditionnellement le défenseur demeure dépendant de son client, certes, dans une mesure variable, mais ne peut agir contre sa volonté. Ainsi aucun droit, à une exception près¹⁹, n'autorise le défenseur à introduire un recours contre la volonté expresse de son client²⁰. On peut donc écarter cette notion du défenseur, comme étrangère au droit positif.

3. LE DÉFENSEUR REPRÉSENTANT DE L'INCULPÉ : S'en-suit-il que le défenseur serait un docile représentant de l'inculpé ? En doctrine, personne ne soutient cette thèse. Tout au contraire, l'idée d'un défenseur, servile exécuteur des volontés de son client²¹ est combattue. Il y a cependant des cas où le défenseur est le représentant « ad litem » de son client²².

4. LE DÉFENSEUR « tuteur ad hoc » ou « conseil » : Ayant dit ce que le défenseur n'était pas, nous devons préciser maintenant ce qu'il est en réalité ? Les auteurs se déroberont à cette question préférant à une définition précise des paraphrases. Ainsi le commentaire Löwe-Rosenberg précise que « le défenseur n'est pas un instrument en mains de l'accusé, mais au contraire un tuteur ad hoc, un tuteur spécialement désigné aux fins du procès ou un conseiller »²³. Cette

¹⁸ L'institution du défenseur officiel existe, mais tend à disparaître. Cf. ci-après p. 70.

¹⁹ OJPPM art. 189 et ATMC années 1915 à 1925 no 68, p. 104. Le délai de recours en matière militaire est très bref ; d'autre part, la sécurité juridique devant un tribunal militaire pourrait être menacée par un prévenu qui craindrait de recourir. Ce sont ces raisons particulières (célérité de la procédure, garantie de droit) qui conduisent à faire une exception qui n'en est donc pas une.

²⁰ CPP français art. 576 StPO § 297 — LPPF art. 221 et 35/5 — CPPN art. 53/2 et 243.

²¹ Löwe-Rosenberg « Die Strafprozessordnung » p. 638 — Henkel « Strafverfahrenrecht » p. 215 — Kern « Strafverfahrenrecht » p. 79.

²² Art. 53 CPPN et 35/5 PPF.

²³ Löwe-Rosenberg op. cit. p. 639.

définition met en évidence deux caractères savoir l'indépendance du défenseur vis-à-vis du client, et son rôle de protecteur. Ces deux éléments sont bien des composantes de la fonction de défenseur ; ils sont essentiels, mais non pas exclusifs.

Une autre définition, moins originale, mais plus complète précise que « le défenseur dans le procès pénal est principalement un conseiller, exceptionnellement un représentant de l'inculpé, mais dans les deux cas aussi un organe de la justice »²⁴.

On trouve ici un élément nouveau, celui d'organe de la justice, de participant à l'administration de la justice. Il ne s'agit pas d'un organe de la justice au sens que nous avons rejeté. Ici, par le seul fait d'assister et de représenter le prévenu, le défenseur est un organe de la justice, par sa fonction, et non par son statut²⁵.

Généralement²⁶, la doctrine dominante²⁷ adopte cette conception. Cependant, l'accord n'est pas parfait quant aux droits respectifs du défenseur et de l'accusé. Les uns²⁸ voient dans le défenseur plus qu'un assistant et lui reconnaissent des droits et des obligations propres ; d'autres²⁹ lui accordent une entière liberté d'action, restreinte sur deux points seulement, où la volonté de l'accusé est prépondérante. Cela n'explique pas pourquoi le défenseur peut agir librement et pourquoi il doit respecter la volonté du justiciable dans tel cas et non dans tel autre. Cette casuistique dangereuse devrait être remplacée par un système plus cohérent et universel. C'est à cette recherche que nous allons nous livrer, sans prétendre arriver à une solution pleinement satisfaisante.

²⁴ Max Hofstetter « Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers wegen Begünstigung » p. 40.

²⁵ La défense n'a pas le statut d'organe de la justice mais remplit cette fonction sociale par le fait même de son activité. Cf. Bendix et Von Belling « Zulässigkeit der gerechlichen Ausschliessung des Wahlverteidigers wegen Verdacht der Begünstigung » Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht année 1927 no 21, p. 511.

²⁶ On regrette que l'absence de dispositions générales sur le défenseur dans le CPPF ait incité les auteurs à ne pas s'arrêter au problème d'une théorie de la défense et du défenseur.

²⁷ Löwe-Rosenberg op. cit. p. 639 — Kern op. cit. p. 79 — Spahlinger « Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts im Strafprozess » Juristische Wochenschrift année 36 1934 t. 11, p. 1317 — Ernest Lanz « Die Stellung des Verteidigers im bernischen Strafverfahren » p. 24.

²⁸ Peters « Strafprozess » p. 183.

²⁹ Henkel op. cit. p. 215.

Le statut de défenseur

1. INTRODUCTION : Par défenseur, on désigne donc celui qui a pour fonction d'assumer en justice la défense d'un inculpé. Nous laissons de côté pour l'instant la question de la *personne* qui peut exercer cette fonction, car son choix est commandé par les droits et obligations attachés à la qualité de défenseur dont l'ensemble constitue le « statut de défenseur ».

La nécessité de distinguer le *statut* et la *personne* du défenseur s'impose du fait que, comme nous le verrons, nos législations suisses ne réservent pas exclusivement aux avocats le droit de défendre. Il s'ensuit que la qualité d'une personne peut avoir une incidence sur le devoir auquel elle est soumise. Pour ne prendre qu'un exemple, l'avocat-défenseur sera soumis aux règles professionnelles imposées aux avocats, notamment sous le rapport du régime disciplinaire, alors que ces règles seront inapplicables au particulier admis par la loi à faire fonction de défenseur. En d'autres termes, le statut de défenseur, incarnation de la défense, qui ne s'acquiert que par l'exercice de cette fonction dans un procès déterminé, peut se comparer à un manteau que revêt la personne appelée à assumer la défense. Sans ce vêtement, qui lui confère les droits et obligations de défenseur, elle demeure assujettie à son statut personnel, celui d'avocat ou de simple particulier.

2. LE STATUT DE DÉFENSEUR : Que comporte ce statut ? Nous avons dit les raisons qui commandent, pour la justice, la présence d'un défenseur ; il en découle les principes de liberté et de contradiction, auxquels il faut ajouter maintenant celui de partialité, qu'il ne faut pas entendre dans un sens péjoratif.

a) *Le principe de partialité* : Qu'est-ce que ce principe de partialité ? C'est celui qui impose au défenseur de paraître, par

déclarations, gestes et par ses critiques, en un mot dans ses actes, sa conduite, comme « l'avocat du diable » en ce sens que, dans l'intérêt de la justice, toutes les objections qui peuvent être opposées à l'accusation soient présentées au juge, afin que ce dernier ne se décide qu'après avoir examiné tous les aspects de la cause. En d'autres termes, la partialité du défenseur est une condition de l'objectivité du jugement.

Si le principe de contradiction domine le procès pénal, il postule que les parties prennent parti dans le débat. Le choc des thèses, pour établir la vérité est indispensable. C'est dans la mesure où accusation et défense exposent à fond leur thèse propre que le juge pourra peser tous les éléments de la cause. Comme Vargha l'observe : « Le » devoir général de participer à l'administration de la justice, se » concrétise chez le défenseur par ce devoir de prendre la défense » de l'accusé »¹. C'est une constante universelle de la doctrine et de la jurisprudence que d'imposer au défenseur l'obligation de prendre parti pour son client tant par le verbe que par son attitude².

L'étiquette de « brouilleur de pistes » trop souvent attribuée au défenseur, est simpliste. « Par une contradiction qui n'est qu'apparente, l'avocat (nous dirons le défenseur) est un collaborateur à sens unique, à décharge seulement, mais — et c'est ce que certains ne comprennent pas — sans être, pour autant, un complice en robe de l'accusé, indigne pour ce motif d'être cru, sans cesser d'être la conscience du Juge. »³

¹ Vargha « Die Verteidigung in Strafsachen » p. 338, § 213.

² Löwe-Rosenberg op. cit. p. 640 — Schwarz « Strafprozessordnung » p. 161, ch. 1 B — Kern « Strafverfahrenrecht » p. 80 — Gerland « Der deutsche Strafprozess » p. 151 — Peters « Strafprozess » p. 165, lit. a) — Hofstetter op. cit. p. 78 — Von Hippel « Der deutsche Strafprozess » p. 294 — Jacques Isorni « Je suis avocat » p. 97 — Ernest Lanz « Die Stellung des Verteidigers im bernischen Strafverfahren » p. 25 déclare : « Seine Pflicht als offizielles Schutzorgan immer » nur zu gunsten, nie aber zuungunsten des Angeschuldigten tätig zu werden, » bringt notwendigerweise ein einseitiges Handeln mit sich ». Mellor. « Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle » p. 222 — E.R.G. tome 70, p. 390. Hélène Falconetti « Le rôle de l'avocat dans le procès de défense sociale » Revue de criminologie et de police technique, 1957, vol. II, no 2, p. 87 (91) affirme très justement : « Dans un duel judiciaire, où son rôle est de n'exposer » qu'un aspect de la vérité, celui précisément qui est complémentaire de l'aspect » présenté par l'accusation, l'avocat doit être partial ».

³ Alec Mellor « Le rôle de la défense dans le procès pénal » Revue de criminologie et de police technique 1951, vol. 5, no 3, p. 186 (191).

Un autre motif : On reconnaît aujourd'hui à l'accusé un droit au silence et on va même jusqu'à tolérer son mensonge^{4/5}. En outre, l'inculpé a un confident qui le double pour en assurer sa défense. Ce serait méconnaître le droit de l'accusé à la partialité que de ne pas l'étendre aussi au défenseur qui, sur le plan du procès, est son alter ego⁶. Argument logique, plus logique que celui qui tire le principe de partialité du secret professionnel⁷. Nous montrerons plus loin que c'est plutôt le secret professionnel qui découle du principe de partialité, démontrant indirectement la valeur de l'argument présenté ici. Ce principe de partialité, apparu au cours des temps et qui exprime aujourd'hui un des aspects du droit de défense, est d'ailleurs antérieur au secret professionnel, sa conséquence normale. Le secret se justifie aussi par la nécessité de présenter un point de vue, celui de la défense ; ce n'est pas le secret professionnel qui oblige à la partialité.

L'objectivité est exigée du juge, non des parties au procès pénal. Cela n'interdit pas au défenseur de prendre l'attitude même du juge, dans l'intérêt de l'inculpé ; c'est même un moyen qui peut être excellent et fort avantageux pour le prévenu. L'avocat se met alors dans la peau d'un « Juge rapporteur » sur les moyens présentés pour la défense. Mais à l'analyse, cette objectivité est imposée par le devoir de partialité — la contradiction n'est qu'apparente — puisque c'est l'intérêt de la défense qui commande d'être objectif. Mais ce principe de partialité a une limite, car il ne peut autoriser à falsifier les preuves ou à faire supprimer des éléments à charge. Nous étudierons plus loin ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Pour l'heure dégageons la signification de ce principe de procédure pénale.

b) *Le principe de liberté* : La défense ne sera réelle et efficace que si elle reste libre de tout lien, soustraite à toute injonction, à toute emprise, quelle qu'elle soit. Aussi, faut-il assurer au défenseur une pleine et entière « liberté d'action ». Ce principe de liberté — à distinguer du principe de « liberté individuelle » présenté plus haut comme l'un des fondements de la défense — consacre l'indé-

⁴ Vargha op. cit. p. 347, § 23 — Alec Mellor « Les Grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle » p. 191.

⁵ Le mensonge du prévenu peut cependant constituer l'infraction prévue à l'art. 304 C.P.S., cf. ATF 86 IV 184 au JT 1961 IV p. 16.

⁶ Cet avis est aussi celui d'Ernest Lanz op. cit. p. 23.

⁷ Vargha op. cit. p. 347, § 213 — Alec Mellor op. cit. p. 191.

pendance du défenseur sous un triple aspect : à l'égard du procès, vis-à-vis du juge, et vis-à-vis du prévenu.

I. *Indépendance à l'égard des éléments du procès* : Cette indépendance signifie que le défenseur ne doit en aucun cas se trouver mêlé lui-même aux faits ou aux preuves allégués en procédure. Le défenseur ne saurait être ni témoin, ni expert et ne doit avoir aucun intérêt direct ou indirect à l'issue du procès. C'est nécessaire si l'on veut que le défenseur puisse prendre position et ne se déterminer qu'en fonction de l'intérêt du justiciable. Par exemple, le défenseur qui serait l'intime du plaignant, ne serait pas libre, même s'il s'y essayait, et n'aurait pas l'attitude adéquate à l'égard de son antagoniste. Le problème devient encore plus aigu si le défenseur est témoin ou expert. Cela nous semble indiscutable, encore que la doctrine ne soit pas unanime sur ce point.

II. *Indépendance à l'égard du Juge* : Vis-à-vis du Juge, le défenseur ne doit pas être réduit au rôle d'un inférieur. En fait, ce n'est généralement pas le cas, et il faut s'en réjouir. Sans doute, on pourrait se demander si cette indépendance existe réellement devant les Tribunaux militaires, quand le défenseur n'a pas un grade égal ou supérieur à l'officier qui le préside. C'est aussi l'avis d'Alfred Martin qui, dans une critique judicieuse de l'OJPPM, écrivait : « ... Quant au défenseur, il est vrai qu'en principe, il peut » être choisi en dehors de l'armée, pourvu que ce soit une personne » honorable ; mais le vœu du législateur et un usage généralement » suivi veulent que l'accusé soit défendu par un militaire plaçant » en uniforme. — Franchement, nous estimons qu'il vaudrait beau- » coup mieux que ce rôle fût rempli par un avocat plaçant au civil, » qu'il fit partie ou non à un titre quelconque de l'armée. C'est » ce qui se fait dans des armées permanentes ; pourquoi n'en serait- » il pas ainsi dans notre armée de milices ? Le défenseur qui plaide » en uniforme est gêné dans ses moyens, surtout s'il est d'un grade » inférieur à l'auditeur, et à plus forte raison s'il n'a aucun grade. » Il importe qu'il puisse parler à son adversaire, c'est-à-dire à l'audi- » teur, d'égal à égal »⁸. Il faut croire que cette observation n'est pas sans pertinence, et l'usage s'est introduit de plaider devant les juridictions militaires en habits civils, lorsque le défenseur n'est pas

⁸ Alfred Martin « Critique de quelques dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée suisse » Revue pénale suisse tome 15, p. 1.

officier. Et puisque nous parlons de questions vestimentaires, évoquons un instant le port de la robe, qui paraît jouir d'une certaine faveur actuellement en Suisse romande. Un adversaire convaincu de cet usage, nous confiait qu'il en était devenu partisan, le jour où il eut à plaider devant la justice militaire, ayant trouvé dans cet attribut vestimentaire un symbole de l'indépendance de la fonction.

Mais reconnaissons-le, la qualité d'avocat confère une autorité qui compense l'infériorité hiérarchique ou protocolaire ; l'on s'achemine vraisemblablement vers un monopole de la défense au profit du barreau⁹ parce que «... les magistrats n'hésitent pas à (les) » considérer au moins comme leurs égaux dans la connaissance du » droit... »¹⁰. Mais n'anticipons pas ici sur ce que nous dirons plus loin du choix du défenseur, soulignant simplement la nécessité d'un crédit indispensable du défenseur pour garantir son indépendance.

III. *Indépendance à l'égard du prévenu* : L'indépendance du défenseur à l'endroit du justiciable est plus délicate. Le principe de liberté exigerait une pleine et entière indépendance, car c'est dans la mesure où le défenseur n'est pas lié par la volonté du prévenu, qu'il peut assumer une défense éclairée. C'est là, répétons-le, la condition sine qua non d'une saine administration de la justice. Mais à ce principe s'en oppose un autre, tout aussi important, celui de la liberté individuelle. Depuis la déclaration des droits de l'homme, la liberté individuelle des citoyens est devenue un domaine tabou, un intérêt protégé avant tout autre. Si cette conception a subi les rudes assauts du collectivisme, elle s'impose aujourd'hui encore. Bien que l'intérêt général tende à primer l'intérêt particulier, le respect de la personnalité demeure. Mais ici, comment concilier l'intérêt de la justice qui postule une répression efficace dans l'intérêt de la société avec celui de l'individu ?

Il faut chercher un compromis par un rapport entre les forces. Le défenseur doit jouir d'une indépendance d'autant plus large que l'Etat est moins libéral.

Mais le principe a aussi ses limites. Elles ne sont pas déterminées par le législateur au gré de son caprice, mais par l'essence même de la procédure pénale, exprimée dans un troisième principe essentiel de la défense, le principe de contradiction.

⁹ LPPF art. 35 — CPPN art. 58 — CPPv art. 108 — CPPFr art. 22.

¹⁰ Alec Mellor op. cit. p. 191.

c) *Le principe de contradiction* : Ce principe est une lame à double tranchant. Qu'est-ce à dire ? Le principe de contradiction doit être respecté aussi bien en faveur de la défense qu'en faveur de l'accusation. Si le défenseur est soumis à la contradiction, c'est qu'il doit répondre à l'accusation en connaissance de cause, et qu'il ne doit rien entreprendre pour empêcher la contradiction de la part de l'accusation.

I. *En faveur de la défense* : Permettre la contradiction au défenseur, implique en premier lieu l'obligation de lui livrer tous les éléments du procès. Certes, le législateur peut limiter le droit du défenseur à participer à l'instruction préparatoire et à consulter le dossier avant la clôture de l'enquête. Mais il ne saurait soustraire au défenseur le dossier pour l'empêcher d'en prendre connaissance, en vue des débats. Il est essentiel que la défense soit informée de tout ce qui touche le procès avant le jour de l'audience et sur le champ pour ce qui est allégué plus tard.

Nous trouvons un cas d'application de ce principe dans l'art. 199 al. 1 CPPN lequel prescrit que dans le cas où le prévenu doit être exclu des débats pour une raison quelconque, le défenseur continue à y prendre part.

Signalons la seule entorse à ce principe qui est le fait de dispositions d'exceptions prises en temps de guerre : Il s'agit du droit de récusation du défenseur s'il est à craindre que ce dernier ne divulgue un secret ¹¹.

Ce n'est pas tout que d'être informé, il faut, pour satisfaire à l'idée de contradiction, être en mesure d'exprimer son avis. Ce qui veut dire que le défenseur doit être présent tout au long des débats, qu'il ne saurait en être éloigné sans être aussitôt remplacé, même au prix du renvoi de l'audience. Enfin, son droit de s'exprimer tant qu'il reste dans les limites légitimes, ne doit être soumis à aucune restriction.

II. *En faveur de l'accusation* : La contradiction doit être assurée aussi à l'accusation. Ce que nous venons de dire à propos du défenseur vaut mutatis mutandis pour le Ministère public. Ce principe semble au premier instant ne pas avoir grande portée. Détrompons-

¹¹ Arrêté du Conseil Fédéral du 4 août 1942. Recueil Officiel des lois fédérales 1942, t. 58, p. 743 et suivantes « S'il est à craindre que le défenseur ne divulgue un secret, le juge d'instruction, la chambre d'accusation ou le tribunal pourra le récuser. Leur décision ne sera pas motivée ».

nous. C'est le contrepois des deux autres principes, de partialité et de liberté. Nous le retrouverons constamment comme contrepartie aux avantages et privilèges de la défense, et il joue un rôle important dans les problèmes d'ordre moral que le défenseur est en demeure de résoudre. L'accusation est-elle ou non en mesure de contredire ? Selon la réponse donnée, l'action de la défense sera licite ou non. On entrevoit par là la grande valeur du principe de contradiction qui régit le procès pénal.

Les droits du défendeur

1. LES DEUX CATÉGORIES DE DROITS ET D'OBLIGATIONS : L'analyse du statut de défendeur nous permet de distinguer deux catégories de droits et d'obligations attachés à la défense. La première comprend tous les droits et toutes les obligations qui procèdent de son statut : Nous les appellerons *droits ou obligations essentielles*. La seconde englobe les droits et obligations qui ne sont pas « essentiels » à la défense, mais que le législateur prescrit pour des raisons d'ordre, soit pour faciliter la procédure, soit pour renforcer les garanties du prévenu, soit encore pour d'autres motifs ; nous les appellerons *droits ou obligations d'ordre*.

Ainsi, le défendeur a le droit de prendre connaissance du dossier pour pouvoir assurer la contradiction et en temps utile pour préparer la défense ; c'est un droit essentiel. Mais le législateur peut reconnaître au défendeur le droit de consulter le dossier en cours d'instruction pour accélérer la procédure, ou contrôler l'enquête préliminaire. C'est alors un droit d'ordre ou de procédure, car il n'est pas indispensable à la défense et dépend des vues du législateur quant au bon aménagement du procès.

Les droits et obligations essentiels n'ont pas besoin d'être inscrits dans la loi, puisqu'ils n'en dépendent pas, étant impliqués dans la notion de défense, au moins dans les procédures latines fondées sur l'état de droit. S'ils sont quelquefois mentionnés par le législateur, c'est par souci de clarté et en raison d'un lien à établir avec une règle de procédure¹. Au contraire, les droits et obligations d'ordre n'existent qu'en vertu d'une disposition légale².

¹ Exemple : art. 212 CPPN qui reconnaît expressément au défendeur un droit à la plaidoirie et règle en même temps l'ordre dans lequel les parties seront entendues. Autre exemple : art. 185/1 CPPN qui indique en même temps où peut se faire la consultation du dossier.

² Exemple : art. 129/1 - 130/1 - 131/1 etc. CPPN.

Si les droits et obligations essentiels sont communs à tous les systèmes de droit, ils sont impropres à caractériser les législations particulières. Cette fonction est assumée par les seuls droits et obligations de forme qui nous révèlent seuls si nous sommes en présence d'un régime accusatoire, inquisitoire ou mixte. On peut également en déduire qu'ils peuvent être modifiés, de sorte que les règles consacrant un régime accusatoire ou mixte peuvent être supprimées sans porter atteinte à l'essence du procès pénal, dont seul l'aspect sera modifié. Il n'en va pas de même des droits et obligations essentiels, qui ne peuvent être touchés sans porter atteinte aux organes vitaux de notre justice. Admettre le dossier secret serait nier le principe de contradiction et partant, l'idée de justice. Au contraire, interdire toutes communications entre le défenseur et le prévenu au cours de l'instruction signifie renforcer le caractère inquisitoire de la procédure, sans bouleverser le procès en son essence. Nous ne donnerons pas une liste des droits entrant dans ces groupes. Nous aurons l'occasion d'y revenir. Il nous faut préalablement justifier la portée de la distinction car ce n'est pas une simple classification, mais bien le moyen de résoudre certains problèmes de première importance.

2. IMPORTANCE DE LA DISTINCTION : La conséquence principale de la distinction porte sur le rapport des forces, entre les deux groupes. La règle essentielle l'emportera en principe sur la règle de procédure, lorsqu'il y a incompatibilité entre elles. En effet, le procès pénal pris dans son essence est une donnée que le législateur, à moins d'une révolution, n'a pas à modifier ; il n'en a pas la compétence. Dès lors, il ne peut aller à l'encontre de ce qui constitutionnellement lui est imposé. L'exemple le plus classique est l'opposition du principe de contradiction, qui postule la présence de la défense aux débats, et la liberté de parole, avec la règle qui permet au Président, au nom de son pouvoir de police, d'exclure le défenseur des débats (pour une bagatelle quelconque). La première disposition est une règle essentielle, la seconde une simple règle de procédure. Le souci de l'ordre à l'audience ne saurait mettre en péril la justice. Tous les cas ne sont pas aussi évidents. Cependant, la maxime est vraie : La règle essentielle a le pas sur la règle de forme.

TITRE DEUXIÈME

LE DROIT AU DÉFENSEUR

CHAPITRE PREMIER

Fondement et nature du droit au défenseur

Maintenant que nous avons circonscrit le statut du défenseur, il est nécessaire de connaître le fondement et la nature du droit de se faire assister d'un défenseur. Est-ce un droit ancien qui prend sa source dans le droit naturel ? Naît-il de la seule loi de procédure voire de la loi fondamentale de l'Etat ? Quelles sont ses caractéristiques juridiques. Tels sont les problèmes que nous allons traiter.

SECTION I

Fondement

1. L'ENSEIGNEMENT DU DROIT NATUREL : « Ce conseil » qu'on a accoutumé de donner aux accusés n'est point un privilège » accordé par les ordonnances ni par les lois, c'est une liberté » acquise par le droit naturel qui est plus ancien que toutes les lois » humaines »¹.

Le droit au défenseur, qui découle directement du droit de défense et indirectement du principe de liberté, est considéré aujourd'hui, à juste titre, comme un droit naturel. On en fait ainsi un fondement de notre droit pénal, qui s'impose a priori au légis-

¹ Parole prononcée par Lamoignon en 1670 citée par Garrand op. cit. t. II, p. 304.

lateur. Celui-ci n'a pas à en discuter l'existence, il lui appartient seulement de le consacrer dans la loi et de l'organiser².

Si certaines époques ou régimes l'ont méconnu, cela ne signifie pas que ce soit permis, mais cela signifie que ces époques et ces régimes ont agi contre nature.

2. SES CONSÉQUENCES : Cette conception met le défenseur au premier plan et prime les dispositions contraires. C'est là l'origine de la préséance des droits essentiels.

On pourrait aussi déduire de ce caractère naturel, que ce droit existe même là où il n'est pas consacré expressément par la loi. Mais fort heureusement, nous n'avons pas à nous poser la question aujourd'hui du moins dans les législations qui nous intéressent, le défenseur jouissant d'un crédit considérable auprès du législateur. D'ailleurs ce droit est consacré tant par la déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale des Nations Unies³, que par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Paris le 28 novembre 1950⁴.

3. LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL : Le droit au défenseur est-il garanti par la constitution ? Au premier abord, il ne le semble pas. Pourtant l'article 4 de la Constitution fédérale prescrit l'égalité des citoyens devant la loi et reconnaît implicitement ce droit. La jurisprudence constante du Tribunal Fédéral affirme que l'article 4 CF protège les citoyens non seulement contre les inégalités matérielles — l'arbitraire — mais aussi contre les inégalités for-

² « La défense des accusés est un droit naturel que la loi peut régler mais qu'elle ne peut pas détruire. » Faustin Hélie et J. Depeiges « Pratique criminelle des cours et tribunaux » première partie 1928, p. 576. — « Le droit de défense » est donc un droit naturel et dès lors imprescriptible. La loi ne peut pas l'enlever : il lui appartient seulement de l'organiser. » Garraud op. cit. t. II, p. 305.

³ Art. 11. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

⁴ Art. 6, ch. 3. Tout accusé a droit notamment à ;

a) (...);

b) (...);

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.

nelles — déni de justice —. Or, le refus du droit d'être entendu constitue précisément un déni de justice. Le Tribunal Fédéral étend le droit d'être entendu à celui de se faire assister par un conseil, comme il le dit clairement dans un arrêt ancien, mais jamais infirmé : « Le fait de refuser à une partie la faculté de se faire » assister, comme elle en a le droit aux termes de la loi de procédure » applicable, est évidemment une restriction au droit de défense et » l'une des formes que peut affecter le refus par le juge d'entendre » une partie ? En d'autres termes, le droit de se faire assister en » justice constitue l'une des parties intégrantes du droit d'être » entendu ; la violation de ce droit a d'ailleurs pour effet de rompre » l'égalité des parties »⁵.

A lire les mots « ... comme elle en a le droit aux termes de la loi de procédure applicable ... » on pourrait croire que l'article 4 ne vise que la violation d'une disposition légale concernant le droit au défenseur. Cependant plusieurs indices nous prouvent qu'il n'en est rien et que, si ce droit n'était pas accordé par une loi de procédure, il le serait par l'article 4 de la CF : tout d'abord si le Tribunal Fédéral n'avait voulu garantir que le respect d'une disposition légale, il aurait visé la violation manifeste de la loi, soit une inégalité matérielle et non comme il l'a fait le droit d'être entendu ou déni de justice. A cette dernière catégorie, ressortit la protection de droits qui ne sont pas consacrés par la loi tel que le droit à l'assistance judiciaire ou l'obligation pour le juge de statuer sur toutes les conclusions des parties. Ensuite, les juges fédéraux affirment que « le droit de se faire assister en justice constitue l'une des parties » intégrantes du droit d'être entendu ». Or, comme le droit d'être entendu est garanti par l'article 4 de la CF⁶ le droit au défenseur se trouve inclut à peine de déni de justice. Mais dans quelle mesure peut-on détacher cette phrase de son contexte « ... comme elle en a le droit aux termes de la loi de procédure applicable ... » — nous ne saurions le dire. Il nous semble cependant que c'est l'énoncé d'un principe de portée générale.

Et même si le droit au défenseur ne pouvait être rattaché au déni de justice⁷, nous trouverions argument à propos de la pro-

⁵ JDT 1904 I 340 — ATF 29 I 402 cf. aussi Jean Dubellay R.D.S. t. 83, p. 419 (509).

⁶ La violation de l'obligation d'entendre les parties (art. 4CF) est un déni de justice formel qui emporte cassation quel que puisse être son effet sur l'issue de la cause : ATF 64 I 148 — 75 I 227 — 76 I 182 — R.J.N. vol. 1, p. 180.

⁷ J.-F. Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, t. II, no 1815.

tection contre les inégalités matérielles. En effet, le Tribunal fédéral déclare que la violation des principes généraux, même non écrits, de notre droit constitue une inégalité matérielle⁸. Ce qui signifie pour nous que, dès l'instant où le droit au défenseur est un principe de notre système de procédure en matière pénale — ce point n'est d'ailleurs pas contesté —, la garantie constitutionnelle lui est accordée. C'est la déduction logique de la jurisprudence du Tribunal Fédéral en la matière.

Enfin, dernier argument, toujours dans le cadre de l'arbitraire, les juges fédéraux frappent de nullité toute inégalité de traitement. Or, nul ne contestera que priver l'inculpé d'un défenseur, le laisser seul en face de l'accusation et de ses alliés, c'est créer une inégalité choquante d'autant plus condamnable que l'intérêt de la Justice est en jeu. D'ailleurs le Tribunal Fédéral le dit lui-même dans l'arrêt précité «... la violation de ce droit a d'ailleurs pour effet de rompre l'égalité des parties».

Plusieurs cantons ont même inscrit ce droit au défenseur dans leur constitution⁹.

Pour ces raisons, nous soutenons que le droit au défenseur est un droit constitutionnel. Il peut paraître discutable de fonder cette affirmation sur un seul et unique arrêt. Cependant les arrêts ne se comptent pas mais ils se pèsent.

4. LE FONDEMENT LÉGAL : En raison des doutes qui pourraient subsister sur le fondement constitutionnel, ou pour tirer les conséquences pratiques du principe inscrit dans la constitution, le législateur a pris soin d'inscrire dans la loi de procédure ce droit au défenseur souvent sous cette forme : « En tout état de cause, le prévenu a le droit de se pourvoir d'un défenseur »¹⁰. Parfois la règle n'est pas formulée expressément, mais admise implicitement¹¹. Dans tout Etat de droit, l'on a codifié, ou pour reprendre l'expression de Garraud¹² l'on a « organisé » ce principe de droit naturel. Si le législateur a tardé à reconnaître la nécessité vitale de ce conseil,

⁸ ATF 75 I 209.

⁹ St-Gall, art. 30 ; Zürich, art. 6. Sur ce point cf. Fr. Clerc « Strafprozess und Rechtsstaat ». Zürich, Schulthess, 1956, p. 216.

¹⁰ Art. 53 CPPN — mêmes dispositions : art. 107 OJPPM — art. 35 LPPF — art. 49/2 CPPVs — art. 108 CPPVd — art. 22, ch. 1, CPPFr — § 137 StPO (Allemagne).

¹¹ Voir le code de Genève.

¹² Garraud op. cit. t. II, p. 305.

aujourd'hui nos lois réservent une place importante à cette institution. Aussi, l'inculpé peut recourir à un défenseur, en vertu de la loi.

SECTION II

Nature du droit au défenseur

I. DROIT STRICTEMENT PERSONNEL ET D'ORDRE PUBLIC : Le droit au défenseur étant consacré par le droit positif, il convient de relever que si, en matière civile, les droits qui touchent à la personnalité ont un caractère strictement personnel¹³, il en va de même, a fortiori, en procédure pénale. Le droit de protéger sa liberté et son honneur, dans le procès pénal, intéresse au premier chef la personnalité, encore que la doctrine et la jurisprudence soient muettes sur ce point¹⁴. Il ne s'agit pourtant pas, d'un silence qualifié. A l'examen, ce droit au défenseur nous paraît être indubitablement un droit strictement personnel qui compète exclusivement au prévenu, et qui ne saurait être exercé par représentation.

2. DROIT DISPOSITIF OU DROIT IMPÉRATIF ? De l'importance que l'on attache à la présence d'un Conseil et du rôle qui lui est assigné va dépendre le caractère de ce droit. Les conceptions actuelles qui inspirent la procédure, font du défenseur un personnage de plus en plus important. Dans certains cas même, il ne s'agit plus d'une faculté accordée à l'inculpé, mais d'une obligation qui lui est imposée, tant dans son intérêt que dans celui de la justice. A cet égard, nos lois de procédure présentent une variété de solutions qu'il convient de passer en revue.

Un premier système est celui de la procédure militaire, qui impose l'assistance du défenseur, sans égard à la gravité du délit ou

¹³ Tuor, dans son manuel « Le Code civil Suisse », édition française, p. 63, reconnaît le caractère de droit strictement personnel aux droits suivants : a) rupture de fiançailles pour de justes motifs (art. 92 CCS) ; b) action en nullité de mariage et action en divorce (art. 123 et sv.) ; c) reconnaissance d'un enfant naturel (art. 303 CCS) ; d) action en paternité atteinte aux intérêts personnels (art. 93 CCS et 49 CO) cf. aussi A.T.F. 41 II 556 = JDT 1916, p. 203.

¹⁴ Cf. cependant : B.J.P. 1965 no 2, p. 92 et Grossen J.M. « Schweizerisches Privatrecht » t. II, p. 329, note 18.

à la personne du délinquant¹⁵. Cette solution s'explique sans doute par le fait que, en temps de guerre, les tribunaux ne peuvent juger de façon expéditive qu'à condition de donner à l'inculpé la garantie d'un défenseur. On peut aussi justifier le système en observant que, à l'exception du Grand Juge, les juges militaires sont en définitive des jurés, devant lesquels le débat se déroule selon le rite accusatoire. L'égalité des parties nécessite la présence, en face de l'auditeur, d'un défenseur.

Un deuxième système auquel se rattachent les procédures de plusieurs cantons¹⁶ impose la défense obligatoire en fonction de l'importance de la cause. Le Code Neuchâtelois prescrit en son article 54 : « ... devant la Cour d'Assises, l'assistance d'un défenseur est obligatoire ». Il s'agit là, sans doute, d'une idée que nous venons d'indiquer : La présence de jurés, qu'il convient d'éclairer objectivement. Mais on peut faire valoir une autre considération : Les causes les plus graves exposent l'accusé à une peine très lourde, qu'il ne saurait être question d'infliger sans un examen très sérieux qui nécessite la contradiction par un juriste. Ce système tend d'ailleurs à s'étendre aux causes mineures, lorsque la personne du prévenu paraît inapte à présenter sa défense. C'est la solution adoptée par la loi sur la procédure pénale fédérale¹⁷ ainsi que par le Code de procédure pénale du Valais, qui statue (art. 49 al. 3) : « Lorsque » le prévenu est détenu, lorsqu'il est inculpé d'un crime, ou qu'il ne » peut se défendre lui-même à cause de son jeune âge, de son inex- » périence, ou pour d'autres causes, le juge lui désigne un défenseur, » en tenant compte de ses vœux dans la mesure du possible, à moins » que le prévenu n'en ait choisi un lui-même ».

A notre sens, la meilleure solution est celle du code vaudois qui n'énumère pas les cas où l'assistance est obligatoire mais se borne à statuer que : « Le Président peut d'ailleurs jusqu'à la clôture des » débats, désigner un défenseur d'office à l'inculpé, même contre le » gré de ce dernier, si les besoins de la défense l'exigent »¹⁸.

¹⁵ Art. 126 OJPPM.

¹⁶ Neuchâtel art. 54 CPPN.

¹⁷ Art. 36 LPPF.

¹⁸ Art. 109, al. 5, CPPVd, cf. aussi, dans le même esprit § 140 StPO (Allemagne) qui, après avoir énuméré un certain nombre de cas où le défenseur est obligatoire déclare : « In anderen Fällen bestellt der Vorsitzende auf Antrag » oder von Amts wegen einen Verteidiger, wenn wegen der Schwere der Tat » oder wegen der Schwierigkeit der Sache oder Rechtslage die Mitwirkung eines » Verteidigers geboten erscheint, oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschul- » digte nicht selbst verteidigen kann ».

Cette règle nous paraît raisonnable et dans la ligne du droit pénal moderne. Elle se départit de l'idée que le conseil est un technicien du droit, qui doit combattre par une dialectique savante les arguments de l'accusation. Dans un droit pénal où les termes de « défense sociale », « état dangereux », « amendement », sont autant de leitmotiv, le défenseur est indispensable pour le premier petit vol, et peut-être principalement pour la première infraction. La nécessité de la défense ne s'apprécie pas en fonction de la peine requise par le ministère public, mais bien en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction. L'intérêt individuel n'est plus seul en jeu.

Au risque de trop insister, il nous faut observer que le procès pénal moderne a moins pour objet le délit que le délinquant.

Or, la recherche de la personnalité réelle du délinquant conduit parfois à des expertises psychiatriques, dont les résultats ne sauraient être communiqués à l'intéressé, ne serait-ce que par crainte de lui faire plus de mal que de bien.

Plusieurs lois permettent aujourd'hui de ne plus communiquer au prévenu le rapport d'expertise. Il faut dès lors quelqu'un pour se substituer à lui, pour discuter l'expertise. Le rôle est dévolu au défenseur. Et ce n'est pas sans raison que le projet de révision du Code Neuchâtelois impose le défenseur aussitôt qu'une expertise médicale est décidée.

CHAPITRE DEUXIÈME

Les titulaires de ce droit

Après cette analyse du fondement et de la nature du droit au défenseur, il sied d'examiner à qui il compète et comment il s'exerce, ce qui constituera la matière du présent chapitre.

SECTION I

La jouissance du droit au défenseur

Les lois de procédure statuent généralement : « En tout état de cause, le prévenu a le droit de se pourvoir d'un défenseur »¹. On peut en déduire que la seule condition imposée pour avoir un défenseur, c'est d'être prévenu. Or qu'est-ce qu'un prévenu ?

Nous employons ici ce terme par commodité. Il correspond dans certains droits à celui d'inculpé². Il s'imposerait d'en donner une définition. En effet la chose est importante, car si celui contre lequel une action pénale est ouverte peut refuser de parler, voire mentir impunément³, celui qui refuse de témoigner ou témoigne faussement, commet un acte qui l'expose à une poursuite. Faut-il assimiler au prévenu le « prévenu en puissance ? ». On mesure les dangers de

¹ Art. 53 CPPN cf. aussi : arts 108. CPPVd — 22 CPPFr — 49, al. 2 CPPVs — 35 LPPF — 107 OJPPM — StPO § 137.

² En France, c'est le terme d'inculpé qui correspond à notre notion de prévenu. Ainsi l'inculpé est défini comme « la personne soupçonnée d'une infraction » (Dictionnaire juridique Piccard : Thilo-Steiner). Le terme allemand qui correspond est « Beschuldigte » : cf. StPO, § 137.

³ Jean Graven « L'obligation de parler en justice » p. 121 et 126.

l'absence d'une définition. Il faut se rappeler les pratiques honteuses de certains pays, où la personne présumée coupable est interrogée, d'abord comme témoin, ce qui l'expose soit à dire la vérité, et elle est aussitôt inculpée, soit à mentir et se faire inculper pour faux témoignage. Ainsi on élude la garantie donnée au prévenu de ne faire aucune déclaration avant d'avoir conféré avec son défenseur⁴.

On comprend pourquoi la plupart des lois évitent de définir le « prévenu » et il faut féliciter le législateur neuchâtelois d'avoir montré plus de courage et de loyauté. L'article 52 de son code statue : « A qualité de prévenu au sens de la présente loi, quiconque » est désigné dans une dénonciation, une plainte, un rapport ou dans » un autre acte de procédure, comme auteur réel ou présumé d'une » infraction, ou qui est à ce titre appréhendé ou arrêté pour être mis » à la disposition des autorités judiciaires ».

Il est bon d'examiner de plus près cette définition. Au regard de la loi neuchâteloise — et peut-être pourrait-on par analogie étendre cette définition aux autres lois du même type — il suffit pour être qualifié de prévenu d'être désigné ou présumé auteur d'une infraction, dans un acte de procédure. Le législateur voit déjà un tel acte dans une dénonciation, une plainte même. Ainsi, une personne soupçonnée dans une plainte d'avoir volé tel objet, peut se refuser à toute déclaration, mentir sans être inquiétée pour faux témoignage. Il n'est ainsi pas nécessaire d'être l'objet d'un mandat ou d'une inculpation formelle.

Si la loi a fixé le moment à partir duquel on acquiert la qualité de prévenu, elle n'a pas fixé quand on cesse d'être prévenu. Il est vrai que la commission spéciale chargée d'élaborer le code de procédure pénale neuchâtelois écrivait à ce propos : « Notre projet ne » connaît que le prévenu et le condamné. Le prévenu est celui qui » est impliqué dans une poursuite pénale, peu importe l'état de la » procédure ou le rang du tribunal saisi ; le condamné est celui qui » est l'objet d'un jugement de condamnation »⁵. Ce qui signifie que le condamné n'a plus droit à un défenseur. Il devrait donc rédiger lui-même ses recours en cassation ou en nullité. Visiblement ce serait une erreur. Il faut entendre le terme de « condamné » non pas comme visant la personne qui est l'objet d'un jugement définitif,

⁴ Cf. art. 114 CPP français. Il faut rappeler, en outre, le système de « la garde à vue » des art. 63 et suivants du CPPF qui autorise une garde du suspect à disposition de la police, dans certains cas, durant 24 heures. Ce délai peut être prolongé de 24 heures. Dans cette phase, le défenseur n'intervient pas.

⁵ Bulletin du Grand Conseil no 110, p. 52.

désaisissant la « juridiction de jugement », mais bien celle qui est l'objet d'un jugement ayant force de chose jugée, ne pouvant plus être remis en question par une voie de recours ordinaire.

C'est si vrai que, lorsqu'il s'agit d'entreprendre un recours extraordinaire, comme la révision, la loi a pris soin de reconnaître dans ce cas spécial, le droit au défenseur. Il en va de même de la réhabilitation. Et l'on peut se demander, devant le développement du droit d'exécution, postulé par la législation contemporaine, s'il ne conviendrait pas de repenser l'article 54 du CPPN dans le sens d'une extension.

En résumé, le prévenu, dès qu'il acquiert cette qualité jusqu'à sa condamnation, jouit du droit au défenseur dans le sens plein et entier de l'expression ; le condamné qui subit immédiatement sa peine, n'a qu'un droit restreint à l'assistance d'un conseil. Dans toutes les autres situations, il n'existe pas à proprement parler de droit au défenseur.

SECTION II

L'exercice du droit au défenseur

Nous l'avons dit, la nature strictement personnelle du droit au défenseur a pour conséquence que seul le titulaire de ce droit est habilité à le mettre en œuvre. Mais il est nécessaire qu'il jouisse du discernement pour en avoir l'exercice⁶. La jurisprudence semble du même avis. L'Obergericht de Zurich a jugé que : « l'accusé privé » de discernement ne peut choisir lui-même valablement un défenseur⁷, ce qui amène à conclure qu'il suffit d'avoir le discernement pour exercer ce droit⁸.

En doctrine, même enseignement⁹ à l'exception de E. Lanz¹⁰, qui soutient que le choix du défenseur n'appartient qu'au repré-

⁶ François Clerc « Cours élémentaire sur le Code pénal suisse » t. 1, p. 46.

⁷ B.J.P. 1950 no 92. Dans le même sens Obergericht de Berne B.J.P. 1965 no 2, p. 92.

⁸ ATF 68 IV, p. 158.

⁹ « Das neue Strafrechtspflegesetz des Kantons St-Gallen » St-Gall 1955. Vorträge des 85 Kurzes des Schweizerischen Verwaltungskurs an der Handels-Hochschule St-Gallen am 29. und 30. Oktober 1954 p. 121.

¹⁰ « Die Stellung des Verteidigers im bernischen Strafverfahren » p. 35.

sentant légal ¹¹. A quoi l'on peut répondre, avec une étude entreprise par l'ONU, qu'un « danger pour l'enfant peut résulter du fait que » l'avocat choisi par la famille, soit entraîné à soutenir davantage » le point de vue de celle-ci que celui de l'intérêt même de l'enfant, » qui peut être en contradiction avec celui des parents » ¹².

SECTION III

L'étendue du droit au défenseur

La question peut se poser de savoir si, lorsqu'on a le droit d'avoir un défenseur et lorsqu'on a le droit d'organiser sa défense, cela implique également le droit d'avoir recours éventuellement à plusieurs défenseurs ? En général les lois n'entrent pas dans ce détail, à l'exception de la loi fédérale de 1934 ¹³ et du code valaisan ¹⁴, qui précise « qu'exceptionnellement le juge peut autoriser deux défenseurs à assister un inculpé aux débats ». Les autres codes de procédure ne font allusion qu'« au défenseur » ¹⁵. Sommes-nous en présence de l'énoncé d'un principe ou de la limitation du nombre des défenseurs ? La doctrine allemande adopte la première position, et les rares auteurs qui abordent la question se bornent à reconnaître expressément le droit à plusieurs défenseurs ¹⁶. Ce droit ressort d'ailleurs en France, d'une circulaire du 10 décembre 1897, relative à l'application de la loi Constans, qui statue : « . . . il n'est pas obligatoire que le choix ou la désignation porte sur un conseil » unique » ¹⁷. Cependant, si certains auteurs admettent ce principe

¹¹ Dans le même sens M^{me} Valy Degoumois « Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse », p. 55.

¹² « Etude comparée sur la délinquance juvénile, 2^e partie : Europe », Nations Unies 1952, p. 61.

¹³ LPPF art. 35/2.

¹⁴ Art. 49/2 CPPVs.

¹⁵ CPPN art. 53 — StPO, § 137 — art. 274, CPPF. Selon Gerhard Bohn op. cit. p. 60, la loi schaffhouseoise n'autorise l'assistance que d'un seul défenseur.

¹⁶ Peters op. cit. p. 186, Löwe Rosenberg op. cit. p. 644 ad., § 137, no. 2.

¹⁷ Circulaire du 10 décembre 1897 de M. le Garde des sceaux, Ministre de la justice, adressée à MM. les procureurs généraux, relative à l'application de la loi du 8 décembre 1897, § 31.

sans restriction¹⁸ d'autres l'enserrent dans d'étroites limites ainsi Garraud «... il s'agit de savoir au cas où l'inculpé en aurait choisi » plusieurs (défenseurs), si celui-ci pourrait revendiquer pour chacun d'eux, les prérogatives du défenseur officiel : signification des » ordonnances, mise à la disposition du dossier la veille des interrogatoires, assistance aux interrogatoires et confrontations ? Il est » évident que la constitution d'un défenseur officiel unique répond » au vœu de la loi, et que la procédure serait régulière, malgré le » choix collectif de l'inculpé, si un seul des défenseurs choisis avait » assisté, par exemple, à l'interrogatoire ou à la confrontation »¹⁹. Esmein²⁰ va plus loin, et refuse l'entrée du cabinet du juge d'instruction à plus d'un défenseur. Un seul — mais pas nécessairement le même — a droit aux prérogatives reconnues au défenseur comme l'admet la jurisprudence²¹. Nous ne voyons pas d'objections à ce que les formalités soient accomplies par un des défenseurs pour être valables. Mais refuser la présence de deux ou plusieurs défenseurs à un interrogatoire, une expertise ou une reconstitution sur les lieux, cela porte atteinte à la liberté de la défense. La solution contraire est dictée par une considération égalitaire toute extérieure²², et par le préjugé selon lequel le défenseur entraverait la recherche de la vérité. Nous pensons au contraire qu'un seul défenseur n'est pas toujours en mesure de saisir tous les détails de l'affaire, et que la pluralité de défenseurs déjà pendant l'instruction, permettrait une meilleure étude de la cause dont la justice ne peut que bénéficier.

Aux débats, la doctrine confère au Président un large pouvoir, qui permet d'apprécier l'opportunité d'un unique ou d'une pluralité

¹⁸ Faustin-Hélie et Joseph Dépeignes *op. cit.* première partie, p. 577. — Roux « Cours de droit criminel français », p. 371, note no 29 — Faustin-Hélie *op. cit.* p. 503.

¹⁹ Garraud *op. cit.* p. 310. Dans le même sens : Pierre Chambon « L'instruction contradictoire et la jurisprudence », p. 56 et la Cour de Cassation « Dalloz périodique » 1934, I. 121.

²⁰ Esmein, Recueil Sirey 1900, II^e partie, p. 289.

²¹ Arrêt de la commission d'instruction : Recueil Sirey 1900, II^e partie, p. 293.

²² Garraud n'admet-il pas lui-même que « s'il y a une partie civile aux » débats, il semble naturel que le prévenu ou l'accusé puisse se faire assister » de deux défenseurs au moins, puisqu'il y a deux adversaires » *op. cit.* p. 310, note 17.

de conseils²³. Esmein, qui admet la pluralité des défenseurs, ne reconnaît qu'à un seul de ceux-ci les droits de défenseur. Ainsi sur dix défenseurs assistant l'accusé, un seul pourrait plaider²⁴. Chez nous, la question n'est pas réglée clairement. Certes, la LPPF contient une disposition (art. 35 al. 2 LPPF) en vertu de laquelle le Président du Tribunal peut exceptionnellement autoriser un inculpé à se faire assister de deux défenseurs. Heureusement, ni le Président, ni l'accusation n'ont jamais prétendu empêcher l'assistance de plusieurs conseils et n'ont jamais contesté le droit pour chacun d'eux d'exercer les prérogatives attachées à la défense.

Inversement, la défense de plusieurs accusés peut-elle être confiée à un seul défenseur ? Oui, répondent la doctrine²⁵ et certaines législations qui songent au défenseur d'office, par souci d'économie. Toutefois, il y est mis une condition, savoir que les intérêts des prévenus ne soient pas contradictoires. Mais à qui appartient de trancher la question. C'est généralement à l'organe qui désigne le défenseur d'office. Y-a-t-il possibilité de recours contre cette décision ? Nous inclinons pour l'affirmative, car la défense de plusieurs assumée par un seul défenseur, peut entraver la défense²⁶. Si la loi est muette sur ce point, faut-il s'en remettre aux seuls accusés du soin de décider si chacun d'eux doit être assisté d'un conseil ?²⁷. Cette solution n'est guère pratique et la jurisprudence²⁸ s'en remet au Président, sous réserve d'un droit de recours.

²³ Garraud op. cit. p. 310 et Le Poittevin « Code d'instruction criminelle », t. I, § 5 ad art. 295, p. 1206. « ... le Code d'instruction criminelle laisse à la » prudence et à la sagesse du Président le soin de décider si l'accusé doit se » faire assister de plusieurs conseils ».

²⁴ Esmein Recueil Sirey 1900, II^e partie, p. 289.

²⁵ Doctrine française : Le Poittevin op. cit. p. 1201 ad art. 294, note 14, § 3 et p. 1206 ad art. 295, note 25, § 5. Roux op. cit. t. II, p. 371, note 29. Faustin-Hélie op. cit. p. 505 et la jurisprudence citée, de même jurisprudence citée sous note 1 ad art. 294 C.I. Cr. Doctrine allemande : Dälke op. cit. p. 1258 ad § 146. Schwarz op. cit. p. 199, no 1 ad § 146.

²⁶ En ce sens Dalloz 94. I 139. Mais il est nécessaire que les intéressés soulèvent en cours de procédure la question pour qu'elle puisse faire l'objet d'un pourvoi.

²⁷ Dans ce sens voir Faustin-Hélie op. cit. p. 505.

²⁸ Dalloz 94 I 139.

SECTION IV

Le défenseur d'office

Dans notre terminologie juridique, le terme de défenseur d'office est employé dans deux acceptions différentes : l'une désigne *l'assistance judiciaire gratuite*, qui implique la gratuité des actes judiciaires pour les indigents et, au besoin, le recours à un homme de loi pour la défense de leurs intérêts devant les Tribunaux ; l'autre, le mode de désignation de son Conseil qui prend le nom de *défenseur d'office*, lorsqu'il est désigné par l'autorité judiciaire. Cette désignation intervient dans deux cas ; lorsque le prévenu est indigent, et lorsque l'assistance par un homme de loi est obligatoire, le prévenu n'ayant pas choisi lui-même son défenseur. Il convient de distinguer ces deux hypothèses avant de préciser le mode de désignation de ce défenseur.

I. En cas d'indigence, la garantie d'un droit impose d'en assurer l'exercice à ceux qui, faute de moyen, seraient contraints de sacrifier ce droit²⁹. Ce principe découle-t-il de la Constitution fédérale ? Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte dans un arrêt où il traite de l'assistance judiciaire :

« Le principe d'égalité des justiciables devant la loi n'entraîne
» pas pour l'Etat l'obligation d'accorder, à ses frais, un défenseur
» ou un avocat à tout plaideur dans la gêne, quel que soit le Tribunal
» ou l'autorité devant lequel il ait à comparaître. Il ne comporte
» un droit à l'assistance judiciaire que si les droits d'une partie
» risquent, à défaut de cette assistance, d'être lésés. C'est pourquoi
» le droit à l'assistance judiciaire est reconnu, d'une façon étendue,
» en matière civile spécialement dans les procédures où en principe
» c'est aux parties qu'il incombe d'établir leur droit, ce qui exige
» d'elles des connaissances juridiques qui, en général, manquent à
» un non-professionnel ».

« Il en est autrement dans une procédure où le jugement repose
» non plus seulement sur les faits établis par les parties, mais sur
» le résultat d'une instruction opérée d'office et dans laquelle les
» questions de fait et de droit sont résolues indépendamment de

²⁹ Ce droit était mentionné par le prof. Graven comme un principe fondamental en matière de procédure pénale : cf. « Les droits de l'accusé dans le procès pénal » R.P.S. 1956, p. 113.

» l'attitude des intéressés au procès, autant tout au moins que ceux-
 » ci sont des personnes privées. La garantie que les droits des parties
 » sont protégés réside pour elles en première ligne dans la procédure
 » elle-même ; c'est pourquoi, on ne peut, en tout cas au point de
 » vue du droit public fédéral, exiger des cantons, qu'en plus de cette
 » garantie, ils donnent au prévenu le droit à un avocat d'office. C'est
 » ainsi que cela se passe dans les affaires pendantes devant les auto-
 » rités administratives, où d'après l'usage établi, le justiciable
 » procède lui-même et ne met en œuvre un représentant ou un
 » conseil que dans des cas exceptionnels. En principe, il ne doit pas
 » en être autrement en procédure pénale, en tant que celle-ci est
 » régie par le principe de l'enquête faite d'office (Officialprinzip).
 » Faut-il en déduire qu'en matière pénale, on puisse, sans déni de
 » justice, refuser en principe la garantie d'un conseil ou défenseur
 » d'office ? La question peut rester ouverte . . . »³⁰.

La réponse est donnée par nos lois de procédure. Elles ne le font pas dans la même mesure. Les unes octroient un défenseur à l'indigent si l'infraction poursuivie est d'une certaine gravité. Tel est le cas du code valaisan (art. 49 al. 3) : « Le Juge désigne aussi un » défenseur à celui qui, prévenu d'un délit, ne peut s'en pourvoir » à raison de son indigence ». D'autres, comme le code neuchâtelois, n'accordent cette assistance que devant certaines juridictions, la Cour d'assises et le Tribunal Correctionnel, en raison de la présence du jury et du caractère contradictoire des débats ; devant le Tribunal de police, la nomination d'un défenseur d'office n'intervient que si le ministère public requiert une peine d'emprisonnement³¹. Enfin, d'autres lois, plus libérales³² ne requièrent qu'une condition : L'indigence du prévenu³³.

II. Dans le cas du défenseur désigné d'office parce que sa présence est obligatoire, c'est à l'inculpé de supporter les frais de son conseil. Cependant, sa position est avantageuse, car il ne fait que rembourser à l'Etat l'indemnité que celui-ci a bien voulu accorder

³⁰ ARF 63 I 209 = JDT 1938, p. 130.

³¹ CPPN art. 54/2 et 3.

³² LPPF art. 36/2 — CPPVd art. 109/1.

³³ Il est à noter que le droit français se montre très large à cet égard, du moins à en croire Henri Cap, qui écrit : « Pauvre ou riche, le prévenu a toujours » le droit d'être défendu. Le Bâtonnier ne saurait lui refuser une commission » sollicitée sous prétexte de sa notoire insolvabilité ». Cf. « La position de l'avocat devant les juridictions répressives de droit commun », p. 21.

au défenseur. Inutile de dire qu'elle est loin d'atteindre le chiffre habituel des honoraires d'un avocat. C'est ce qui fait dire au professeur Clerc : « ... la défense d'office apparaît en définitive comme » l'octroi d'un défenseur *bon marché et à crédit*. Certains prévenus » désireux de faire l'économie d'honoraires normaux pour leur » défense pourraient être tentés de se laisser désigner un défenseur » d'office dans les causes où la présence d'un défenseur est obligatoire aux débats ³⁴.

III. Le prévenu peut se trouver dans l'impossibilité de choisir lui-même un défenseur soit qu'aucun avocat n'ait accepté de le défendre, soit qu'il ne sache pas à qui s'adresser. Dans ce cas, l'autorité pourvoira d'office à la désignation d'un défenseur ³⁵.

Peu de lois ont prévu cette hypothèse. On peut citer Vand qui subordonne la désignation du défenseur d'office à l'état de détention préventive du prévenu, sans doute dans la pensée que celui-ci ne peut pas faire lui-même les démarches pour trouver un défenseur alors qu'à Genève, cette procédure n'est pas suivie dans les causes de police.

Ce n'est pas dire que les autres lois ignorent cette hypothèse ; l'on ne voit aucune raison de refuser la désignation d'un défenseur d'office à l'inculpé qui en ferait la demande. Quelquefois on tiendra compte des désirs du prévenu quant au choix de son conseil ³⁶.

³⁴ François Clerc « Le procès pénal en Suisse romande », p. 76.

³⁵ Voir par exemple : CPPN art. 55/3.

³⁶ Otto Henggeler op. cit. p. 65 et LPPF art. 36.

CHAPITRE TROISIÈME

La mise en œuvre du droit au défenseur

Pour le profane, défenseur et avocat sont synonymes. Mais il s'agit d'une confusion ¹. *Avocat* désigne celui qui professionnellement représente les intérêts de tiers en justice, *défenseur* celui qui assume la défense d'un accusé en justice. On peut donc être défenseur sans être avocat et inversement. Cette dernière affirmation nécessite un éclaircissement. Certes, l'avocat peut faire fonction de défenseur, mais à la condition de satisfaire à une triple exigence que nous nommons l'aptitude, l'absence d'incompatibilité et la confiance. Nous allons nous en expliquer :

SECTION I

La condition d'aptitude

Les législations ne sont pas uniformes dans les exigences qu'elles imposent pour la fonction de défenseur. Elles se partagent en trois systèmes.

Le premier que nous appelons le *système de la liberté absolue* permet à n'importe qui d'assumer une défense, sans se préoccuper de sa formation juridique, quitte à n'exiger que de vagues qualités morales pour la bienséance de la justice. L'idée dominante est le respect de la liberté de l'accusé, qui pourrait trouver une entrave si on lui imposait le choix d'un défenseur parmi un cercle restreint

¹ Ainsi la note de Carraud op. cit. t. II, p. 306, note 7 est incomplète lorsqu'il dit : « L'avocat s'appelle particulièrement le « défenseur » dans la procédure criminelle ».

de personnes désignées par l'autorité. Ce système fut essayé en France à la Révolution² et chacun sait que l'essai fut malheureux³. Aussi Napoléon s'empressa de rétablir la fonction d'avocat.

En Suisse, la solution « révolutionnaire » semble avoir été suivie aussi bien en matière militaire⁴, qu'en Valais jusqu'au code de 1962⁵.

Que penser de cette solution ? Pour porter un jugement équitable, il faut tenter de la justifier et il semble qu'on puisse faire valoir en sa faveur trois arguments :

Tout d'abord, nous l'avons vu, il y a la volonté très respectable de s'incliner devant le désir de l'accusé, s'agissant de celui à qui il fait confiance pour sa défense. L'état renonce à lui imposer de faire appel à un avocat, qui peut ne pas paraître assez indépendant, puisqu'il tient son autorisation de plaider de la société même qui, dans le procès, fait figure d'accusatrice. Cette préoccupation n'est certainement pas étrangère au droit militaire, d'autant plus que certains délits militaires ont parfois le caractère de « délit d'opinion ». En fait, seuls les objecteurs de conscience font usage du droit de se faire défendre par une personne choisie en dehors du barreau, ce qui est certainement agréable aux officiers juristes, commis comme défenseur d'office, et qui ne sont pas très à l'aise pour défendre une telle cause.

² Lois du 12 août et du 2 septembre 1890 art. 10 : « Les hommes de loi » ci-devant appelés avocats ne devant former ni Ordre, ni corporation n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions », voir à ce sujet Gaudry « Histoire du barreau de Paris » t. II, p. 317 et sv.

³ Ce système amena les plus déplorables résultats : « L'expérience disait » l'orateur du gouvernement lors de l'élaboration du code d'instruction criminelle avait réclamé contre la faculté illimitée donnée à l'accusé pour le choix de son défenseur. Les accusés ont le plus souvent accordé leur confiance à des hommes qui les dépouillaient au lieu de les défendre et qui, par la conduite qu'ils tenaient dans le sanctuaire de la justice, faisaient le plus grand tort à la cause même de leurs clients ». « C'est ainsi qu'un accusé notamment avait confié sa défense à un individu condamné à quatre ans de fers et avait ensuite basé un pourvoi sur ce que le tribunal criminel n'aurait pas dû admettre à sa barre un homme privé de ses droits civiques » Le Poittevin op. cit. p. 1204, § 1 ad art. 295.

⁴ OJPPM art. 107 « Le prévenu a le droit de prendre pour défenseur un militaire ou un citoyen suisse, jouissant de ses droits civiques qui n'est pas au service militaire ».

⁵ L'art. 181 CPPVs de 1848 était ainsi conçu : « L'accusé peut choisir son défenseur parmi les personnes recommandables du canton ».

En second lieu, la règle du droit militaire peut s'expliquer par des considérations tirées de la célérité de la procédure, notamment en cas de guerre, car il s'agit d'assurer la défense, même si l'on n'a pas d'avocat à disposition.

Enfin, en Valais, il semble que la question ait été envisagée sous l'angle financier, le législateur ne pouvant se résoudre à imposer le ministère d'un avocat en raison du coût élevé de ses honoraires. Ne raconte-t-on pas plaisamment, dans ce canton, que l'héritage le plus précieux d'un avocat est de recevoir une cause que son père avait reçu lui-même de l'auteur de ses jours ? A tout cela on peut répondre qu'il ne faut pas perdre de vue l'intérêt de la justice. Le tribunal voit sa tâche compliquée, si le défenseur est un profane. L'accusé court le danger de voir sa cause compromise par l'inexpérience de son conseil. Et la justice elle-même, qui ne désire qu'être éclairée, ne saurait tolérer que la cause dont elle a à connaître, soit défendue par un incompetent.

Voilà pourquoi, mettant en regard l'intérêt de l'accusé et l'intérêt de la justice, le législateur a tendance à préférer « au système de la liberté absolue », celui de la défense assurée par des techniciens, qu'on désigne communément sous le nom de *système du monopole des avocats*.

Ce système est très largement consacré en Suisse romande ⁶. A l'appui de cette solution, les auteurs du code de procédure pénale neuchâtelois s'expriment ainsi :

« Deux arguments décisifs nous ont incité à consacrer ce monopole » au profit des gens de loi : D'une part le droit pénal suisse est une

⁶ P.P.F. art. 35, alinéa 3 « Sont admis comme défenseurs les avocats qui » exercent le barreau dans un canton, ainsi que les professeurs de droit des » Universités suisses ».

Le droit neuchâtelois n'étend pas le privilège aux professeurs d'Universités, s'ils n'ont pas un brevet d'avocat, mais admet en revanche les avocats-stagiaires admis à plaider dans le canton. (Art. 58, al. 1. CPP) Fribourg (art. 22, ch. 1 CPP) admet comme défenseurs « Les avocats et les licenciés ayant le droit de » pratiquer dans le canton » — L'article 108 du code de procédure pénale vaudois consacre le même principe que le droit neuchâtelois. Toutefois ce canton connaît une disposition transitoire qui maintient comme défenseurs ceux qui avaient cette qualité sous l'empire de l'ancien code sans remplir les conditions imposées par le nouveau droit. L'article 535, al. 1 dit : « Le Tribunal Cantonal » peut autoriser une fois pour toutes d'intervenir devant les tribunaux pénaux » comme défenseurs choisis, les personnes qui ne sont ni avocates, ni licenciées » en droit stagiaire, mais qui ont plaidé habituellement en matière pénale devant » les tribunaux du canton, depuis au moins 10 ans avant l'entrée en vigueur du » présent code ».

» discipline difficile et compliquée, dont l'intelligence est impossible
» pour qui n'a pas fréquenté une faculté de droit ; l'intérêt des
» prévenus commande qu'ils soient correctement et juridiquement
» défendus. En second lieu, il nous paraît juste de reconnaître
» certains droits à ceux qui ont dépensé des sommes considérables
» à l'étude du droit et à la préparation de la carrière d'avocat qui
» est un gagne-pain »⁷.

Mais on peut envisager un système intermédiaire entre les deux précédents que nous appelons *le système mixte*, consacré en France⁸, et en Allemagne⁹. En principe la défense appartient aux avocats¹⁰, avec la faculté pour le prévenu de choisir pour défenseur une autre personne¹¹, agréée par le Président de la juridiction de jugement.

Historiquement, ce système a pour origine, en France, la crainte qui s'était manifestée du fait « qu'il s'était formé à Paris une association de misérables qui dupaient les accusés et trompaient la justice »¹². Pour y parer on envisagea d'épargner de gros frais à l'accusé en lui permettant de choisir son défenseur parmi ses parents et amis.

Ce système présente pour l'accusé un grand avantage sur le plan financier tout en lui laissant le choix de son défenseur. L'assistance judiciaire ne le permet pas, puisque le défenseur d'office est en

⁷ Bulletin du Grand Conseil Neuchâtelois, vol. 110, p. 54, Rapport de la commission spéciale.

⁸ Art. 275 CPPF : « Le Conseil ne peut être choisi ou désigné que parmi » les avocats inscrits à un barreau ou parmi les avoués admis à plaider devant » le Tribunal siège de la Cour d'assises. Toutefois à titre exceptionnel, le » Président peut autoriser l'accusé à prendre pour conseil un de ses parents ou » amis ».

⁹ 138 StPO « I. Zu Verteidigern können die bei einem deutschen Gericht » zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehre an deutschen Hochschulen » gewählt werden ». « II. Andere Personen können nur mit Genehmigung des » Gerichts... als Wahlverteidiger zugelassen werden ».

¹⁰ Le droit français admet en outre les avoués et le droit allemand, les professeurs de droit des Universités en raison de leurs connaissances juridiques.

¹¹ Alors que la StPO emploie bien le terme de « andere Personen » le CPPF parle « des parents ou amis ». Il n'y a cependant aucune différence ; « Que par ces mots, parents ou amis » il faut entendre toute personne « qui » n'est pas portée sur le tableau des avocats ou avoués et en qui l'accusé place » sa confiance. Il n'est point nécessaire que des liens d'amitié rattachent antérieurement cette personne à l'accusé ; la demande qu'il en fait comme conseil » est un titre suffisant ». Faustin-Hélie op. cit. vol. 8, p. 509.

¹² Faustin-Hélie op. cit. p. 508.

définitive désigné par l'autorité. Et si l'Etat assume les frais de la défense, il ne le fera que pour les indigents, tandis qu'un ami assumera souvent une défense sans parler d'honoraires, même à qui aurait le moyen de les payer. Mais nous retrouvons les inconvénients signalés à propos du premier système. On ouvre le prétoire à des esprits bien intentionnés, mais souvent sans expérience. D'ailleurs ce privilège n'est que rarement invoqué. La seule question qui se pose est la nature du pouvoir conféré aux juges. La doctrine enseigne que ce pouvoir est soustrait au contrôle de la Cour de Cassation¹³. Toutefois si le juge n'a pas à motiver sa décision¹⁴, il ne peut écarter la personne choisie que pour de justes motifs. Le Président ne doit considérer que l'intérêt de l'accusé et le refus n'est justifié 1° que si cet intérêt est réellement compromis, 2° que si les personnes proposées sont suspectes d'immoralité, 3° que si l'ordre de l'audience pourrait être troublé^{15 / 16}.

SECTION II

Les incompatibilités

Quel que soit le système envisagé, pour être défenseur, il faut encore ne pas se trouver dans une situation qui rend la personne inhabile à défendre. Les législations sont généralement muettes sur ce point, que soulèvent pourtant les principes généraux du droit et la conception même du rôle du défenseur.

De l'indépendance du défenseur à l'égard de la Justice, auquel principe le défenseur est soumis, il découle que celui-ci ne saurait

¹³ Le Poittevin op. cit. p. 1206 ad art. 295, § 4, no 22 — Faustin-Hélie op. cit. p. 509 — Jurisprudence Dalloz 51.1.258 — En droit allemand, selon Schwarz, l'appréciation constituant un acte arbitraire peut faire l'objet d'un recours op. cit. ad, § 138, p. 188, lit. B.

¹⁴ Dalke op. cit. p. 1254, no 4, ad § 138.

¹⁵ Faustin-Hélie op. cit. p. 509. Faustin-Hélie et Joseph Depeiges op. cit. p. 579 ad art. 295.

¹⁶ « Einen Ermessenmissbrauch kann die Ablehnung der Zulassung bedeuten, » wenn die Person, die der Beschuldigte zu seiner Verteidigung wählt, vertrauen » würdig ist und im besonderen Masse die Befähigung hier zu besitzt ». Schwarz op. cit. p. 188, litt. B ad § 138.

faire partie du Tribunal, comme juge ou juré dans une cause qu'il vient de plaider ou dont il s'est occupé auparavant. Cela est indiscutable et indiscuté. (Cf. notamment article 3 OJF).

Du principe d'indépendance vis-à-vis de tout ce qui touche le procès, du principe de partialité qui oblige le défenseur à prendre fait et cause pour son client, il résulte que le défenseur ne saurait avoir un intérêt quelconque dans le procès, être dans un rapport étroit d'amitié ou de parenté avec une personne participant à la procédure¹⁷, à l'exception de son client, et remplir aucun autre rôle dans le procès. S'agissant des deux premières causes d'incompatibilité, elles sont relatives, en ce sens qu'il y aura ou non incompatibilité selon le degré d'intensité de l'intérêt ou du rapport d'amitié ou de parenté. La question doit être résolue dans chaque cas particulier. Il en est autrement avec la troisième cause d'incompatibilité, celle résultant de la simultanéité de fonctions, dans le même procès, elle est absolue, quoiqu'encore certains cas soient vivement discutés :

EXAMINONS DIVERS CAS D'INCOMPATIBILITÉ : Nul ne conteste l'incompatibilité entre les fonctions de défenseur, d'une part, et, d'autre part, d'accusateur, partie civile ou son conseil, lésé direct ou indirect, plaignant ou son conseil, tiers responsable, conseil d'un coaccusé aux intérêts divergents. De même, l'accusé qui a les qualités requises pour défendre en justice, ne pourrait exercer dans sa propre cause les prérogatives du défenseur¹⁸. La même incompatibilité frappe l'expert. Celui-ci est tenu à une objectivité qui ne serait pas de mise pour un défenseur. La question n'est d'ailleurs même pas soulevée en doctrine. Il est au surplus toujours possible de trouver un expert en dehors des défenseurs en la cause.

Beaucoup plus complexe est la question de l'incompatibilité entre le rôle de défenseur et celui de témoin. Comme nous venons de le voir, le défenseur doit jouir d'une pleine indépendance. Dès

¹⁷ L'art. 32 ch. 8 de la loi sur la procédure pénale du canton de Berne fait une cause d'incompatibilité du Juge lorsque celui-ci est parent ou allié en ligne directe ou en ligne collatérale (2^e degré) avec le défenseur.

¹⁸ Dalke est de l'avis que, si l'on se trouve en présence d'un cas où la défense est obligatoire, l'accusé, même s'il est avocat, doit être assisté d'un défenseur. D'où l'on déduit que l'avocat accusé ne peut pas acquérir les droits et obligations du défenseur et ne peut donc fonctionner comme tel dans sa propre cause. Cf. op. cit. p. 1255 ad § 140, no 1 — Kern op. cit. p. 77 admet expressément que l'accusé, même s'il est avocat, ne saurait avoir la jouissance et l'exercice des droits du défenseur.

lors si le défenseur doit être entendu comme témoin, il ne peut ni critiquer, ni apprécier sa propre déposition, privant ainsi la défense d'un moyen d'action important. Une telle atteinte est inadmissible¹⁹. Témoin à décharge, le défenseur sera toujours suspect de partialité. Témoin à charge, le défenseur perd la confiance de son client, et agit d'ailleurs contre l'éthique professionnelle.

A cela, il faut ajouter que le défenseur sera absent des débats, c'est-à-dire qu'il ne pourra pas assumer la défense tant qu'il n'a pas été entendu²⁰. Il peut certes se faire suppléer à la barre, mais la défense en sera affaiblie. Nous sommes dès lors devant un dilemme. Si l'on admet une incompatibilité, générale ou dans tel cas particulier, faut-il interdire au défenseur d'être témoin, ou au témoin d'être défenseur ? La première solution conduit à étendre de façon illimitée le choix de défenseur, sans se soucier de savoir si celui-ci figure parmi les témoins. C'est même aller plus loin, et reconnaître le droit de choisir pour défenseur justement ce témoin, qui est particulièrement gênant pour l'accusé ; c'est dès lors soustraire à l'accusation ses moyens de preuves²¹. La seconde solution est d'interdire au témoin d'assumer une défense. Or, c'est retirer à l'intéressé le droit de choisir telle personne déterminée pour assumer sa défense, et ce serait autoriser, au moins théoriquement l'accusation à « neutraliser » tel ou tel défenseur particulièrement habile²².

COMMENT RÉSOUDRE CE PROBLÈME ? Préalablement, écartons la théorie selon laquelle le défenseur constitué ne peut plus faire office de témoin (en accord avec le Tribunal d'Empire)²³, pour le motif qu'on ne peut pas remplacer un témoin par un autre, la substitution d'un défenseur à un autre n'offrant aucune

¹⁹ Le Reichsgericht a consacré ce point de vue dans l'arrêt E.R.G. 24 p. 104.

²⁰ Cf. E.R.G. 24 p. 104.

²¹ Nulle part nous n'avons rencontré un auteur qui soutenait cette théorie.

²² C'est la solution de Dalke, lorsqu'il dit : « Ein Rechtsanwalt, der Zeuge ist, kann nicht gewählt werden. Jedoch kann der Verteidiger in Hauptverhandlung als Zeuge vernommen werden ». Op. cit. p. 1254, chiffre ad § 138.

²³ E.R.G.Str. t. 55, p. 219. Aus der Möglichkeit, den gewählten Verteidiger durch einen anderen Wahlverteidiger, andererseits aber der Unmöglichkeit einen Zeugen durch einen anderen Zeugen zu ersetzen, ergibt sich, dass in einem Fall wo dieselbe Person in einer Hauptverhandlung Zeuge und Verteidiger sein soll, die Vorschriften über den Zeugenbeweis... den Vorrang haben müssen.

difficulté. De sorte que l'inculpé, en choisissant un défenseur parmi les témoins, n'empêche pas la déposition de celui-ci.

D'ailleurs, les deux opinions extrêmes sont soutenues en doctrine. La première²⁴ admet sans restriction le cumul des fonctions de défenseur et de témoin, l'accusé étant même admis à constituer défenseur parmi les témoins. D'autres auteurs²⁵ estiment qu'il y a incompatibilité absolue. Mais entre ces deux pôles, il y a place pour un compromis : d'aucuns²⁶ ont cherché à résoudre le problème en distinguant selon qu'il s'agit d'un témoin à charge ou à décharge, écrit Von Hippel²⁷. Cet auteur admet même que le défenseur demeure à la barre pendant la déposition des autres témoins, la raison d'interroger les témoins hors la présence les uns des autres, résidant dans la volonté d'éviter la suggestivité chez les témoins, fait défaut ici, le défenseur connaissant tous les détails du procès. En outre, cette seule règle de procédure ne saurait faire échec aux

²⁴ Elle est représentée par Gerland op. cit. p. 145 B ad § 49. En France cette solution semble être admise par Faustin-Hélie et Joseph Depeiges op. cit. première partie, p. 378. Dans le « Code d'instruction criminelle annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine », on peut lire ad art. 294, no 60 à 63 : « Jugé, dans le sens de l'affirmative, que lorsque le défenseur choisi par » l'accusé est appelé à déposer comme témoin, il y a lieu, à peine de nullité, de » pourvoir à son remplacement pendant tout le temps de son audition ». « Cette » doctrine serait trop rigoureuse si on l'appliquait d'une manière absolue. »

« Car il est essentiel, mais il suffit, que l'accusé soit défendu : or, on ne » saurait assimiler une imperceptible lacune dans la défense à l'absence totale » ou partielle, de la défense elle-même. »

« Et il n'y a point de nullité encourue par suite de l'absence du conseil à » un moment quelconque des débats, si la défense ne s'est nullement trouvée » compromise. »

²⁵ Cf. Spahlinger : « die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts im Strafprozess » dans la « Juristische Wochenschrift » 36^e année 1934, vol. 2, p. 1317 (1320), et Vargha : « die Verteidigung in Strafsachen » p. 315, no 199 et Kern op. cit. p. 77 qui déclare expressément « Verteidiger kann auch nicht sein, wer als Zeuge » gebraucht wird : die Zeugepflicht geht vor, weil das Zeugnis in gegensatz zur » Verteidigung nicht vertretbar ist, und zwar ist die Zeugepflicht mit der » Verteidigungsaufgabe aus des Grunde nicht vereinbar, weil der Verteidiger » ja die Aussagen des Zeugen werten muss ; das geht nicht bloss für die not- » wendige Verteidigung ».

²⁶ Von Hippel op. cit. p. 303.

²⁷ Von Hippel op. cit. p. 303. « Denn beide Tätigkeiten widersprechen sich » hier nicht, sondern entsprechen sachlich der Aufgabe des Verteidigers, alles » Entlastende zugunsten des Angeklagten vorzubringen ».

droits essentiels de la défense, en particulier à la présence du conseil²⁸.

En revanche, s'il devait être témoin à charge, il devrait abandonner la défense. Ce compromis n'est pas entièrement satisfaisant, car le défenseur témoin à décharge sera toujours suspect de partialité, et il devient difficile sinon impossible à ce même défenseur de « valoriser » dans sa défense sa propre déposition²⁹. Mais que le défenseur doive abandonner la défense, s'il est en même temps témoin à charge, nous semble évident.

Le Tribunal d'Empire s'est occupé de la question dans plusieurs arrêts. Il propose une solution de sagesse³⁰. Après examen des motifs en faveur et contre l'incompatibilité, il admet³¹ l'impossibilité de donner une solution unique, le problème devant être résolu dans chaque cas particulier, le juge étant habile à statuer sur cette

²⁸ Von Hippel op. cit. p. 303. « Im Gegensatz zu sonstigen Zeugen (S.P.O. » § 58, Abt. 1.) behält der Verteidiger auch hier das Recht zu Anwesenheit bei » der ganzen Hauptverhandlung insbesondere bei allen Zeugenvernehmungen. » Denn zeitweilige Entfernung würde eine gesetzmässige Führung des Verteidigung, d.h. auf Grund des Gesamtergebnisses der Hauptverhandlung, unmöglich machen ». Et en note, il précise : « Die Vorschriften über Zeugenbeweis » wollen Beeinflussung der Zeugen durch andere Aussagen verhindern. Der » Verteidiger aber weiss selbst Bescheid. Und aus Sorge von Misshräuchen darf » man nicht sachlich notwendige Rechte der Verteidigung ausschliessen ».

²⁹ C'est ce que dit pertinemment Kern op. cit. p. 77.

³⁰ E.R.G. t. 24, p. 104 — t. 24, p. 296 — t. 55, p. 219 — t. 59, p. 353.

³¹ Dans l'arrêt E.R.G. 24 p. 104, le Tribunal d'Empire a exposé le problème tel qu'il se présente, avec une telle clarté, que nous pensons bien faire en reproduisant ici de larges extraits :

« Die Zeugepflicht ist eine öffentliche Pflicht ; wer als Zeuge dieser Pflicht » vor Gericht zu genügen hat, tritt damit unter den Zwang und die Botmässigkeit des Gerichtes, dessen Verfügungen und Anordnungen er in weitestem » Umfang Gehorsam schuldig ist. Das Gericht bestimmt, wann und in welcher » Ordnung er zu vernehmen, ob und wie er zu heidigen sei, worüber er Auskunft zu geben, welche Frage ihm vorzulegen und von ihm zu beantworten, » mit welchen anderen Auskunftspersonen er zu konfrontieren sei u. s. w. Auch » erschöpft sich dieser Gerichtszwang keineswegs mit dem Momente, in welchem » des Zeuge einmal abgehört worden ist. Verordnet das Gericht nicht die » Entlassung der Zeuge, so verheibt er auch nach seiner Vernehmung unverändert zu Verfügung des Gerichtes und unter dem Zeugenzwange. Er kann » in jedem Augenblicke von neuem vorgerufen, zu erneuter Auskunft, Besichtigung oder Vervollständigung seiner früheren Auslassung veranlasst werden. » Diese unbedingte Verfügungsgewalt des Gerichtes über den Zeugen darf dem » Gerichte nicht durch die Willkür des Angeklagten genommen werden. Der » Angeklagte hat wohl ein Recht, verteidigt zu werden, er hat keinerlei Anspruch » darauf, dass gerade diese bestimmte Person ihm verteidige. Auf eine willkür-

incompatibilité, en évitant autant que possible le cumul de ces deux fonctions dans la même personne, en raison du conflit d'intérêts, qu'on peut admettre si le témoignage est d'importance mineure. Dans le cas du cumul admissible des deux fonctions, il faudrait désigner un défenseur remplaçant, durant l'absence du défenseur-témoin. Il va de soi que la fonction de témoin l'emporte sur celle de défenseur, de sorte que l'accusé doit se choisir un autre défenseur, s'il y a incompatibilité, de sorte que la loi ne reconnaît pas à l'inculpé le droit à tel défenseur déterminé, mais à un défenseur. Le Tribunal d'Empire, tout en inclinant pour une incompatibilité de fonction, n'a pas voulu la consacrer de façon absolue, pour éviter que l'accusation, en citant le défenseur comme témoin, n'enlève à l'accusé un défenseur dangereux pour l'accusation.

Cette jurisprudence a été approuvée par une partie de la doctrine³². Certains auteurs³³ voudraient cependant abandonner le soin de décider de l'opportunité du cumul de ces deux fonctions à l'accusé lui-même et à son conseil. Il est gênant en effet d'attribuer

»liche Aufhebung, der mit dem Zeugniszwange verknüpften Pflichten und
 »Ordnungen, würde es aber hinauslaufen, wollte man dem Angeklagten die
 »Befugnis einräumen, einem Zeugen die Verteidigergerechtsame zu übertragen.
 »Denn im übrigen springt die der Regel nach vorhandene prozessuale Unver-
 »träglichkeit der beiden Funktionen auf jeder Seite der Strafprozessordnung
 »in die Augen. Es ist nicht abzusehen, wie ein Zeuge, welcher in gemässheit
 »der par. 58 flg. 242 flg. S.P.O. zur thunlichsten Erhaltung seiner Unbefangen-
 »heit in Unkenntnis alles dessen erhalten worden ist, was Eröffnungsbeschluss
 »und des Angeklagten Auslassung, was die anderweiten Zeugen und Auskunfts-
 »personen an Belastigungsmaterial erbracht haben, noch seiner Aufgabe genügen
 »soll, als Verteidiger die Ergebnisse dieser Hauptverhandlung zu Gunsten des
 »Angeklagten zu verwerten. Noch weniger ist zu verstehen, wie man sich die
 »Haltung eines solchen Verteidigers seiner eigenen, vielleicht den Angeklagten
 »wesentlich belastenden Zeugenaussage gegenüber zu denken hat. Gerade die
 »meisten und wichtigsten Gerechtsame des Verteidigers in Beeinflussung der
 »Beweisaufnahme durch Stellung von Beweisenträgen, selbständige Befragung
 »der Zeuge, Sachverständigen u. s. w. versagen in Fällen, in welche, wie hier
 »geschehen, der Verteidiger während der gesamten Beweiserhebung vom
 »Gerichtsaal entfernt in das Zeugenzimmer gabannt war. Statt einer wirklichen
 »Verteidigung würde solchenfalls um der Schein einer solchen übrig bleiben,
 »in gleicher Weise den wahren Interessen des Angeklagten wie der Würde des
 »Gerichtes und den guten Sitten widersprechend».

³² Löwe — Rosenberg op. cit. p. 651 — Dalke op. cit. p. 1208.

³³ Scanzoni «Kann das Gericht den Verteidiger ausschliessen?» «Juristische Wochenschrift» 1932, vol. 3, p. 3583 (3587). L'auteur considère que là où la défense n'est pas obligatoire, il appartient au défenseur, avec le consentement de son client, de voir dans quelle mesure il peut encore assumer la défense.

au juge le droit de récuser le défenseur, motif pris que, appelé comme témoin, il ne saurait assumer une défense efficace et utile. Ce pouvoir discrétionnaire pourrait donner lieu à des abus, notamment dans les procès politiques, où il serait trop facile au Tribunal d'éliminer tel défenseur, suspect de soutenir avec trop de conviction la cause de l'accusé. Inversement, laisser à la seule appréciation de l'accusé le soin de choisir un autre défenseur, si celui-ci est appelé à témoigner, n'offre pas de garantie suffisante pour une défense efficace : le conseil, désireux de conserver son mandat, persuadera le prévenu qu'il n'y a rien à perdre et tout à gagner. Le problème est donc inextricable.

S'il faut nous prononcer, nous dirons notre embarras en présence de tant de solutions également valables. De *lege lata*, nous inclinons pour la solution du Tribunal d'Empire, faisant confiance au Juge. De *lege ferenda*, nous proposerions l'incompatibilité absolue, avec une exception pour le cas où la déposition du défenseur n'apporterait rien d'essentiel pour le procès, ce qui est le cas du témoignage de moralité. La question de l'incompatibilité serait tranchée par une autorité autre que la Juridiction de jugement, par exemple, par la Chambre d'accusation, là où elle existe.

Cette solution, si elle apparaît par trop rigide, aurait au moins l'avantage d'éviter l'arbitraire, et de sauvegarder les intérêts de l'inculpé et de la justice en évitant sans détour tout conflit d'intérêts.

SECTION III

La défense d'office

Si nous avons examiné plus haut le droit qu'a tout inculpé de se voir désigner un défenseur d'office, en certaines circonstances, il y a lieu d'analyser dans le cadre du présent chapitre, qui peut être défenseur d'office et comment est organisée cette défense. Sur le premier point, différents systèmes ont été envisagés :

a) *Le défenseur fonctionnaire* ³⁴ : L'introduction de l'action

³⁴ C'est le système lucernois. Le défenseur officiel était chargé de toutes les causes (environ 160 par an). On se propose de l'abandonner au profit du système adopté à St-Gall : désignation par le Conseil d'Etat d'un certain nombre d'avocats parmi lesquels le prévenu pourrait choisir son défenseur d'office. Cf. François Clerc *Revue pénale suisse* 1964, p. 423 et suivantes.

publique appelait la création d'un organe chargé de l'exercice de la poursuite, qui a le caractère d'une fonction publique. En bonne logique, ne fallait-il pas également ériger en fonction publique, la défense que le droit impose³⁵, accorde³⁶, facilite³⁷ et rétribue³⁸ ?

A vrai dire, cette solution présente moins d'avantages que d'inconvénients. Le défenseur officiel acquerrait vite une certaine dextérité. Il serait souvent mieux à même qu'un défenseur occasionnel de donner la réplique au Ministère public. Mais quelle confiance pourrait exister entre l'inculpé et ce fonctionnaire qu'on lui impose comme défenseur³⁹. D'autre part la défense est, par essence, un mouvement spontané, une réaction à l'attaque. Ne va-t-elle pas perdre peu à peu cette spontanéité, si elle est présentée toujours par la même personne ? Le défenseur plaidera toutes les causes de façon à peu près identique — comme l'écrivain a son style, l'avocat a sa manière de plaider — Ce qui ne manquera pas de lasser le Juge et de ne plus attirer suffisamment son attention.

Enfin, ce défenseur apparaîtra comme un fonctionnaire, qui a pour mission de toujours contredire l'accusation, non par conviction, mais par devoir. La défense s'en trouvera affaiblie, et on pourrait redouter que ce défenseur devenu fonctionnaire, indifférent au gain ou au prestige acquis par de brillantes plaidoiries, mette moins de conviction dans ses défenses. C'est l'avis de Thormann⁴⁰, peut-être excessif dans son appréciation du zèle des fonctionnaires.

Ce système du défenseur officiel éliminé, le législateur n'a que deux solutions : celle du droit français, fondée sur la rançon du monopole du barreau, qui abandonne à celui-ci le soin d'assurer la défense des économiquement faibles, l'avocat désigné par le bâtonnier n'étant pas rétribué pour ce service ; et celle du droit allemand fondée sur l'idée que l'assistance étant une tâche de l'Etat, celui-ci a l'obligation de rétribuer l'avocat d'office.

³⁵ C'est le cas du défenseur obligatoire.

³⁶ C'est l'assistance judiciaire gratuite, devoir premier de l'Etat.

³⁷ C'est la désignation d'un défenseur par l'Etat à la requête de l'inculpé.

³⁸ Cf. Thormann : « Ueber die Amtliche Verteidigung » Z.B.J.V. 1904, t. 40, fasc. 5, p. 257 et p. 317. L'auteur défend le principe d'un défenseur officiel à propos du projet bernois sur l'organisation judiciaire de 1903 qui instaurait le principe. Par ce moyen, on devait avant tout faciliter l'introduction du défenseur dans le cabinet du Juge d'instruction ; on pensait qu'il y avait moins à craindre d'un défenseur officiel que d'un avocat.

³⁹ La question est soulevée par Thormann, qui, pour cela, conseille à ce futur défenseur de veiller à détruire cette présomption qui lui est défavorable.

⁴⁰ Thormann op. cit. p. 327.

En Suisse, c'est la solution allemande qui prévaut, en général.

b) *La désignation du défenseur d'office* : Nous le savons, en France, la défense des indigents incombe aux avocats inscrits au tableau. Le magistrat qui commet dans les autres cas une défense d'office, ne peut en principe porter son choix que sur les membres du barreau⁴¹. Le système allemand consacre aussi le monopole des avocats avec quelques exceptions cependant⁴². C'est aussi le système généralement adopté chez nous.

En résumé, c'est la seule solution⁴³, si l'on ne fait pas de la défense d'office une fonction publique permanente. Cela constitue à l'évidence une lourde tâche pour le barreau, pas ou mal rétribuée.

Dès l'instant où l'on fait appel au barreau, il se pose aussitôt la question des *incompatibilités*. Elles sont les mêmes que celles que nous avons étudiées à propos du défenseur. Toutefois, le droit militaire interdit aux officiers de la justice militaire de remplir une défense d'office (Cf. Règlement de service de la justice militaire), encore que la règle puisse comporter des exceptions.

En revanche, dès l'instant où l'on impose une obligation à des particuliers, il faut prévoir des cas de dispenses. Elles procèdent de différentes considérations.

Par exemple, on peut dispenser ceux qui ont rempli cette obligation depuis bien des années, ce qui ne signifie pas qu'ils soient inaptes à remplir cette mission. C'est dans ce sens qu'il faut entendre le Code neuchâtelois, instituant un cas de dispense en faveur des avocats de plus de 60 ans.

L'examen de ces dispenses nous montre qu'elles ne sont instituées qu'en considération du défenseur. Le droit neuchâtelois prend même soin de ne pas abuser du même défenseur, en instituant une rotation, les avocats étant appelés à défendre d'office à tour de rôle⁴⁴.

Le système est sans doute excellent, mais on ne peut se défendre de penser que la désignation du défenseur d'office est en définitive pour l'accusé, une loterie, qui peut le gratifier aussi bien d'un

⁴¹ Art. 275 C.P.P.

⁴² § 142/2 StPO.

⁴³ Art. 126 OJPPM : « Tout officier de la division à laquelle appartient » le Tribunal est tenu, s'il est juriste d'accepter la défense sur l'ordre du Grand » Juge ». Ce texte s'explique pour des raisons pratiques, en raison du fait que la Justice Militaire n'est ni permanente, ni sédentaire.

⁴⁴ Cf. Art. 55 CPPN.

avocat qui n'entend rien au droit pénal, que d'un défenseur pour lequel il n'éprouve aucune sympathie.

Est-il heureux de désigner le défenseur d'office en considérant la charge imposée à l'avocat, en négligeant l'intérêt du prévenu ?

En France, on a résolu la question de façon très différente : Le bâtonnier désigne le défenseur librement, en choisissant l'avocat le plus qualifié pour la cause. C'est ainsi qu'on confiera une cause délicate à un avocat chevronné.

Mais on peut encore envisager une autre formule : comme il doit exister un rapport de confiance entre le défenseur et l'accusé, on peut procéder à la désignation du défenseur d'office en tenant compte des vœux du prévenu. C'est la formule très heureuse à laquelle recourt la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934⁴⁵.

Supposons le défenseur d'office désigné : est-il tenu de défendre la cause lui-même, ou peut-il en confier le soin à l'un de ses collaborateurs ? Seule la doctrine allemande⁴⁶ s'est penchée sur le problème⁴⁷ et admet la substitution avec le consentement exprès ou tacite du Tribunal. Le défenseur substitué devient alors défenseur co-désigné mais seul le défenseur désigné a droit à l'indemnité payée par l'Etat.

Un cas pratique s'est présenté, il y a quelques années, aux Juges neuchâtelois, lesquels ont donné expressément leur accord au changement dans la personne du défenseur d'office, cela dans l'intérêt de l'inculpé dont le premier défenseur désigné ne pouvait épouser la cause.

Autre est la question de savoir si le défenseur désigné peut, non pas se substituer, mais s'adjoindre un confrère ? La négative semble s'imposer, car pour que le substitué jouisse des prérogatives du défenseur, il faut qu'il ait été investi de cette fonction. Or il ne l'a pas été par l'autorité. Il pourrait l'être par l'inculpé lui-même, mais

⁴⁵ Art. 36 de la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 : « Lorsque l'inculpé est incarcéré ou ne peut se défendre lui-même à cause de son jeune âge, de son inexpérience ou pour d'autres raisons, le Juge lui désigne un défenseur, en tenant compte de ses vœux dans la mesure du possible, à moins que l'inculpé n'en choisisse un lui-même ».

⁴⁶ Otto Schwarz *op. cit.*, p. 171, note 2, ad § 142 — Dalke *op. cit.* p. 1258 ad — § 142 ch. 3 — Löwe-Rosenberg *op. cit.* p. 670, lit. b — Nothmann : *Juristische Wochenschrift* 1933, 62 I, p. 1087.

⁴⁷ Du côté français, seul Henri Cap évoque la question en la résolvant par la négative. Il appuie son affirmation sur Cresson. Voir Henri Cap, *op. cit.* p. 26.

du moment où ce dernier se pourvoit d'un défenseur, la désignation d'office doit être annulée. C'est du moins l'avis de la doctrine⁴⁸, qui a pour elle la logique : la défense d'office n'a été instituée que pour parer à la carence d'un défenseur. Or dès que cette condition ne se trouve plus réalisée, la désignation doit être révoquée. Il n'y a ainsi pas place au prétoire pour deux défenseurs, l'un choisi par l'inculpé, l'autre désigné par l'autorité. Il faut bien entendu réserver le cas où l'avocat adjoint ne serait qu'un auxiliaire sans le statut de défenseur, ainsi, le stagiaire qui assisterait son patron au cours du procès. Cependant aucun des droits qui compètent au défenseur ne lui seraient reconnus, sous réserve de ce qui a été dit plus haut.

SECTION IV

Désignation du défenseur et durée du mandat

1. LA DÉSIGNATION DU DÉFENSEUR LIBREMENT CHOISI :
Comme en Allemagne⁴⁹, la plupart de nos lois autorisent le prévenu à se pourvoir d'un défenseur « en tout état de cause »⁵⁰. Cela signifie que le prévenu peut prendre un défenseur quel que soit le stade de la procédure, la nature de l'infraction ou la juridiction saisie. Cela ne signifie pas que le défenseur puisse intervenir dans la procédure. Il faut distinguer la désignation du défenseur et son entrée en action. Le droit français a préféré une solution plus simple. Aussitôt désigné, le défenseur peut intervenir. Lors de sa première comparution devant le Juge d'instruction, l'inculpé a le droit de se pourvoir d'un conseil, qui peut aussitôt intervenir au procès⁵¹.

⁴⁸ Otto Schwarz op. cit. ad § 143 ch. 1, p. 171 : « La désignation est retirée » si un défenseur a été choisi par l'accusé. Cependant, elle est maintenue au cas où le défenseur choisi n'aurait pas reçu l'assentiment du Président (au cas de personnes non avocats) ou si le défenseur choisi n'appartient pas au groupe de personnes qui peuvent assumer une défense d'office. Dans ce cas les deux défenseurs fonctionnent ». Voir aussi E.R.G. t. 29, p. 11 et 14.

⁴⁹ StPO § 137 « Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen ».

⁵⁰ Art. 53 CPPN — 35 LPPF — 22 CPPFr — 49/2 CPPVs. Là où les lois sont muettes, il faut admettre que ce droit est reconnu tacitement puisqu'il n'implique pas encore l'intervention du défenseur en procédure.

⁵¹ Code de Procédure Pénale du 31 décembre 1957, art. 114.

2. LA DÉSIGNATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE : En ce qui concerne le défenseur d'office, le droit français n'a pas adopté un régime différent, alors que nos codes de procédure, qui suivent le modèle allemand, prévoient un traitement différentiel. La plupart d'entre eux prescrivent que le défenseur d'office « pourra » être désigné déjà pendant l'enquête⁵². La question est remise à l'appréciation du Juge d'instruction. Est-ce admissible dans l'état actuel de nos mœurs ? C'est injuste pour l'économiquement faible. Mais le magistrat instructeur peut d'ailleurs pratiquement exclure le défenseur librement choisi par la mise au secret du prévenu, le refus de communiquer le dossier, le refus d'admettre le défenseur aux opérations d'enquête, etc.⁵³. En définitive, la désignation du défenseur avant la clôture de l'instruction préparatoire, et l'activité du conseil durant cette phase du procès est abandonnée à la volonté du magistrat. C'est le résultat de notre système mixte.

3. LE TEMPS DE CETTE DÉSIGNATION D'OFFICE : Lorsque la défense est obligatoire, la désignation doit se faire dès que les conditions sont réalisées. Dans les autres cas, dans lesquels la défense est facultative ou abandonnée à l'appréciation du Juge, la question se pose de savoir si le droit au défenseur d'office peut s'exercer dans toutes les phases de la procédure.

La désignation par l'Autorité peut intervenir en tout temps, à moins que la loi fixe des délais, en dehors desquels le prévenu ne peut plus se prévaloir du droit à l'assistance d'office. Mais là encore, il s'agit de délais d'ordre qui ne peuvent pas faire échec à un droit aussi essentiel que celui de défense. C'est pourquoi, même ces délais écoulés, le prévenu est habilité à demander un conseil d'office s'il prouve qu'il a été sans sa faute, empêché de les respecter. Il en sera ainsi, au cas où le défenseur choisi viendrait à faire défaut en cours de procédure⁵⁴.

⁵² StPO § 141 — CPPN 55/3 (si la nomination paraît opportune au cours de l'instruction) — OJPPM 107/2 — CPPVd 109/5 — LPPF 37/1 — Le Code fribourgeois n'est pas très explicite. Quant au Code valaisan, consacrant le principe inquisitoire, il n'évoque même pas la question.

⁵³ Voir en particulier les art. 129 à 133 CPPN.

⁵⁴ La loi allemande fixe un délai (§ 140/3) pour la demande d'assistance d'office. Au cas où l'inculpé n'a pas fait usage de ce droit, en temps utile, il est forclos. En revanche, si le défenseur vient à manquer, il peut être remplacé par un défenseur d'office, sur demande de l'inculpé, et cela dans un délai légal qui part du moment où il a eu connaissance du défaut de son défenseur. Voir Dalke op. cit. ad § 140, p. 1257 lit. d, chiffre 15 et E.R.G. t. 67, p. 3 et t. 73, p. 48.

Lorsqu'aucun délai n'a été fixé par la loi, va-t-on admettre la possibilité de demander en tout temps la désignation d'un défenseur d'office ? La logique nous incite à répondre par l'affirmative : Le prévenu ayant le droit de se pourvoir d'un défenseur en tout état de cause, on ne voit pas quels motifs empêcheraient la désignation également en tout état de cause ; pourquoi l'indigent, ou celui qui ne peut pas pour un autre motif se désigner lui-même un conseil, se verrait-il refuser ce droit ? Le Code vaudois contient une disposition qui semble nous donner raison lorsqu'il dit : « Le Président » peut d'ailleurs jusqu'à la clôture des débats, désigner un défenseur » d'office à l'inculpé, même contre le gré de ce dernier »⁵⁵.

4. LA DURÉE DU MANDAT : Quant à la durée du mandat, la question n'est résolue par aucun texte. Si le mandat est donné par le prévenu lui-même, le problème n'offre pas de difficultés et doit être résolu à la lumière du droit des obligations. Il en va autrement pour le défenseur d'office, au moins pour certains actes de procédure⁵⁶. La désignation reste valable pour la procédure devant les autorités de recours, tant que le jugement n'a pas acquis force de chose jugée⁵⁷, mais non point pour les procédures en révision⁵⁸ ou en réhabilitation. Le législateur neuchâtelois l'a bien compris, car il prévoit spécialement la désignation d'un défenseur d'office pour l'instance en réhabilitation et en révision⁵⁹.

Si, en principe, le mandat prend fin par l'entrée en force du jugement, il peut aussi être limité par décision de l'Autorité, notamment lorsque la désignation n'est faite que pour une phase de la

⁵⁵ Art. 109/5 CPPVd.

⁵⁶ Löwe-Rosenberg *op. cit.* p. 668.

⁵⁷ Le Tribunal d'Empire a consacré ce principe dans les arrêts suivants : t. 40, p. 4 — t. 22, p. 97. La doctrine l'admet aussi de son côté : *Juristische Wochenschrift* année 1931, no 60, vol. 3, p. 2818 (signé A.) et *J.W.* année 1930, no 59, vol. 2, p. 2563 (signé D.) — Dalke *op. cit.* ad § 140, p. 1257, chiffre 15 — Otto Schwarz *op. cit.* ad § 140, p. 169, chiffre 4 — Löwe-Rosenberg *op. cit.* p. 668, no 12 — Ernst Lanz *op. cit.* p. 44 — L'avant-projet de révision du CPPN prévoit en son art. 53/3 : « Sauf révocation expresse, le mandat du défenseur » ne prend fin qu'une fois les autorités judiciaires neuchâteloises définitivement » dessaisies de la cause ».

⁵⁸ E.B.G. t. 19, p. 258 (arrêt du 3.3.1964).

⁵⁹ CPPN art. 261/2 et 270. En matière de révision, ce n'est qu'au vu du pourvoi que le défenseur d'office peut être accordé. Cela impliquerait donc que le pourvoi lui-même, ne serait pas rédigé par le Conseil.

procédure, par exemple pour l'instruction principale ⁶⁰. La procédure, dès le premier acte et jusqu'à la sentence, formant un tout, on ne conçoit pas un régime de défense différent. Encore, serait-il délicat, sinon impossible, de déterminer quelle est la phase la plus importante pour y prévoir l'assistance d'un conseil.

Pour le surplus, le mandat ne peut pas prendre fin sans une décision de l'autorité ; même au cas où les causes de défense d'office viendraient à disparaître, le conseil désigné ne peut pas abandonner sa fonction ⁶¹.

Encore est-il prescrit à l'autorité de ne pas retirer le mandat du défenseur d'office, à un moment inopportun, par exemple pendant l'interrogatoire d'un témoin ⁶².

Reste réservé le cas, connu des autorités neuchâtelaises, dans lequel le défenseur d'office a été désigné en cours d'instruction, en prévision d'une procédure devant se dérouler devant le Tribunal Correctionnel ou devant la Cour d'Assises, la défense d'office étant obligatoire ou apparaissant nécessaire, puis a été relevé de ses fonctions, la cause ayant été déférée au Juge de police, où la défense d'office n'intervient qu'exceptionnellement ⁶³.

SECTION V

Les effets de la désignation

1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES : Nous traiterons plus loin de la situation juridique du mandataire vis-à-vis du prévenu. Nous allons examiner ici le rôle respectif du défenseur et de l'inculpé dans la procédure : dans quelle mesure, le défenseur peut-il exercer les droits de la défense, et dans quelle mesure doit-il obtempérer aux instructions de son client ? Il convient de déterminer les droits respectifs de chacun et l'interdépendance de leur volonté.

⁶⁰ Dalke op. cit. ad § 140, p. 1255, chiffre 2 — E.R.G. t. 37, p. 21 — t. 40, p. 4 — t. 62, p. 22.

⁶¹ Dalke op. cit. ad § 140, p. 1255, chiffre 2 — E.R.G. t. 21, p. 266 — t. 70, p. 312 — t. 40, p. 4.

⁶² Dalke op. cit. ad § 143, p. 1258, chiffre 1 et B.G.H. vol. 3, p. 327.

⁶³ Dans ce cas, l'avocat d'office a droit à l'indemnité pour intervention dans l'instruction.

2. LES DROITS DU PRÉVENU : La première démarche consiste à distinguer les différents droits qui compètent à la défense sensu lato. Il est d'abord une catégorie de droits et d'obligations qui sont attachés à la personne de l'inculpé, par exemple le droit de répondre aux interrogatoires, d'assister aux débats. Il ne peut être ici question de représentation.

3. LES DROITS DU DÉFENSEUR : Une deuxième catégorie de droits n'appartiennent qu'au défenseur. Il s'agit de droits que la loi lui attribue expressément et exclusivement par exemple, de consulter le dossier pendant l'enquête⁶⁴, de recevoir communication des ordonnances du Juge d'Instruction⁶⁵, etc. Chaque législation possède sa solution propre en l'espèce.

4. LES DROITS ATTRIBUÉS À L'UN ET À L'AUTRE : Il est ensuite d'autres droits qui sont reconnus à la fois à l'inculpé et au défenseur, par exemple (sous réserve de ce qui vient d'être dit), la consultation du dossier, si comme nous l'avons expliqué⁶⁶ en droit militaire, le défenseur a qualité pour recourir, indépendamment du condamné⁶⁷.

Mais il est difficile de discerner à qui est reconnu le droit lorsque la loi l'attribue à la défense ou aux parties ? Il s'agit notamment du droit de demander un complément d'information, d'interroger les témoins, de proposer tel moyen de preuve, de plaider, etc. Ces

⁶⁴ Les codes français, art. 118 et allemand, § 147, reconnaissent expressément ce droit au seul défenseur à l'exclusion de l'inculpé. Ce n'est que par l'organe du défenseur que l'inculpé peut avoir connaissance du dossier, dans une mesure relativement restreinte d'ailleurs. Le code de procédure pénale neuchâtelois, et la loi sur la procédure pénale fédérale, en déclarant que « le Juge d'instruction » autorise le défenseur et le prévenu à consulter le dossier » ne réservent donc pas un monopole en la matière au défenseur, en droit du moins. Je doute en effet que les cas soient nombreux, où durant l'enquête, le prévenu a la permission de prendre connaissance de tous les actes de procédure. Cette faculté disparaîtra le jour où sera introduit le dossier de la personnalité, pour rester chasse gardée du défenseur. Le code vaudois admet la consultation du dossier par le prévenu, seulement en l'absence du défenseur (art. 113). En revanche le code fribourgeois ne réserve ce droit qu'au seul défenseur (art. 22, ch. 3).

⁶⁵ C.P.P.F. art. 183.

⁶⁶ CPPN art. 132/2 et LPPF art. 116. A la lecture de ces dispositions, on peut se demander si le Juge d'Instruction peut, selon les circonstances, ne concéder ce droit qu'à l'un deux, ou si l'autorisation accordée à l'un profite ipso facto à l'autre. A lire le contexte, c'est à la première solution que nous nous arrêtrions.

⁶⁷ OJPPM art. 189 et ATMC vol. 1915 à 1925, no 68, p. 105.

droits compétent-ils au défenseur ou à l'inculpé ? En pratique ⁶⁸, c'est au conseil. Mais peut-il le faire indépendamment de la volonté du prévenu ? La question est importante et mérite un examen spécial.

SECTION VI

L'autonomie du défenseur dans la conduite du procès

La question posée est très délicate, car nous rencontrons deux principes, qui peuvent se trouver en opposition. D'une part, le législateur s'incline devant la liberté du prévenu, lui reconnaissant le droit de défendre à sa guise ses intérêts, ce qui va jusqu'à tolérer de sa part parfois le mensonge ou, en tous les cas le silence, cette dernière attitude l'autorisant même à renoncer à se défendre. Mais d'autre part, ce respect de la liberté du prévenu ne saurait dispenser la Justice de faire toute la lumière, car il ne lui est pas indifférent de condamner un innocent ou d'acquitter un coupable. Dès lors, laisser le prévenu décider lui-même de la conduite du procès, c'est exposer la justice à commettre des erreurs.

Le législateur ne paraît pas avoir donné une solution au problème. Certes, on pourrait être tenté de tirer argument de textes ⁶⁹ qui présument qu'un acte accompli par le défenseur est tacitement approuvé par l'inculpé. Mais il semble que cette règle n'est ordonnée que pour des raisons pratiques, de façon à considérer que les décisions du défenseur déploient leurs effets, sauf opposition expresse de l'inculpé. Tout au plus pourrait-on voir dans une telle disposition que la volonté du prévenu doit être préférée à celle du défenseur. Mais cette déduction est-elle décisive ?

Au début de cette étude, nous avons distingué « règles d'ordre » et « droits essentiels », les premières facilitant l'administration de la justice, les seconds se rattachant à la fonction de défenseur. Nous avons soutenu que les « droits essentiels » avaient le pas sur les « règles d'ordre » s'agissant du défenseur. Or, ici, nous sommes en présence de « droits essentiels » : Plaider ⁷⁰, interroger, requérir des moyens de preuve, sont des attributs indispensables au défenseur,

⁶⁸ En droit ils sont compétents à l'un et à l'autre. Voir développements ci-dessous, et en outre ATF 71 I 1. Une assignation à comparaître a été reconnue valablement notifiée alors qu'elle a été adressée au défenseur et non au prévenu lui-même.

⁶⁹ Art. 53/2 CPPN — Art. 35/5 LPPF.

⁷⁰ Ernest Lanz op. cit. p. 153.

qu'on ne peut lui retirer sans mettre en cause l'institution même du défenseur. Le conseil, auquel on impose un comportement, n'est plus un défenseur. La doctrine et la jurisprudence françaises l'ont proclamé⁷¹, ce qui fait entrevoir que la défense n'est pas conçue dans l'intérêt de l'accusé, tel qu'il conçoit cet intérêt, mais bien dans celui de la justice, au sens le plus élevé du terme. Peut-être est-ce en définitive dans ce sens qu'il faut entendre cette règle de droit uranais, qui impose à l'avocat de rechercher avant tout avec le Tribunal un jugement juste⁷².

La difficulté n'en subsiste pas moins de limiter droits d'Etat et droits du prévenu. On peut soutenir qu'aux premiers ressortissent les droits qui regardent la défense dans la conduite du procès, dans l'intérêt de la justice, les autres relevant de l'inculpé.

Nous avons présenté la solution française. Qu'en est-il en Allemagne ? La doctrine presque unanime admet l'indépendance complète du défenseur à l'égard de l'accusé, sous réserve des règles des paragraphes 297⁷³ et 302⁷⁴ StPO Henkel⁷⁵ a observé que le défenseur est indépendant, dès qu'il agit comme organe de la Justice pour la recherche de la vérité. La volonté de l'intéressé est alors inopérante, si elle s'oppose à l'idée de Justice, sous réserve d'une exception, pour nous peu compréhensible : le défenseur ne

⁷¹ Fernand Payen « Le Barreau » p. 1934 déclare : « L'avocat est-il maître, » au regard du client, de présenter la cause comme il le juge convenable dans » l'intérêt de celui-ci ? ».

« L'affirmative a été consacrée par plusieurs décisions du Conseil, mais ici, » comme partout, les circonstances de fait sont éléments essentiels d'appréciation. » On peut admettre que l'avocat est juge de la communication et de la production des pièces et du moment où cette production peut avoir lieu... qu'il » est seul maître des arguments qu'il invoque ainsi que de l'ordre et de la » forme dans lesquels il les présentera... qu'il doit seul apprécier s'il est » opportun de citer tels ou tels témoins... on peut admettre tout cela, mais » à condition que le client n'ait pas manifesté la volonté de décider lui-même » sur toutes ces questions. S'il manifeste cette exigence, l'avocat peut — et » peut-être doit — refuser de jouer le rôle subalterne qu'on attend de lui — » mais il va de soi qu'il ne saurait, après avoir accepté, ou paru accepter, de » se plier aux exigences du prévenu, violer les instructions de celui-ci ». Voir aussi J.-A. Roux Recueil Sirey 1925 I, p. 185. Pour la Suisse : Hans Stamme « Der Beschuldigte und sein Verteidiger im schaffhausenischen Recht » p. 74.

⁷² Art. 44/2 du code de procédure pénale du canton d'Uri.

⁷³ § 297 : « Für den Beschuldigten kann der Verteidiger, jedoch gegen » dessen ausdrücklichen Willen, Rechtsmittel einlegen ».

⁷⁴ § 302, Abt. II : « Der Verteidiger bedarf zur Zurücknahme einer aus- » drücklichen Ermächtigung ».

⁷⁵ Henrich Henkel op. cit. p. 215 V 1a.

peut pas utiliser un moyen de défense contre la volonté expresse de son client. D'autres auteurs⁷⁶ ont distingué selon qu'il y a un défenseur d'office ou un défenseur choisi par l'accusé. Le premier jouirait d'une indépendance complète, tandis que le second serait soumis à la volonté de son client.

Cette opinion nous semble erronée, car la désignation d'office ne modifie pas le statut du défenseur, seuls certains rapports ressortissant au droit des obligations ou au droit public étant affectés.

Comme la doctrine⁷⁷ la jurisprudence allemande a consacré l'indépendance du défenseur⁷⁸.

De tout ce qui précède, on peut conclure que l'indépendance du défenseur dans la conduite du procès, pour tout ce qui regarde l'administration de la Justice, procède des principes fondamentaux du droit, sous réserve des droits personnels que la loi reconnaît expressément à l'inculpé.

Autre est la question de savoir si le prévenu manifeste le désir d'accomplir un acte de procédure, qui ne ressortit pas à la conduite du procès, par exemple lorsqu'il entend recourir contre l'avis de son défenseur. Ici, la question de la dépendance ou de l'indépendance du défenseur n'est plus en cause, car celui-ci n'agit plus ici en tant que « dominus litis », mais comme représentant et comme conseiller. Dès lors, il doit prêter assistance à l'inculpé, sans transgresser les règles de déontologie professionnelle. C'est l'avis du Tribunal Militaire de Cassation, qui a jugé que le défenseur devait prêter son concours pour la rédaction d'un recours, alors même que ce recours paraissait sans espoir⁷⁹. Le défenseur ne pourrait refuser qu'en abandonnant son mandat⁸⁰.

Ainsi par le fait d'être assisté d'un défenseur, l'inculpé ne perd pas les droits attribués à la défense, dont il peut user, aussi bien que son conseil, et à cette fin, il peut demander l'assistance de celui-ci⁸¹.

⁷⁶ Henrich Gerland op. cit. p. 150-151.

⁷⁷ Dalke op. cit. p. 1254 ad, § 137, 1) — Belling op. cit. p. 151 — Vargha op. cit. p. 349, no 215 — Von Hippel op. cit. p. 298 — Schwarz op. cit. p. 161 et les auteurs déjà cités. — Voir aussi l'arrêt d'un Tribunal genevois S.J. 1936, p. 96.

⁷⁸ E.R.G. t. 16, p. 376 — t. 17, p. 315.

⁷⁹ ATMC vol. 4, p. 44, no 25 et vol. 3, p. 106, no 51.

⁸⁰ Hermann Lucas et Alfred Dürr « Anleitung zur strafrechtlichen Praxis » p. 295.

⁸¹ Schwarz op. cit. p. 161.

CHAPITRE QUATRIÈME

La garantie du droit au défenseur

Un droit n'est indiscutable que s'il est garanti. Si l'on peut s'en remettre à la conscience des Magistrats, il est préférable de consacrer un droit par une disposition expresse. C'est d'ailleurs un postulat de l'Etat fondé sur le droit.

SECTION I

La garantie constitutionnelle¹

S'agissant du droit au défenseur, la garantie constitutionnelle procède de l'article 4 de la Constitution fédérale. Sous l'angle du déni de justice, nous savons que le Tribunal ne tranche pas explicitement la question. Mais la garantie du droit au défenseur, sensu lato, est assurée en considération de l'arbitraire.

SECTION II

La garantie légale

La plupart des lois accordent aujourd'hui, en tout état de cause, le droit de se pourvoir d'un défenseur. Il faut donc donner au pré-

¹ Nous passerons rapidement sur cette question vu qu'elle a déjà fait l'objet d'un examen ci-dessus : titre II, chapitre I, section 1 et 3.

venu la possibilité de demander justice déjà en cours d'instruction, si cette prérogative lui est refusée, à peine de lui causer préjudice. Le droit fédéral² et le droit cantonal³ instituent une voie de recours contre les décisions du Juge d'instruction. Elle sera utile pour sauvegarder le droit qui nous occupe, pour protester contre le refus de désigner un défenseur d'office⁴ ou pour faire échec à une mise au secret qui rend inopérante l'assistance d'un conseil^{5, 6}.

Après l'instruction, la violation des droits de la défense, en particulier ceux concernant le défenseur peuvent faire l'objet d'un recours. Cependant n'importe quelle violation ne permet pas de casser, annuler, voire réformer le jugement. Différents systèmes subsistent à ce sujet.

Notre code, à l'encontre du système français, abandonne à l'autorité de recours le soin de décider les règles, dont l'inobservation engendre la nullité de jugement. Ce système amène le Juge à distinguer les règles d'ordre des règles essentielles ou substantielles. Seule, une inobservation de celles-ci entraîne la nullité du jugement. Encore faut-il ajouter une condition : le recourant doit avoir signalé en temps opportun l'erreur dont il se prévaut, à moins qu'il n'établisse l'avoir ignorée de bonne foi, ou encore qu'il n'en a pas eu connaissance, sans sa faute. Il n'y a donc plus de cas de nullité absolue, mais uniquement des cas de nullité relative, selon la distinction généralement admise.

En revanche, la loi de procédure fédérale, la loi militaire, celle de quelques autres cantons, ont adopté une solution quelque peu différente. Elles énumèrent quelques cas d'erreurs qui ont pour effet de vicier le jugement. Parmi ces cas, nous trouvons en particulier l'entrave au droit de la défense.

Le droit au défenseur, sensu largo, compte-t-il parmi les règles essentielles ou substantielles et dans l'affirmative, dans quelle mesure ? Le refus d'accorder un défenseur, l'oubli de désigner un défenseur d'office, sont des motifs de cassation à vrai dire assez

² LPPF art. 214 et sv.

³ CPPN art. 233 et sv. — CPPVd art. 268 et sv. — CPPFr art. 29.

⁴ CPPN art. 138, al. 4 — LPPF art. 35, al. 1.

⁵ CPPN art. 130, al. 1 et 2 — LPPf art. 117.

⁶ Le Code Neuchâtelois institue un droit de recours à la Chambre d'Accusation contre certaines décisions du Ministère Public pour les cas prévus par la loi (art. 8, 15 et 117) et contre les décisions du Juge d'instruction dans tous les cas où la loi ne les déclare pas rendues souverainement (art. 233 CPPN).

rares, car il s'agit là d'erreurs si grossières que les autorités s'aperçoivent aussitôt de leur méprise et la rectifient pendant qu'il en est temps encore ⁷.

La désignation tardive du défenseur d'office a été jugée comme constituant une violation des règles essentielles de la procédure et comme une entrave inadmissible à la défense ⁸. Dans les deux cas examinés par le Tribunal Militaire de Cassation, l'inculpé n'avait connu le nom de son défenseur que le jour des débats. Ce retard ne permet plus, déclare le Tribunal, au prévenu de s'entretenir avec son défenseur, et retire à ce dernier toute possibilité de plaider en connaissance de cause.

Le Tribunal d'Empire s'est montré plus restrictif en n'admettant la cassation qu'au cas où le défenseur avait été désigné en cours d'audience. Il avait précédemment rejeté le recours fondé sur une désignation tardive, mais tout de même avant l'audience, motif pris que l'inculpé avait eu la possibilité de faire valoir ses droits aux débats, assisté qu'il était d'un défenseur. Ne serait donc pas une règle essentielle l'impossibilité d'une préparation de la défense ⁹.

⁷ On peut relever un cas jurisprudentiel en Allemagne où le système adopté rend plus plausible la non désignation. Cf. E.R.G. t. 68, p. 35 et sv. — Voir aussi à ce sujet : Répertoire pratique de droit belge p. 263, no 201, t. 2. La commission d'experts pour la révision du Code de procédure pénale vaudois mentionne deux arrêts vaudois sur la matière à propos desquels ladite commission déclare ce qui suit : « Si un jugement doit être annulé lorsque le » Président n'a pas statué sur la requête en désignation d'un défenseur d'office, » il doit à plus forte raison en aller de même lorsque l'inculpé n'a pas même » été mis en mesure de présenter sa requête. C'est pourquoi dans un arrêt » Rusconi du 5 décembre 1949, le Tribunal Cantonal est revenu sur sa juris- » prudence et a affirmé que l'annulation du jugement se justifie aussi lorsque » l'inculpé n'a pas été informé de son droit d'avoir un défenseur et, en fait, » n'a pas été assisté d'un défenseur d'office ou d'un conseil de son choix à » l'audience de jugement. Cette nouvelle jurisprudence mériterait d'être codifiée, » lors même que dans un arrêt Gillard du 26 octobre 1953, le Tribunal Cantonal » l'a abandonnée en affirmant que la violation de l'article 107 ne peut donner » lieu qu'à un recours au Tribunal d'accusation. — Dans un arrêt Ansermoz du » 29 octobre 1945, où il s'agissait d'une requête en désignation d'un défenseur » d'office non transmise au Président, qui n'avait dès lors pas statué la Cour » de Cassation a dit ce qui suit : il importe peu que l'omission du Président » soit due non à une négligence de sa part mais à un oubli ou à une erreur du » Magistrat informateur. En effet la nullité du jugement doit être prononcée » dès que le Président a omis de statuer, quelle que soit la cause de cette omis- » sion ».

⁸ ATMC vol. 4, no 8 et 25 et E.R.G. t. 20, p. 38.

⁹ E.R.G. t. 20, p. 38.

L'abandon de la défense par le défenseur, sans être immédiatement remplacé, a été considéré en Allemagne comme un motif de nullité¹⁰.

Dans le même ordre d'idées, le changement dans la personne du défenseur a été considéré comme une entrave sur un point essentiel. Il empêche ainsi la défense d'être efficace, lorsque le conseil ne peut pas s'entretenir avec son client¹¹.

Enfin, l'oubli d'avertir le prévenu qu'il peut choisir un défenseur, et plus particulièrement l'inobservation de l'article 126 al. 1 OJPPM, et ce, avant l'instruction principale, constitue une violation d'une règle essentielle de la procédure. « La prétention de l'accusé, de » choisir lui-même son défenseur, c'est-à-dire de remettre sa défense » à une personne en qui il a particulièrement confiance représente » un droit imprescriptible (inaliénable) de telle sorte que dans la » prescription de l'article 126 OJPPM, d'après laquelle l'accusé doit » être formellement rendu attentif à l'observation du délai avant les » débats, on peut voir une disposition essentielle au sens de l'article » 188, chiffre 5 OJPPM¹².

Le droit français ne nous est pas d'un grand secours, car il se distance notablement du nôtre en la matière, présentant une solution moins nuancée et certainement moins favorable à l'inculpé.

¹⁰ E.R.C. t. 21, p. 266.

¹¹ ATMC vol. 4, no 136 — Il n'en est pas de même en France où il est admis, que la substitution à l'audience même de l'avocat d'office défaillant n'entraîne pas cassation. « Le Code d'instruction criminelle annoté et expliqué » d'après la jurisprudence et la doctrine » ad art. 294, no 83.

¹² ATMC vol. 3, no 59.

TITRE TROISIÈME

LE DÉFENSEUR A L'ŒUVRE

INTRODUCTION

Ce titre nous conduira à examiner le défenseur à l'œuvre au cours de la procédure préparatoire d'abord, de jugement ensuite ; nous analyserons ses droits et obligations.

CHAPITRE PREMIER

L'entrée en scène du défenseur

SECTION I

Généralités

Notre procédure continentale comprend, au moins dans les affaires importantes, deux phases : *L'instruction préparatoire*, souvent conduite selon le rite inquisitoire ; *l'audience de jugement*, selon le rite accusatoire.

Le défenseur constitué, à quel moment va-t-il intervenir dans le procès ? Si le prétoire est indiscutablement ouvert à l'avocat, en revanche la logique imposerait de l'exclure de l'instruction. Mais on s'est aperçu des dangers de réunir les preuves sans le concours de l'avocat. Trop d'erreurs judiciaires s'expliquent par une instruction menée unilatéralement. Aussi la tendance des droits modernes est d'introduire le défenseur dans l'instruction, et cela d'autant plus que, rompant avec le principe de l'immédiateté des preuves, la juridiction de jugement peut se fonder sur le dossier¹. Comme « l'enquête c'est le procès », il s'impose de la rendre contradictoire.

Notre première démarche sera donc d'étudier le rôle du défenseur pendant l'instruction. Nous rappellerons tout d'abord l'expérience française, puis nous exposerons un autre système — de type mixte — la loi neuchâteloise.

¹ CPPN art. 224 — voir à ce sujet François Clerc « Le procès pénal en Suisse romande », p. 119.

SECTION II

L'expérience française

L'ancien code d'instruction criminelle, aujourd'hui abrogé, consacrait le principe d'une instruction préparatoire du type inquisitorial en excluant la contradiction. La loi du 8 décembre 1897, plus connue sous le nom de loi Constans, modifia profondément ce système en adoptant une procédure plus ouverte à la contradiction. Ce système a été repris, et quelque peu modifié, par le code de procédure pénale du 31.12.57. Dans les grandes lignes, la contradiction est assurée de la manière suivante : lors de son premier interrogatoire, l'inculpé est informé qu'il est libre de ne pas répondre (art. 114) et qu'il peut faire choix d'un défenseur. L'inculpé peut entre temps communiquer avec ce dernier, même dans les cas où la mise au secret a été prononcée (art. 116). Le défenseur peut assister son client, lors de chaque interrogatoire et consulter préalablement le dossier (art. 118).

SECTION III

Le système neuchâtelois

Lorsque le législateur neuchâtelois mit sur pied, en 1945 un nouveau code de procédure pénale, c'est à un système mixte qu'il s'arrêta ².

Ce système admet l'intervention du défenseur, en cours d'instruction déjà, moyennant autorisation du Juge. L'instruction n'est pas à proprement parler contradictoire mais l'assistance du défenseur enlève, atténuée très sensiblement le caractère inquisitorial de la phase préliminaire.

² Le législateur justifia ainsi qu'il suit son choix : « Ce qui précède nous » montre bien que la solution la plus indiquée est d'appliquer dans chaque » affaire pénale le système le plus judicieux : dans les informations où l'inter- » vention des parties est désirable, possible, ou utile, il conviendrait d'instruire » contradictoirement ; en revanche, dans les affaires délicates qui imposent des » recherches difficiles et sur lesquelles il faut garder une grande discrétion, » le système secret s'impose. La loi ne saurait pas décider elle-même le régime » qu'il convient d'adopter pour chaque cas particulier. Elle doit s'en remettre » au Juge d'instruction et lui faire confiance. C'est cette mesure pleine de » sagesse qu'a prise le législateur fédéral (LPPF art. 15) et nous n'avons pas » hésité à nous inspirer de ces dispositions. Elles nous ont paru réaliser une » juste conciliation ; jamais le procureur n'admettra le système non contradic- » toire pour l'instruction de toutes les affaires, parce qu'il connaît la mentalité » des prévenus et sait la difficulté qu'on rencontre dans la recherche de la » vérité si des indiscretions sont commises. Mais il est prêt à admettre le sys- » tème qui laisse au Juge d'instruction le soin d'informer, soit secrètement, soit » contradictoirement, selon les circonstances de la cause. Les quelques avocats, » qui condamnent le système du code de 1893 et réclament l'application de la » loi Constans dans notre canton, auront ainsi obtenu partiellement satisfaction » — *in medio veritas* —. D'ailleurs si le Juge d'instruction abusait de l'infor- » mation secrète, il va sans dire que le recours à la chambre d'accusation est » ouvert (art. 233 s.). Bien plus, si le Juge d'instruction interdit au défenseur » de suivre les opérations de l'instruction, il ferme du même coup l'accès du » prétoire au ministère public, car nous n'admettons pas que les parties soient » traitées sur un autre pied, s'agissant de l'intervention dans les opérations de » l'enquête ». Cf. Bulletin du Grand Conseil t. 110, p. 75 et 76.

CHAPITRE DEUXIÈME

Le défenseur à l'instruction

SECTION I

Les relations défenseur-prévenu

La loi neuchâteloise et les autres lois continentales en général appliquent un système de libre communication entre le prévenu détenu et son défenseur, tout en réservant au Juge la faculté d'interdire à titre exceptionnel ces rapports, par une « mise au secret »¹.

On a voulu, en prévoyant la mise au secret, faciliter le travail du Juge d'instruction, qui peut limiter ou interdire ces communications « lorsque l'intérêt de l'instruction l'exige »². Cette seule condition, toute platonique d'ailleurs — il est toujours possible de prouver que l'instruction gagnerait à être secrète — laisse pratiquement libre jeu au Magistrat. Certes, un recours est concevable, mais est-ce une garantie suffisante ? Une fois de plus, il faut s'en remettre à la conscience du Juge et comme le remarque Von Hippel³, les restrictions doivent être exceptionnelles.

¹ La mise au secret emporte l'isolement en cellule sans communication avec les autres détenus de la prison ou des tiers, cf. art. 31 à 33 du Règlement général des prisons du 9.11.1945 (Neuchâtel).

² C'est l'expression généralement usitée ; voir en particulier CPPN art. 130/2 — LPPF art. 117.

³ « Es ist dringend zu wünschen, dass von diesen Einschränkungen nur ausnahmsweise aus besonders gewichtigen Gründen Gebrauch gemacht werde. » Gerade der Verhaftete bedarf doppelt der Verteidigung. Ein überwachter Verkehr aber ist für sachgemässe Verteidigung ungenügend und schädigt dadurch zugleich rechtzeitige Aufklärung vor Eröffnung des Hauptverfahrens. » Von Hippel op. cit. p. 300.

Dans ce système, le contrôle de la correspondance échangée entre défenseur et prévenu par le Juge est exclu⁴. Ou bien toute communication est interdite, ou bien elle est admise sans restrictions. Cette solution est préférable à la censure, qui entrave incontestablement la préparation d'une défense efficace.

À quelles fins est instituée cette libre communication ? Nous pouvons distinguer deux buts. D'une part, le besoin d'information du défenseur sur les faits et la personne de l'inculpé, et d'autre part, la nécessité de lui apporter l'assistance morale et juridique nécessaire.

Nous n'insisterons guère sur le premier objectif. En revanche, le deuxième but soulève une question épineuse, et controversée : dans quelle mesure le défenseur a-t-il le droit de renseigner le prévenu sur les éléments du procès et jusqu'à quel point peut-il le conseiller ? Dès l'instant où l'on admet le contact entre défenseur et accusé pendant l'instruction préparatoire, il est clair que le défenseur, qui a la préoccupation de la défense, sera amené à parler du procès.

Dans quelle mesure le défenseur peut-il donner connaissance au prévenu du contenu du dossier, est une question délicate : d'une part, l'inculpé a le droit de connaître les charges qui pèsent sur lui pour pouvoir au besoin se disculper ; d'autre part, l'instruction pourrait être faussée, si l'intéressé informé à temps d'une opération judiciaire, pouvait trouver les moyens de l'altérer. Devant cette difficulté, les auteurs inclinent à s'en remettre à la conscience du défenseur⁵. Il faut semble-t-il éviter toute communication qui pourrait entraver l'administration des preuves. D'ailleurs dans cette hypothèse, le juge aura pris soin de prononcer une mise au secret.

Les conseils et les directives que le défenseur peut prodiguer au prévenu feront l'objet d'une étude ultérieure, dans nos réflexions sur l'éthique de la profession.

⁴ Löwe-Rosenberg op. cit. ad § 148, p. 691, 5b.

⁵ Löwe-Rosenberg op. cit. p. 686, ad § 147 — Max Hofstetter op. cit. p. 87 admet que la divulgation du dossier se fera dans la mesure utile à la défense. On pourra communiquer le résultat d'une expertise. Par contre, il faut exclure les dépositions des témoins à charge, car l'inculpé pourrait bâtir sa déposition d'après elles. Il en va de même de l'avis d'une saisie ou d'une perquisition. — Voir encore Peters op. cit. p. 190 — Spahlinger « Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts im Strafprozess » Juristische Wochenschrift 36^e année 1934, vol. 2, p. 1319.

SECTION II

La consultation du dossier

Si, en France, le droit de la consultation du dossier à la veille de chaque interrogatoire ⁶ est institué afin de permettre au défenseur de pouvoir suivre la procédure, la plupart des autres lois ⁷ n'envisagent cette divulgation pendant l'instruction qu'aux fins de permettre au défenseur d'étudier par avance un dossier volumineux à l'excès ⁸, peut-être aussi dans l'idée de donner à l'enquête un caractère contradictoire et par là plus impartial.

De nouveau ici, cette autorisation est abandonnée à la libre appréciation du Juge d'instruction, qui doit prendre en considération l'intérêt de l'enquête. La restriction de ce droit de regard se justifie certes vis-à-vis de l'inculpé, mais envers les membres du barreau, elle paraît peu élégante, surtout que le Ministère Public a tout loisir de consulter le dossier pendant l'enquête déjà ⁹.

Il importe beaucoup au défenseur de pouvoir prendre connaissance des éléments de l'enquête pour être en état d'étudier le dossier, de proposer à temps des contre-preuves et de conduire, si cela s'avère nécessaire, son enquête personnelle.

SECTION III

La participation aux actes de l'instruction

Au nombre des actes qui constituent l'enquête, il en est certes qui, de par leur nature, ne peuvent être soumis à la défense, car la rapidité avec laquelle il faut les accomplir rend impossible la participation de la défense. Il en est d'autres auxquels le défenseur pourrait parfaitement prendre part ¹⁰. Abandonner au Juge d'ins-

⁶ Art. 118 CPP.

⁷ StPO § 147 — LPPF art. 116 — OJPPM art. 107/3 — CPPN art. 132/2 — CPPFr art. 22, chiffre 3 — CPPVd art. 111/1 et 2. CPPVs art. 56-57.

⁸ Bulletins du Grand Conseil § 110, p. 75.

⁹ Du moins selon la plupart des lois : LPPF art. 116 CPPN art. 132.

¹⁰ Un auteur note, à propos du nouveau Code St-Gallois (« Das neue Strafrechtspflegegesetz des Kantons St-Gallen », 1955, p. 7) qu'on a élargi les droits du défenseur pendant l'instruction et qu'on l'aurait fait plus largement s'il n'y avait pas lieu de redouter des abus de la part de certains avocats.

truction le soin d'en décider, c'est en fait fermer la porte au défenseur, et la Justice n'a peut-être pas à y gagner.

Qu'on songe, par exemple, à l'expertise. Ce n'est pas le lieu de répéter ici son importance, surtout si elle ne peut être faite qu'une fois ¹¹.

Dès lors faut-il autoriser la défense à nommer un contre-expert, pour assurer de manière efficace les droits de la défense ? A cet égard, la solution française peut être citée en exemple et marque un net progrès sur l'ancien système, qui prêtait par trop le flanc à la critique. Le code de procédure pénale français prévoit en ses articles 156 à 169 que les experts sont au nombre de deux. Si les parties n'assistent pas à l'expertise, elles ont par contre le droit de demander en tout temps que les experts procèdent à tel ou tel examen ; ensuite de quoi l'expertise est communiquée aux parties pour observation. Le défenseur a ainsi un rôle essentiel à jouer lors de l'expertise.

Quant aux autres opérations de l'enquête, il appartiendra au défenseur de veiller que celles-ci se fassent également à décharge et à cette fin, certaines lois ¹² reconnaissent à la défense le droit de demander au Juge de procéder à certains actes d'information. Bien plus, il est loisible au défenseur de rechercher lui-même les preuves ou contre-preuves utiles, menant ainsi une enquête personnelle ¹³, sans se substituer au Magistrat ¹⁴.

L'enquête arrivée à son terme, les parties ont un délai pour consulter le dossier et demander un complément d'information ¹⁵. C'est le dernier moment pour le défenseur de faire rassembler officiellement toute preuve favorable.

On s'en rend compte, l'activité du défenseur à l'instruction consiste essentiellement à découvrir la personnalité de son client et à rassembler ou faire rassembler toute preuve utile, à décharge, cela va sans dire.

¹¹ C. Simonin : « L'expertise médicale dite contradictoire » Revue internationale de criminologie et de police technique 1954, no 2, vol. 8, p. 98.

¹² En particulier : LPPF art. 115 — CPPN art. 129/1 — OJPPM art. 107/3.

¹³ Voir : K. von Lilienthal « Verteidigung und Begünstigung » D.J.Z., 6^e année, no 5 1901, p. 101 à 103.

¹⁴ C'est ainsi, je pense, qu'il faut interpréter Henkel op. cit. p. 211, lorsqu'il interdit au défenseur de conduire à côté de l'enquête officielle, une enquête personnelle. On ne voit pas pourquoi on lui interdirait de rechercher lui-même ce qui est nécessaire pour éclairer la justice.

¹⁵ LPPF art. 119 — CPPN art. 133 — etc. . .

CHAPITRE TROISIÈME

Le défenseur aux débats

Quelques problèmes particuliers

SECTION I

Les adversaires de la défense

Il serait faux de croire qu'aux débats, le défenseur n'affrontera que l'accusation. Il y a d'autres adversaires à vaincre, parfois plus dangereux parce qu'« externes et occultes », dont il faut dire rapidement quelques mots.

Il y a tout d'abord l'opinion publique ameutée par une presse mal informée et partielle à l'excès. Les jurés n'entreront donc pas au prétoire sans avoir, même inconsciemment, un préjugé défavorable à l'inculpé.

Il y a ensuite le dossier préparé selon le système inquisitorial, et dont le Juge peut, selon certaines lois, donner connaissance du contenu au Tribunal, avant tout débat^{1, 2}.

¹ Voir la loi lucernoise dont parle le professeur Clerc : « Les tendances de la réforme de la procédure pénale en Suisse » Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1954, p. 256 et sv. (en particulier p. 264) § 167, loi du 8.6.57.

² Des exemples tirés de la chronique judiciaire la plus récente ne laissent subsister aucun doute à ce sujet : voir à cet égard : Pierre Scize « Au grand jour des assises » p. 110 et sv. — Geo London « Erreurs judiciaires » p. 111 et par ailleurs les judicieuses remarques dues à la plume de Robert Vouin « L'interrogatoire de l'accusé par le Président de la Cour d'Assises » (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1955 no 1, p. 43).

Comment contre-balancer ce dossier, et le poids de l'instruction ³. Le défenseur peut faire le procès de l'enquête : « A vrai dire, écrit » le professeur Clerc, cet avantage est exceptionnel. Le plus souvent, » les charges réunies à l'instruction sont si graves, qu'il est difficile » d'en prouver l'inanité devant des juges qui voient malgré tout un » coupable présumé dans le prévenu mis en accusation devant eux » ⁴.

Cette dernière remarque nous amène à penser que la procédure des débats, empruntée à l'Angleterre, en a rejeté l'élément essentiel : un juge impartial qui intervient aussi peu que possible.

Tout au contraire, nos présidents des Tribunaux dirigent les débats selon la méthode inquisitoriale la plus éprouvée. La doctrine n'a pas hésité à parler même de partialité ⁵. Si d'aucuns parlent de

³ Voici ce que déclare le professeur Clerc à ce sujet dans « L'instruction préparatoire en Suisse » Revue de science criminelle et de droit pénal comparé no 2 1952, p. 203 : « Et comme nous l'avons laissé entendre, l'enquête menée » avec la collaboration des parties, et spécialement de la défense, va conférer » à l'instruction préparatoire une valeur telle que la juridiction de jugement » pourra tabler souvent sur les résultats de l'information. Il en résulte à la fois » une économie de temps et d'argent dans la procédure postérieure à l'instruction » préparatoire », p. 218.

« Enfin, dernier enseignement, nous assistons à un retour aux idées de » l'ancien régime, qui faisaient commencer le procès avec l'instruction et non » pas au jour des débats. De plus en plus, on autorise le Tribunal à puiser les » éléments de sa conviction, non seulement dans les preuves administrées à » l'audience, mais encore dans le dossier formé au cours de l'instruction pré- » paratoire, dossier que les parties ont entre les mains et dont elles ont pu » discuter contradictoirement les données à l'audience. N'est-ce pas là une » victoire du sens commun sur des conceptions un peu trop théoriques, adoptées » par réaction contre les abus des juges de l'ancien régime ? » (p. 221).

⁴ François Clerc « Le procès pénal en Suisse romande » p. 121.

⁵ A ce propos, M. T. Sasserath avocat à la Cour d'appel de Bruxelles note très justement « Le Président s'empare du dossier avant l'audience, prend con- » naissance de tous les éléments de ce dossier et, comme en général, c'est un » Magistrat consciencieux, je vous assure qu'il en possède tous les éléments et » les moindres détails, c'est-à-dire tous les éléments à charge, et les seuls éléments » à charge. — Que diriez-vous Messieurs, dans une affaire civile où cependant, » on ne discute que des intérêts civils où ne sont pas en cause l'honneur et la » liberté des gens, d'un siège qui prendrait connaissance avant les débats devant » le Tribunal, du seul dossier du demandeur ? Pourrait-il arriver à l'audience » tout à fait objectif ? Le Président a pris connaissance du seul dossier de » l'accusation, il ne sait pas du tout ce que la défense peut avoir à objecter, » il ne se doute pas des lacunes qui peuvent exister dans l'instruction et que la » défense aura le devoir d'essayer de faire réparer à l'audience, et il sera bien » tard, et il arrive nécessairement à l'audience, avec un préjugé véritable à » moins que ce ne soit un homme obtus et nous devons tout de même faire » l'honneur à nos Magistrats de croire qu'ils ne sont pas précisément des gens

réforme, d'autres⁶, se consolent par le fait que le défenseur y trouve une indication sur les points où la conviction du Tribunal paraît faite. Il est néanmoins plus difficile de dissuader que de convaincre.

SECTION II

La préparation à l'audience⁷

Afin d'être en mesure d'assurer efficacement la défense, le conseil de l'inculpé possède un droit absolu et essentiel de voir toutes les pièces du dossier⁸. Toutes les lois reconnaissent ce droit, parfois implicitement, préoccupées surtout des modalités pratiques de la consultation⁹. Ce droit a pour conséquence qu'aucun document ne peut être présenté au juge, sans le soumettre également au défenseur. Le dossier secret est condamné unanimement, parce que contraire à l'idée de justice. La doctrine et la jurisprudence françaises sont formelles sur ce point ; elles ne prévoient aucune exception à ce principe^{10, 11}.

En Allemagne, la jurisprudence¹² a admis la légitimité d'un jugement fondé aussi sur un dossier non soumis à la défense, et intéressant un fonctionnaire entendu comme témoin.

» obtus, il est évident qu'ils arrivent à l'audience avec une idée préconçue dans le sens du dossier qu'ils ont étudié ». Sasserath « Procédure accusatoire et procédure inquisitoriale » (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1952 no 1, p. 35).

⁶ Alec Mellor « Le rôle de la défense dans le procès pénal » Revue internationale de criminologie et de police technique 1951, p. 186.

⁷ Nous passons sous silence les divers actes de procédure compris entre la clôture de l'information et le jour des débats comme n'intéressant pas essentiellement le défenseur.

⁸ Gerland op. cit. p. 147 — Schwarz op. cit. p. 175 ad § 147, note 2a — Löwe Rosenberg op. cit. p. 684 ad § 147.

⁹ Voir par exemple l'article 185 CPPN qui ne dit rien du principe mais indique où le dossier peut être consulté.

¹⁰ Voir en particulier Vidal et Magnol « Cours de droit criminel et de science pénitentiaire » 9^e édition, p. 967, no 844 — Garraud op. cit. t. 3, p. 490, no 1056.

¹¹ La Cour de cassation déclarait à ce sujet : « Doit être cassé l'arrêt d'une cour criminelle à laquelle a pu être remis avec les pièces du procès au moment où elle s'est retirée pour délibérer, un dossier confidentiel renfermant un rapport d'un juge de paix au juge d'instruction qui n'a pas été communiqué à l'accusé » Dalloz heb. 1935 no 304.

¹² E.R.G. t. 42, p. 291.

Le principe de la remise à la défense de tous les actes sans exception, de l'illicéité du dossier secret, a donc une portée générale, parce qu'essentiel à l'idée de Justice, parce que droit d'état du défenseur ; il s'ensuit que sa violation doit entraîner la chute de l'arrêt, même là où ce cas n'est pas prévu légalement. Reste réservée la législation de guerre où des documents secrets intéressant la défense nationale ne devraient pas être communiqués à l'accusé et peut-être même pas au défenseur.

SECTION III

La prise de contact avec les témoins avant l'audience

En raison de l'importance du témoignage, le défenseur peut envisager de contacter les témoins avant l'audience. Doit-on l'admettre ?

Le barreau français, dont on connaît l'austérité de la discipline, répond par la négative. Son porte-parole, l'ancien bâtonnier Payen écrit : « Il va de soi que l'avocat, qui ne doit pas se rendre chez » son client, doit bien moins encore se rendre chez son adversaire » ou chez un témoin du procès. Il ne doit même pas recevoir ceux-ci » dans son cabinet, ni correspondre avec eux. Et ce n'est plus ici » une simple question de dignité. S'entretenir avec des témoins et » correspondre avec eux, est une démarche inconvenante, contraire » aux règles de la profession et même aux intérêts des parties et de » la justice. Il en est ainsi même si l'avocat n'a pas eu pour but la » tentative coupable de subornation des témoins et s'il a voulu » seulement se rendre compte de la nature et de la force des » preuves »¹³. Cette prise de position est nette, pour ne pas dire intransigeante, et coupe court à toute hésitation. Elle apparaît cependant un peu sévère.

En Suisse, la solution est plus nuancée¹⁴. Si, en matière civile, le Tribunal¹⁵ a posé le principe que l'avocat devait s'abstenir d'agir sur un témoin avant son audition et d'influencer sa déposition, mais qu'il pouvait cependant, avant l'introduction du procès, se ren-

¹³ Payen-Duveau op. cit. p. 363, no 390.

¹⁴ Aloïs Fidek s'appuyant sur la jurisprudence, admet que le défenseur peut entendre les témoins des deux parties avant le procès. « Das Berufsrecht der Anwälte und Rechtsagenten in Kanton St-Gallen » p. 57.

¹⁵ Arrêt non publié du 7 décembre 1949 cité par Martin-Achard « La discipline des professions libérales » Revue de droit suisse t. 70 1951, p. 137a.

seigner auprès d'un tiers sur les risques de perte dudit procès « au » pénal, on se montre assez large, l'avocat qui s'entretient avec un » patron, par exemple, pour se renseigner sur la conduite d'un » employé qu'il doit défendre, ne commet certes pas une faute. Il » peut s'agir là d'un témoin à décharge qu'il choisit comme tel. Le » défenseur a donc le droit de discuter avec un tel témoin éventuel, » il peut aussi renoncer à le faire entendre »¹⁶.

Et cependant, les us et coutumes du Barreau neuchâtelois interdisent tout contact entre le mandataire d'une partie et les personnes citées comme témoins¹⁷. S'il s'agit d'une règle d'ordre interne, elle marque tout de même une tendance qu'on retrouve à Genève¹⁸. Pour nous, il peut être utile que le défenseur contacte d'éventuels témoins, mais en s'interdisant de les influencer. Le Tribunal d'Empire a connu le cas de défenseurs qui avaient contribué à empêcher une rétractation possible, mais non certaine¹⁹, ou qui avaient donné l'occasion au témoin de répéter sa fausse déclaration²⁰, mais n'a pas tranché le cas avec netteté.

S'il paraît licite d'exercer quelque influence sur le témoin tant et aussi longtemps qu'il reste libre dans sa déposition, la question de savoir où finit la liberté et où commence la contrainte est pour le moins délicate.

SECTION IV

La présence du défenseur aux débats

Le défenseur doit-il être présent de façon ininterrompue, ou peut-il s'absenter des débats, voire être congédié de l'audience.

¹⁶ Martin-Achard op. cit. p. 269a.

¹⁷ L'article 6 est ainsi rédigé : « L'avocat ne discutera pas des affaires qui » lui sont confiées avec des tiers qui sont ou seront entendus comme témoins et » ne leur donnera pas ou ne leur fera pas donner des instructions sur la façon » dont ils doivent déposer ».

¹⁸ R. Perrot op. cit. p. 563. La commission de surveillance des avocats du canton de Genève, avait frappé d'un blâme l'avocat qui « avait engagé des » témoins cités par l'accusation à ne pas se présenter devant la cour sans en » avoir informé le parquet et le magistrat chargé de diriger les débats alors » qu'il savait que le parquet informé du règlement civil de l'affaire entendait » maintenir l'accusation publique. Il fut frappé d'un avertissement ».

¹⁹ E.R.G. t. 70 p. 390.

²⁰ E.R.G. t. 70 p. 82.

Sans doute le défenseur peut-il s'absenter, lorsque sa présence n'est pas imposée par la loi. Il faut distinguer ici entre les cas où la défense est nécessaire, en vertu de la loi, et ceux où elle est simplement facultative. Dans cette dernière hypothèse, il appartient à l'inculpé et à l'avocat de s'entendre sur cette question, qui relève de leurs rapports internes. Si le défenseur fait défaut, il s'expose à une action en responsabilité civile.

Différente est la situation si la présence du défenseur est une exigence de la loi. La doctrine allemande²¹, suivie par la jurisprudence²², entend que le défenseur soit présent à toutes les phases essentielles de l'instruction principale, car il s'agit de ne pas abandonner l'accusé au cours des étapes essentielles du procès²³. Mais qu'entendre par « étapes essentielles » ?

Le Tribunal d'Empire a interprété très largement cette notion en considérant, par exemple, comme phase essentielle, la lecture du jugement²⁴ et l'interrogatoire de l'inculpé²⁵. Le vice ne peut être couvert que par la répétition, en présence du défenseur, de l'acte de procédure attentée. Ni l'information donnée au défenseur par le Président, ni la renonciation par la défense à la répétition de la procédure ne couvrent l'irrégularité²⁶, tant il est vrai que rien ne saurait remplacer l'audition directe par le défenseur. Il ne s'agit pas d'un formalisme vain, mais plutôt d'une garantie sérieuse du droit au défenseur.

Les conséquences de cette violation diffèrent d'un système à l'autre : En Allemagne, le seul fait de l'absence du défenseur pendant une phase essentielle du procès — alors que la présence du défenseur est obligatoire — entraîne ipso facto la nullité de tout l'arrêt. Si l'on n'a pas réparé le vice de procédure en répétant ladite procédure ou en désignant un défenseur d'office, le jugement doit

²¹ Lucas et Dürr op. cit. p. 200 — Schwarz op. cit. p. 172 ad § 145, note c — Löwe-Rosenberg op. cit. p. 675 ad § 145.

²² E.R.G. t. 53, p. 171 — t. 57, p. 263 — t. 63, p. 248 — E.B.G. M t.B., p. 337, arrêt du 30.10.1959.

²³ Le droit français lui, exigeait que la défense se soit trouvée compromise. Voir « Code d'instruction criminelle annotée et expliquée d'après la jurisprudence et la doctrine » ad art. 294, no 63, cf. aussi art. 317/2 CPPF.

²⁴ E.R.G. t. 57, p. 264 — t. 63, p. 248.

²⁵ E.R.G. t. 53, p. 171.

²⁶ Schwarz op. cit. p. 172 ad § 145 n. c. — Löwe-Rosenberg op. cit. p. 677 ad § 145 4.

être déclaré nul²⁷. En France, on est moins pressé de casser l'arrêt. Il faut d'abord que cette absence soit le fait du Président, du Ministère Public ou de la Cour ; il faut ensuite que, par cette absence, la défense se soit trouvée compromise. Enfin, il est nécessaire que la défense se fasse donner acte de l'incident en prenant immédiatement des conclusions. C'est du moins ce qui ressort d'une jurisprudence récente²⁸. En Suisse, la question n'a jamais été tranchée.

Plus délicate est la question de savoir s'il est permis au Président, au nom de son pouvoir de police de l'audience, d'éloigner un défenseur jugé indésirable ? La doctrine²⁹ et la Jurisprudence³⁰

²⁷ StPO § 338, chiffre 5.

²⁸ Arrêt de la Cour de Cassation : Dalloz 1950, p. 501 : « L'accusé n'était » pas assisté par son défenseur ni au moment de la lecture des réponses faites » par la Cour et le Jury aux questions relatives à la culpabilité, ni au moment » du prononcé de l'arrêt de condamnation, alors que l'accusé doit, à peine de » nullité, être assisté d'un défenseur pendant toute la durée de la procédure » devant la Cour d'Assises... Attendu qu'il a été pleinement satisfait aux » prescriptions de l'art. 294 du code d'instruction criminelle par le choix ainsi » fait d'un conseil par l'accusé, et que, au cas où elle se serait produite, l'absence » de ce conseil pendant tout ou partie des débats ne saurait entraîner nullité » qu'autant que cette absence serait du (sic) fait de la Cour d'Assises, du Prési- » dent ou du Ministère Public ce qui n'est pas le cas en l'espèce. — Attendu, » d'ailleurs qu'il n'est fait mention au procès-verbal d'aucun incident, d'aucune » conclusion prise au nom de la défense, d'aucune demande de donner acte ou » sujet de fait allégué ou moyen ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ». — Voir aussi : Faustin-Hélie op. cit. p. 512.

²⁹ Dalke op. cit. p. 1259 ad § 145, no 7, parle du renvoi de la procédure aux frais du défenseur au cas où son attitude empêcherait complètement la poursuite du procès. — Scanzoni « kann das Gericht den Verteidiger ausschliessen » Juristische Wochenschrift 1932, vol. 3, p. 3583, déclare expressément que le pouvoir du Président ne lui permet pas d'exclure de l'audience le défenseur. — Wiedmann « Der Ausschluss eines Verteidigers wegen des Verdachts der Begünstigung setzt schwerwiegende Gründe voraus » Juristische Rundschau 1950, p. 570, admet qu'il faut des circonstances particulières et que c'est là une mesure de dernière extrémité. — Hofstetter op. cit. p. 144, en parlant des articles 25 et 26 LPPF, refuse cette compétence au Président. — En sens contraire : Pierre Verrat « Des infractions d'audience commises par des avocats et de leur répression par les Tribunaux » p. 24 et 69.

³⁰ Bien que le Tribunal Fédéral se soit prononcé dans un cas ne concernant que l'instruction préparatoire, il faut voir là l'énoncé d'un principe généralement valable « lorsque la conduite d'un défenseur est inadmissible (en cas particulier, » il avait invité son client à refuser de signer le procès-verbal) le Juge d'ins- » truction n'a pas le droit de lui interdire d'assister aux opérations d'instruction, » il peut lui infliger un blâme ou une amende d'ordre ou encore interrompre la » séance » : Bulletin de jurisprudence pénale no 4, décembre 1954, no 310.

se prononcent par la négative ; le Président ne peut que renvoyer les débats ou les suspendre. En son temps, une exclusion d'un défenseur avait soulevé une vive protestation³¹. La jurisprudence française, de son côté, n'a jamais frappé un manquement à l'audience par l'exclusion du défenseur de la procédure³². Cette interprétation est conforme à la ratio legis : Le législateur a donné au Président le moyen de faire cesser sur le champ tout désordre au cours des débats, en pensant principalement au public. Cette compétence disciplinaire ne saurait conférer au magistrat le droit de prendre des mesures qui ont une incidence sur les principes essentiels du procès. Une règle tendant à assurer l'ordre et la tranquillité à l'audience ne pourrait jamais faire échec au droit absolu et universel de défense, au droit à la présence ininterrompue du défenseur. Le droit d'état — le droit du défenseur d'être présent et actif aux débats — ne peut être évincé par une règle de procédure³³.

Ou ne pourrait pas non plus suivre l'opinion selon laquelle le défenseur qui insisterait par trop sur certains détails, serait considéré comme entravant le cours de la Justice, et l'assimiler ainsi au défenseur abandonnant la défense, ce qui permettrait de le remplacer sur le champ³⁴. Cette interprétation est spécieuse et vivement critiquée en doctrine³⁵. Telle démarche du défenseur peut paraître sans rapport avec la cause, alors qu'elle se révèle plus tard

³¹ Rendix et Von Beling : « Zulässigkeit der gerichtlichen Ausschliessung des Wahlverteidigers wegen Verdachts der Begünstigung » : Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1927, no 21, p. 511.

³² Gazette du Palais 1935 I 959 — Gazette du Palais 1936 I 128 — Payen et Duveau op. cit. p. 305, no 1 — et cependant Veyrat, dans sa thèse « Des infractions d'audience commises par les avocats et de leur répression par les Tribunaux » admet que les articles 503 et 504 sont applicables aux avocats et par là aussi les mesures qui y sont prévues, soit l'expulsion et l'arrestation pendant 24 heures, p. 24 et 69.

³³ Nous trouvons un solide appui dans un article du professeur Léauté, paru dans la Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé (1953 p. 47), intitulé : « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense ». L'auteur déclare à propos non pas du simple droit de police d'audience, mais eu égard au pouvoir discrétionnaire du Président : « ... La Cour de Cassation invoque » les principes généraux pour tempérer l'exercice de ce pouvoir... Il (le Président) ne doit pas porter atteinte aux droits de la défense. Il est tenu d'observer le principe de la contradiction, qui domine la procédure de jugement... » On voit dès lors que ces principes essentiels au procès pénal ne peuvent être ébranlés par quelques droits d'importance secondaire ».

³⁴ C'est l'opinion de Schwarz op. cit. p. 195 ad § 145, note ld.

³⁵ Scanzoni op. cit. p. 3584.

importante. Le Juge a tendance à n'y voir que des mesures dilatoires, une tentative d'entraver le procès. Seul le défenseur est à même de discerner entre les démarches utiles et celles qui ne sont que des subterfuges ; faisons-lui confiance. Nous refusons donc au Président le droit d'écarter le défenseur sous prétexte qu'il n'assume plus la défense.

Autre est la question de savoir si le défenseur peut cesser d'être, à la suite d'une poursuite disciplinaire ou pénale, « *persona grata* ». Si l'on a attribué au défenseur un certain nombre de privilèges, c'est que l'on est en droit d'attendre de lui une parfaite correction. Vient-il à trahir la confiance placée en lui, ses privilèges, et partant, la fonction de défenseur doivent lui être retirés. Mais il est nécessaire pour cela que sa faute ait été constatée, sinon déjà par une décision ou un jugement entré en force, du moins par le début d'une procédure en bonne et due forme. Ce n'est que dans ces conditions qu'il apparaît justifié d'écarter un défenseur, qui a perdu la qualité d'homme loyal, et qui dès lors n'est plus « *persona grata* »³⁶. Il ne s'agit pas d'incompatibilité ou d'incompétence, mais d'indésirabilité.

SECTION V

Peut-on retirer la parole au défenseur

A nouveau, la carence des textes législatifs nous force à chercher une solution dans la doctrine et la jurisprudence.

Le Tribunal d'Empire a pris position, quoique indirectement³⁷, dans un arrêt déjà ancien³⁸ en soutenant que la défense qui se prête à une activité illicite, poursuit un but étranger au procès, ou fait des déclarations dépourvues de sérieux, n'est plus protégée par la loi, et dès lors peut se voir retirer ses droits. Mais

³⁶ Les auteurs qui se sont occupés du problème sont tous d'accord pour admettre l'éloignement du défenseur, aux conditions énoncées ci-dessus : Scanzoni op. cit. p. 3588 — Wiedmann op. cit. p. 570 — Hofstetter op. cit. p. 143.

³⁷ Le Tribunal d'Empire en effet dans l'arrêt en question, traite non pas du retrait de parole du défenseur, mais de l'accusé lui-même. Cependant, au vu de l'arrêt, le Tribunal d'Empire a donné une portée générale à son principe qui de ce fait devient applicable au défenseur.

³⁸ E.R.C. t. 22, p. 335.

comment tracer la limite entre ce qui est utile à la défense et ce qui ne l'est pas ? Le Tribunal d'Empire ne le dit pas, et la doctrine ³⁹ non plus, s'interrogeant seulement sur le point de savoir comment il serait possible à un Juge, qui ne peut pas connaître et apprécier les intentions de la défense, de trancher le problème de l'utilité de telle ou telle déclaration du défendeur.

La France disposait, sous le régime de l'ancien code de l'instruction criminelle de textes légaux ⁴⁰ permettant le retrait de parole au défendeur. Ces restrictions ont été confirmées par la doctrine ⁴¹ et par la jurisprudence ⁴². Mais le nouveau code de procédure ne statue rien. Faut-il en conclure que ces restrictions ne sont plus admissibles ? La jurisprudence le dira.

En droit fédéral suisse, et dans les diverses législations cantonales, aucune disposition n'existe sur ce point, à notre connaissance. Faut-il en conclure que le défendeur pourra toujours parler à sa guise et aussi longtemps qu'il lui plaira ? Le problème ne semble pas avoir été résolu ni même posé. Si, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le Président limite le droit de parole du défendeur ou le lui retire, celui-ci a toujours la faculté de protester en demandant que mention de l'incident soit portée au protocole, pour disposer ensuite d'un moyen éventuel de cassation du jugement. La Cour de cassation doit alors trancher le problème de la liberté du droit de parole du défendeur.

Nous sommes d'avis qu'en principe toute restriction du droit de s'exprimer doit être bannie, de peur d'entraver le droit de défense. Il est possible que le conseil allonge souvent sa plaidoirie inutilement, mais il peut aussi arriver que le Juge croie superflu un argument, un raisonnement ou un avis, et que tel ne soit pas le cas. L'assurance donnée, que le prévenu a pu se défendre sans entrave

³⁹ Scanzoni op. cit. p. 3585 — Kern op. cit. p. 71.

⁴⁰ Art. 270 du C.I.C.R. « Le Président devra rejeter tout ce qui tendrait à » prolonger les débats sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les » résultats ». Le décret du 30 mars 1808 : « Lorsque les juges trouvent qu'une » cause est suffisamment éclairée, le Président devra faire cesser les plaidoiries ».

⁴¹ Le Poittevin op. cit. 1186, art. 270, note 3 — Crémieu « Traité de la profession d'avocat » Edition 1954, p. 233, no 242 — Hugueney : Recueil Sirey 1951, t. 2, p. 89 — Encyclopédie juridique : Droit criminel : « Défense » p. 670, no 36 — Répertoire pratique de droit belge, p. 586, no 219. — En sens contraire : Henri Cap. « La position de l'avocat devant les juridictions répressives de droit commun », p. 185 et la jurisprudence citée.

⁴² Voir la jurisprudence citée par la doctrine et le dernier arrêt en la matière : Recueil Sirey 1951, t. 2, p. 89.

et que la justice a été bien administrée, doit l'emporter sur le souci d'éviter au Juge, quelques minutes, voire quelques heures d'écoute d'une plaidoirie monotone.

Une dernière question relevant du droit de parole du défenseur, mérite examen. Le défenseur est-il habilité à faire n'importe quelle déclaration en tout temps au cours des débats. Apparemment, aucun texte ne tranche ce point délicat. Il nous faut donc remonter au principe directeur de notre procédure, et emprunter au droit étranger les solutions qui paraissent applicables chez nous.

Si le droit de défense ne doit souffrir aucune entorse, et partant, si le défenseur ne doit jamais se voir empêcher de dire tout ce qui est utile à la défense de son client, il ne faut pas pour autant oublier les règles d'ordonnement du procès. Le législateur, en établissant un ordre strict pour le déroulement de l'audience, avait pour dessein de permettre un exposé aussi clair que possible de la cause et de respecter les droits de chacun. Dès lors, on serait mal venu d'autoriser une des parties à bouleverser cet ordre, au détriment des autres participants au procès et de la justice elle-même. En contraignant la défense à se soumettre aux règles de procédure, ses droits ne sont pas atteints, puisqu'elle conserve la faculté de tout dire ; on ne fait que lui imposer l'ordre dans lequel elle peut faire ses déclarations. Pendant l'interrogatoire des témoins, le défenseur sera habilité à poser des questions, ou à faire une brève remarque, tandis qu'il se verra refuser le droit de se lancer dans une digression sur la validité du témoignage, ou sur la moralité de la personne en cause. D'ailleurs ce point de vue ne semble pas être controversé, et l'on trouve dans la doctrine et la jurisprudence françaises un appui certain ; le Président est habilité à décider souverainement de l'opportunité de telle ou telle déclaration en cours d'audience⁴³. Quant à la doctrine, elle abonde dans le même sens, laissant ainsi libre pouvoir d'appréciation au Président⁴⁴.

Nous ferons nôtre cette solution, qui paraît inspirée de motifs justes et équitables et semble répondre aux principes mêmes de la procédure pénale.

⁴³ La Cour de Cassation Française déclarait à ce sujet « qu'il appartient au » Président d'apprécier si les observations que le défenseur veut présenter aux » jurés après l'audition d'un témoin, sont de nature à être proposées à ce » moment même, ou doivent être ajournées au moment où la défense de l'accusé » sera présentée... » Dalloz jurisprudence générale 1922 I 239.

⁴⁴ Encyclopédie juridique : Droit criminel t. I sous rubrique défense, p. 670, no 36 — Henri Cap. op. cit. p. 165 (Ce dernier implicitement du moins).

SECTION VI

La communication des pièces par la défense

Nous avons vu plus haut que toutes les pièces du dossier devaient être soumises au défenseur avant l'audience. S'il échoit de nouveaux moyens de preuves jusqu'à l'ouverture des débats, ils seront soumis à la défense qui a le droit de demander l'ajournement de la cause pour étudier ces documents. Ce même droit lui est reconnu, si au cours des débats, surgit un nouveau moyen de preuve.

Or, il apparaît que l'obligation de présenter toute pièce préalablement n'est pas imposée à la défense. Le défenseur reste libre de produire quand il le juge opportun ses moyens de défense. Ce principe est énoncé par la doctrine dominante⁴⁵, ce qui nous autorise à lui donner une valeur générale et universelle⁴⁶. Ce principe n'est pas resté intact dans les lois fédérales, civiles⁴⁷ et militaires⁴⁸ et dans le code neuchâtelois⁴⁹, où le législateur a voulu que le

⁴⁵ Voir Faustin-Hélie op. cit. 838 — Crémieu op. cit. p. 306, no 307 — Quant à Payen et Duveau, dans leur ouvrage « Les règles de la profession d'avocat », ils déclarent « En matière pénale une grave exception est apportée aux règles que nous venons d'exposer. Une ancienne décision a en effet posé en principe que au criminel et au correctionnel la communication préalable des pièces n'est pas obligatoire. Cette formule n'est pas ou n'est plus exacte. Il n'est pas douteux que la règle ordinaire c'est-à-dire l'obligation de communiquer s'applique à la partie civile vis-à-vis du prévenu et de l'accusé. Et il n'est pas douteux non plus, malgré l'autorité d'un arrêt de la Cour de Cassation, que le Ministère public, pas plus que la partie civile, ne saurait sans violer les droits de la défense, donner dans le cours de son réquisitoire, lecture de dépositions de témoins reçues par le Président de la Cour d'Assises et non communiquées au défenseur. C'est donc la défense seule qui bénéficie de la dispense de communiquer. Le prévenu et l'accusé, enseigne Cresson, ont le droit de choisir le moment de la production des pièces et des documents qui peuvent décider la Justice ». Op. cit. p. 344 et sv. Enfin Vargha déclare : « Die Freiheit in der Vorführung der Beweismittel gibt der Verteidigungspartei auch das Recht, dieselben in demjenigen Zeitpunkte des Processes zu produzieren, in welchem sie es für ihre Zwecke am wirksamsten hält ». Op. cit. p. 646 ad § 362.

⁴⁶ Garrand op. cit. t. 3, p. 491, no 1157 « Vis-à-vis du Ministère public et de la partie civile, l'inculpé ou son conseil n'ont pas de communications préalables à faire ; ils peuvent se tenir sur le terrain de la défense, sauf le droit de produire, si, et quand bon leur semble, les pièces et documents qu'ils possèdent, production qui dépend des éventualités et des incidents de l'audience ».

⁴⁷ LPPF art. 137.

⁴⁸ OJPPM art. 126/4.

⁴⁹ CPPN art. 188.

défenseur indique à quel moyen de preuves il fera appel. Il ne s'agit pas pour le défenseur, au moins selon les termes légaux, d'une obligation de soumettre, de présenter ses preuves au préalable à l'accusation. Il lui suffit d'indiquer qu'il s'appuiera sur tel témoignage ou sur tel document : Seule la loi fédérale va plus loin, et demande au défenseur de préciser sur quels faits portera la preuve. Mais là s'arrêtent les obligations de la défense, et celles-ci gardent le droit de produire, quand bon lui semble, au cours des débats, les pièces invoquées⁵⁰.

SECTION VII

Les communications entre l'accusé et le défenseur

Toutes les lois s'accordent à admettre une libre communication entre le défenseur et son client dès après la clôture de l'instruction. Cependant, on ne peut concevoir que le conseil glisse les réponses dans l'oreille de son client, lors de l'interrogatoire de celui-ci, lors de l'audience de jugement.

En principe, ces communications sont libres, même en cours d'audience. Certaines lois l'admettent au moins implicitement⁵¹. Ce droit est essentiel à la défense, et il n'est pas nécessaire de le démontrer. Pour reprendre l'idée de Vargha⁵², la défense étant formée et de l'accusé et de son conseil, les isoler serait un non sens. D'ailleurs, la contradiction, l'âme des débats, est inconcevable sans cette libre communication⁵³.

⁵⁰ Cette interprétation des lois fédérales et neuchâteloise nous semble être conforme à la lettre et à l'esprit de la disposition. Nous trouvons d'ailleurs un appui notable à ce sujet auprès du législateur neuchâtelois qui déclarait à propos de l'article 188 CPPN : « Le défenseur pourra toujours produire seulement à l'audience les pièces dont il a annoncé la production ». Voir bulletin du Grand Conseil Neuchâtelois, t. 110, p. 89.

⁵¹ Voir par exemple l'art. 302 C.I.C.R. qui prescrit que : « Le conseil » pourra communiquer avec l'accusé après son interrogatoire ».

⁵² Vargha op. cit. p. 606, no 338.

⁵³ Peu d'auteurs ont examiné le problème, citons cependant Le Poittevin qui écrit : « Il en résulte qu'avant l'interrogatoire, l'accusé peut communiquer » avec son défenseur, s'il obtient l'autorisation du Président. Après l'interrogatoire, ce n'est plus pour lui une faculté dont il peut, au gré des Magistrats, » être ou non privé. C'est un droit absolu. Le refus de communications constituerait une violation des droits essentiels de la défense et entraînerait la » nullité de la procédure ». Op. cit. p. 1225 ad § 302 no 4 section 1 — Faustin Hélie op. cit. p. 516 et sv. Ernest Lanz op. cit. p. 152.

Mais, faut-il prévoir des exceptions ? Le Président investi de la police d'audience, pourrait-il interdire ces communications sous prétexte qu'elles troublent l'audience ? L'on doit, semble-t-il, répondre par la négative pour les raisons exposées plus haut sur la finalité de ce pouvoir de police. Il s'ensuit que la seule restriction à la libre communication ne peut viser que l'interrogatoire de l'accusé.

CHAPITRE QUATRIÈME

Le défenseur après le jugement

La première tâche du défenseur après que le jugement a été rendu, est d'examiner la possibilité d'un recours. A nouveau, ici, il ne prendra en considération que l'intérêt particulier de son client, et se déterminera d'après cet intérêt. Il arrivera souvent que le condamné ait le désir de recourir, alors que son conseil considère cette démarche comme vouée à un échec certain. Nous avons déjà relevé que la jurisprudence a décidé que le défenseur devait se soumettre à son client lorsque celui-ci exprime le désir de recourir¹ et inversement, que l'opposition à l'introduction d'un recours pourrait venir du condamné lui-même, aussi certaines lois ont-elles sagement accordé « *expressis verbis* » un droit personnel de recours au défenseur².

En dehors de cette activité juridique, le défenseur a un rôle humanitaire à jouer. Son client peut se voir hanni de la société, contraint de quitter famille et travail, et de laisser derrière lui la douleur, les soucis, l'insécurité. C'est ici que le défenseur fera preuve de ses qualités d'homme, et qu'il se différenciera de l'homme d'affaire. Il lui faudra tout d'abord rester en contact avec son client tout au long de sa peine et même au-delà. Il est le seul qui, connaissant l'homme, son passé, son milieu, son comportement, peut le comprendre et lui apporter soutien et réconfort. Il l'encouragera, l'empêchant de perdre tout espoir, s'occupera de lui comme on s'inquiète des malades en traitement. Il se fera son interprète auprès de sa famille et vice versa. Il préparera sa sortie de prison, lui cherchera au besoin un emploi, s'entretiendra avec son futur patron

¹ ATMC vol. 4 p. 44, no 25. Vol. 3, p. 106, no 51.

² OJPPM art. 189 — ATMC vol. 1915 à 1925, no 68, p. 105.

afin d'éviter toute mauvaise surprise, pour autant que les organisations d'assistance post-pénales n'y ont pas pourvu. Il secondera au besoin le comité de patronage, afin de rester toujours pour son client un conseil et un homme sur qui il puisse compter.

Après de la famille du condamné, le défenseur a aussi son rôle à jouer. Souvent, l'entourage direct tombe dans le marasme et court ainsi de sérieux dangers, si personne ne peut les aider. Assistant moral, il saura redonner courage ; il conseillera pour tous les menus soucis de la vie quotidienne. Il aidera peut-être l'épouse à trouver un emploi ; il prendra toutes précautions pour éviter les railleries et sarcasmes à l'égard de la famille du condamné, de ses enfants en particulier. Enfin, il n'est pas une démarche que le défenseur se refusera de faire, si elle est propre à atténuer les maux de ces malheureux malgré eux, et nous songeons notamment au recours en grâce.

N'y a-t-il pas dans ce rôle quelque chose de grand et d'humain ? Cette attitude n'est-elle pas préférable à l'envoi d'un mémoire d'honoraires ? Si le barreau se décidait à envisager ses devoirs en ce sens, il donnerait peut-être l'élan nécessaire pour une réforme d'un droit pénal trop juridique au sens péjoratif du terme, pour un droit plus humanitaire, et tout l'honneur en rejallirait sur lui.

CHAPITRE CINQUIÈME

Le défenseur à l'œuvre de *lege ferenda*

I. A PROPOS D'UNE ÉVOLUTION : Nous avons noté que le procès pénal avait évolué au cours de ce dernier siècle. Le rôle du défenseur n'est plus essentiellement de prononcer « la » plaidoirie. Cela s'explique, nous l'avons également souligné, ensuite du développement de l'instruction préparatoire et spécialement du développement de la preuve technique. Le dossier est devenu l'élément essentiel des délibérations.

Or, dans cette évolution, il semble qu'on ait perdu de vue les droits de la défense, ainsi que les principes de contradiction, d'égalité des parties et de l'immédiateté des preuves. A vrai dire, les droits de la défense n'ont pas été formellement modifiés, mais indirectement, ils ont été neutralisés. La valorisation du dossier crée une situation fâcheuse, car de deux choses l'une : ou bien le défenseur ne parvient pas aux débats à renverser le poids du dossier, et c'est le risque d'une erreur judiciaire¹ ; ou bien il en démontre les faiblesses, de sorte que la justice en est ridiculisée voire même soupçonnée de partialité. « Je persiste à penser, déclarait un Magistrat, que le drame des procès d'Assises c'est de compter un dossier, » dossier que connaît si parfaitement le Président consciencieux. » Il encombre... il lie... il prédispose ; d'où la panique lorsque » les débats révèlent qu'il convient de s'en écarter et qu'il n'est pas

¹ Voir à ce sujet François Clerc « Le Procès pénal en Suisse romande », p. 121 — Il peut arriver aussi que la Cour refuse une deuxième expertise pour que la défense soit réduite à l'inaction. Pourquoi refuser une expertise ? On a peine à le comprendre.

» l'image fidèle des faits. Il faudrait que l'accusé... ressemble à son dossier ². »

II. LES REMÈDES : Les remèdes ? Ils sont simples. Il suffit de respecter le principe de l'immédiateté des preuves. C'est la solution que préconise la commission de révision du Code de procédure pénale vaudois ³. Un autre remède consisterait à permettre à la défense de jouer un rôle actif dans l'instruction et partant pour l'élaboration du dossier ⁴.

Cette dernière solution semble préférable et c'est à elle que la France a fait appel pour remédier à un système pourtant plus libéral que le nôtre. Le projet Donnedieu de Vabres, aujourd'hui abandonné, prévoyait l'expertise contradictoire, tout en restreignant cependant le rôle du défenseur en cours d'instruction, le faisant intervenir après l'interrogatoire au foud de l'inculpé ⁵. Cette restriction a disparu, après avoir soulevé un tollé général du barreau. Quant à l'expertise, la contradiction a fait place à l'expertise à deux. On a eu la sagesse de ne jamais laisser le sort d'un homme entre les mains d'un seul expert, aussi chevronné soit-il ⁶. Voilà des mesures salutaires qui tempèrent la toute puissance de l'artisan du procès : le Juge d'Instruction. Nous ne blâmons pas ce Magistrat, nous le soupçonnons seulement, d'être comme tous les hommes, d'avoir quelquefois des préjugés ou des idées préconçues. Il n'en faut pas plus pour égarer la justice. « Un Juge d'instruction risque de

² Robert Vouin « L'interrogatoire de l'accusé par le Président de la Cour d'Assises » Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1955 no 1, p. 43 (45).

³ Cf. Rapport de la commission d'expert pour la réforme de l'information pénale, p. 108 « Mais la communication du dossier aux Juges n'est pas sans présenter de sérieux inconvénients. Il s'agit de savoir à cet égard si, en procédure pénale vaudoise le Tribunal statue, comme en procédure pénale militaire » (art. 158 PPM) ou comme autrefois le jury (art. 389 CPP) d'après la conviction » qu'il a puisée dans le cours des débats. Les rapporteurs pensent que cette question doit être résolue affirmativement (art. 308...). Il s'ensuit dès lors que les Juges doivent arriver aux débats en ignorant tout de l'affaire. Sinon, ils risquent d'être influencés par la lecture du dossier, qui peut leur laisser une impression dont ils auraient de la peine à se défaire... ».

⁴ Jean Graven « Les droits de l'accusé dans le procès-pénal » Revue pénale suisse 1956 f. 2, p. 113.

⁵ Voir à ce sujet : Caleb « Considérations sur le nouveau projet du code d'instruction criminelle » Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. 1952, no 1, p. 19.

⁶ Cf. art. 156 à 169 CPPF.

» s'aventurer dans une voie dangereuse (pour les inculpés tout au
» moins) quand il considère l'affaire qu'il a à examiner comme un
» problème dont la solution consiste à prouver la culpabilité de la
» personne soupçonnée. Agissant ainsi, il encourt le reproche de
» déformation professionnelle et il risque d'être le mauvais artisan
» d'une erreur judiciaire »⁷.

Dans l'attente de ces réformes, prions le défenseur de faire preuve de vigilance, de perspicacité et d'esprit critique. Ce sont là ses seules armes.

⁷ Géo London « Erreurs judiciaires », p. 111.

TITRE QUATRIÈME

LA PERSONNE DU DÉFENSEUR

INTRODUCTION

Nous allons étudier les principaux problèmes qui regardent le défenseur en tant que tel, non comme porte-parole de la défense. Il s'agit de fixer l'étendue de sa responsabilité, de dire s'il jouit d'une immunité pour les paroles prononcées au prétoire et de fixer son astringence au secret professionnel. Il ne s'agit pas d'une étude de la profession d'avocat. Nous tenterons seulement de dégager les éléments qui intéressent la défense pénale.

CHAPITRE PREMIER

La responsabilité civile du défenseur

1. INTRODUCTION : La responsabilité civile du défenseur est régie par les dispositions relatives au contrat de mandat, avec renvoi aux règles générales du Code des Obligations. Cela est vrai même pour le défenseur d'office dont les obligations, et partant leur violation, à l'égard du prévenu, sont identiques à celles de l'avocat librement choisi, nonobstant une désignation par l'autorité.

Laissant de côté le problème général de la responsabilité civile du mandataire en justice, nous nous bornerons à examiner quelques problèmes particuliers au défenseur dans le procès pénal.

2. LA RESPONSABILITÉ POUR RÉVOCATION DE MANDAT : La responsabilité civile du mandataire sera engagée au moment où la résiliation causera un préjudice, matériel ou moral à son client, lorsqu'elle aurait été donnée en un temps inopportun¹. Si l'avocat abandonne la cause à la veille des débats, ou à une phase critique de l'instruction, le prévenu assurément subira un préjudice sérieux, et pourra actionner son mandataire en dommages et intérêts. Dans le cas où le défenseur aurait déserté pour obéir à sa conscience, y aurait-il lieu d'appliquer par analogie les articles 352 et suivants CO ? Nous laisserons la question ouverte.

¹ Art. 404, al. 2 CO — Henri Cap observe que le défenseur « commettrait » une faute grave en retirant son concours au client sans le mettre en mesure de choisir un autre avocat. Un désistement tardif pourrait engager sa responsabilité et le client serait en droit de demander des dommages intérêts ». Op. cit. p. 80 — Voir aussi l'encyclopédie juridique « Droit criminel » t. 1, p. 673, no 46.

3. RESPONSABILITÉ À RAISON D'INEXÉCUTION² : Pour que l'on puisse parler d'inexécution et appliquer les articles 97 et sv. CO, il faut que le mandataire n'ait accompli aucun acte et que sa volonté de ne pas exécuter sa prestation résulte de sa passivité. Nous sommes ici dans un contrat qui engendre, pour le mandataire, une obligation de moyens. Tandis que, dans l'obligation de buts, l'inexécution ressort clairement des faits, dans l'obligation de moyens, l'inexécution n'apparaîtra qu'en cas d'inaction patente.

4. RESPONSABILITÉ À RAISON D'EXÉCUTION IMPARFAITE : Toujours sur le terrain des articles 97 et suivants CO, l'exécution imparfaite pose un certain nombre de problèmes que nous allons rapidement évoquer.

Quand peut-on dire que le défenseur n'a rempli qu'imparfaitement son mandat ? L'exécution est imparfaite au moment où le défenseur n'a pas usé des moyens adéquats. Un fait est certain, la perte seule d'un procès — pour notre cas, la condamnation du prévenu — ne saurait par elle-même entraîner la responsabilité de l'avocat³. Celui-ci n'ayant qu'une obligation de moyens, le but manqué ne saurait donner à son mandant une action en dommages et intérêts. C'est dans les moyens employés qu'il faut donc rechercher la faute : dans quelle mesure une faute du défenseur dans la conduite du procès engendre-t-elle sa responsabilité ? A cet égard, des arguments mal choisis, des paroles imprudentes, des maladresses dans la plaidoirie sont-elles suffisantes ? La question est d'importance pour le défenseur, car la plaidoirie est une chose délicate. Il est toujours facile de dire que la cause fut mal plaidée ; l'accusé lui-même reproche souvent à son avocat de n'avoir pas tout dit, ou pas dit ce qui était essentiel, à son avis. Peut-on voir une faute dans le fait de n'avoir su toucher le Juge, de n'avoir pas trouvé le ton qui convenait, de n'avoir pas pensé à l'argument qui porte. La doctrine française⁴ paraît l'admettre, quoique implicitement seulement. Cette solution peut-elle être transposée sans autre dans notre système juridique ? La question est délicate, car la position de l'avocat en France n'est point comparable à celle de nos hommes de loi, de sorte que la prudence s'impose. La jurisprudence du

² C'est un cas que nous traitons très brièvement parce qu'il n'offre pas grand intérêt pour nous.

³ Semaine judiciaire 1927, p. 444 (447).

⁴ Payen Duveau op. cit. p. 316.

Tribunal Fédéral nous inviterait à répondre par la négative. Notre Cour suprême, en effet, n'admet l'action en responsabilité, qu'en présence d'une faute lourde et grossière, exclusion faite de la faute légère : « Considérant, juge le Tribunal Fédéral, que les rapports » de droit unissant client à avocat constituent un mandat (Daepen/ » Raymond no 8 ad art. 394), l'avocat mandataire étant tenu d'exécuter son obligation avec la diligence voulue et se trouvant responsable envers le mandant, son client, de la bonne et fidèle exécution du contrat ; que l'avocat répond ainsi du dommage causé à son client par imprudence ou par négligence ; que toutefois cette négligence ou imprudence doit être interprétée restrictivement, en ce sens que seule une faute lourde de procédure, une erreur grossière ou un oubli (délai péremptoire sans agir etc.) peut engager la responsabilité de l'avocat ; qu'en revanche une erreur d'appréciation dans la conduite du procès, qu'il s'agisse d'une fausse interprétation de droit formel ou de droit matériel n'engage pas la responsabilité de l'avocat »⁵.

Cette dernière phrase nous rassure, en écartant, semble-t-il la responsabilité pour cette démarche, ce fait ou cette parole de l'avocat qui apparaît, après coup, n'avoir pas été à l'avantage de son client, mais à son détriment ; dans la mesure cependant où l'on ne peut pas relever à sa charge une faute lourde. Jurisprudence toute de sagesse, qui découragera le client d'intenter action à son conseil pour le moindre faux pas.

Mais, à qui appartient-il de prouver la faute de l'avocat ? A première vue, il semble qu'on se trouve sur le terrain de la responsabilité contractuelle, et que dès lors la faute est présumée. Et pourtant la solution est autre. La question de la nature de la responsabilité est déjà très discutée en doctrine⁶. De plus, le fardeau de la preuve d'une faute du mandataire incombe au mandant. « ... la preuve de l'inexécution des obligations, revient en fait, en général, à prouver la faute professionnelle manifeste de

⁵ JDT 1943 p. 98 — Voir aussi à ce sujet SJZ 21, no 9 — SJ 1943 p. 23 et 1936 p. 96 — la solution est la même en droit français : « Jurisprudence française » 1807 à 1952 sous « avocat » p. 398, ch. 118 — Gazette du Palais no 28, juillet 1942 — Crémieu op. cit. p. 294, no 293 : « Il n'est responsable que de son dol et de ses fautes lourdes : Une simple omission ou négligence ne peut pas engager sa responsabilité civile ». — « Répertoire pratique de droit belge » p. 579, no 116, § 7.

⁶ Voir en particulier : Robert Fosse op. cit. p. 20 et sv.

» l'avocat qui aura modifié la solution du procès »⁷. Mais si le système de la responsabilité contractuelle est un peu modifié, au détriment du mandant, il faudra tout de même que l'avocat se prêle de bonne foi à l'administration des preuves.

Pour le prévenu, cette responsabilité n'offre guère d'intérêt. Il ne peut pas à lui seul apprécier l'exécution du mandat confié à son défenseur, surtout s'il est détenu. Nous le voyons mal intenter un procès à son défenseur. Ce qui l'intéresserait avant tout, serait de voir réduire sa peine. Or cela ne peut se faire par un procès civil.

⁷ Martin-Achard « La discipline des professions libérales » Revue de droit suisse t. 70 1951, p. 137a spc. p. 185a.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'immunité de parole du défenseur¹

« L'avocat ne doit pas pouvoir subir de dommage, personnel ou professionnel, pour avoir assuré une défense correcte et ne blessant pas la dignité du Tribunal. »

Jean Graven

Le problème de l'immunité de parole du défenseur résulte de l'opposition de deux principes aussi essentiels à l'ordre juridique l'un que l'autre : le droit de dire tout ce qui est utile et nécessaire à la défense, et la règle de droit qui réprime les atteintes à l'honneur par la parole ou l'écriture.

Aucun texte législatif ne règle la question de l'immunité éventuelle de l'avocat en justice. Faut-il en conclure que le défenseur est soumis sans autre, comme tous les justiciables, aux règles du Code Pénal Suisse réprimant les atteintes à l'honneur ? La question pouvait se poser avant la révision du Code Pénal Suisse. La jurisprudence et la doctrine n'étaient pas très explicites sur ce point. Aujourd'hui cependant, la question est réglée par différents arrêts de la Cour de Cassation Pénale du Tribunal Fédéral². Notre haute

¹ Comme la question est réglée avec assez de clarté par la doctrine et la jurisprudence suisses, nous n'avons pas fait appel en droit étranger. Nous nous contentons de renvoyer le lecteur aux sources suivantes : De Geusser Robert « L'immunité judiciaire » thèse Paris 1918 — Fosse Robert « La responsabilité civile des avocats » thèse Montpellier 1935 (p. 135 et sv.) — Sauvel J. « Les immunités judiciaires » Sirey 1956 — du même auteur : « Les immunités judiciaires » Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1950, p. 537 — Répertoire pratique de droit belge, t. 1 1949 « avocat », p. 570 — Payen Duveau op. cit. p. 303 et sv. — Crémien op. cit. éd. 1954, p. 229, no 241 — Pandectes françaises 1901, t. 16 II, p. 323 — Dalloz 1946 — 19.

² Cf. Semaine Judiciaire 1960 p. 241 ; 1961 p. 65 ; et 1961 p. 374 (3 arrêts de la Cour de Cassation Pénale du Tribunal Fédéral).

cour a admis que les dispositions du Code Pénal Suisse réprimant l'atteinte à l'honneur s'appliquaient également à l'avocat dans la défense de son client. Les intérêts qu'il défend rendent admissible la preuve de la vérité là où elle est possible. Et le Tribunal Fédéral a encore précisé que, dans la défense en justice, l'on peut se montrer moins strict dans l'appréciation de la preuve de la vérité³.

Nous estimons que les défenseurs seraient plus à leur aise dans leurs écrits et plaidoiries, s'ils se sentaient protégés par un texte légal qui consacrerait une certaine immunité. La France connaît un régime d'immunité établi sur la loi. Si le législateur venait un jour à considérer le problème, nous lui proposerions le texte suivant :

« Les défenseurs en justice ne pourront être poursuivis, civilement, pénalement et disciplinairement, à raison de leurs paroles » ou écrits. Toutefois, les paroles ou écrits étrangers ou inutiles à la cause, ne bénéficient pas de l'immunité ». Ce texte aurait l'avantage de fixer comme principe de base l'immunité, et de n'admettre la poursuite qu'au cas où la preuve serait faite que les paroles ou écrits sont étrangers à la cause ou inutiles à celle-ci. Cette preuve incomberait au demandeur. La ratio legis de cette disposition serait de donner au défenseur une plus grande liberté d'action pour lui permettre une défense plus efficace des intérêts à lui confiés. Elle présenterait certes un danger, mais que la correction et la discipline austères du barreau sauraient réduire à son minimum.

LE SECRET PROFESSIONNEL : Mentionnons pour mémoire l'institution du secret professionnel, qui fait partie du statut du défenseur. Les nombreux problèmes qu'il soulève, savoir sa nature, son étendue, ses restrictions, sa violation, etc., font l'objet d'une abondante bibliographie à laquelle nous nous référons. Il s'agit en effet d'un problème trop vaste et trop complexe pour que nous l'abordions dans le cadre de la présente étude.

³ Cf. (Arrêt du Tribunal Fédéral Cour de Cassation Pénale). Semaine Judiciaire 1960, p. 241.

TITRE CINQUIÈME

LE DEVOIR DE VÉRITÉ

CHAPITRE PREMIER

Le problème

On connaît l'opinion que le profane se fait de l'avocat : Il est prêt à le tenir pour un serviteur de toutes les causes même mauvaises, personnage sans scrupule, et avide de gain. La profession semble ne plus jouir de l'estime d'autrefois¹, ce qu'explique principalement la méconnaissance des problèmes qui se posent au défenseur. D'ailleurs, cette confusion se rencontre même chez certains juristes qui méprisent la défense des causes pénales. Cette méprise porte essentiellement sur trois points : 1°) On ne comprend pas que l'avocat puisse se faire le défenseur d'un criminel sans s'en faire moralement le complice. 2°) Il est choquant que le défenseur ne vise qu'à soustraire le criminel à la répression. 3°) On crie au scandale si le défenseur obtient l'acquiescement d'un homme qu'il pense coupable.

En évoquant ces problèmes, il ne s'agit pas seulement de justifier le défenseur, mais aussi d'examiner si la défense d'un accusé peut constituer un délit. La doctrine et la jurisprudence allemandes n'ont-elles pas vu à plus d'une reprise une entrave à l'action pénale (art. 305 CPS) dans certains actes accomplis par le défenseur ? Le problème se pose-t-il chez nous ?

¹ Il n'est qu'à se rappeler ce jugement de Molière dans le *Malade imaginaire* (Acte 1 scène VII), lorsqu'il fit dire au notaire : Les avocats « sont d'ordinaire » sévères là-dessus et s'imaginent que c'est un grand crime que de disposer en fraude de la loi. Ce sont gens de difficultés, et qui sont ignorants des détours » de la conscience ».

CHAPITRE DEUXIÈME

Le problème de la juste cause

1. D'UNE CONFUSION MALHEUREUSE : « Le profane n'est » pas loin de penser que l'avocat en défendant l'accusé, apporte par » son talent une espèce d'approbation à l'acte répréhensible de son » client »¹. Ce sentiment est si généralement répandu qu'il n'est pas rare que l'avocat s'excuse en début d'audience de défendre l'accusé². On en déduit, logiquement, que la défense en matière pénale n'est pas, ou du moins pas toujours, une cause juste et équitable, que le fait de prendre la défense de l'accusé constitue un acte répréhensible en soi, et qu'on s'y salit les mains. C'est là d'ailleurs, aussi étrange que cela puisse paraître, l'opinion de certains auteurs³. L'erreur provient du fait que l'on donne à la notion de causes justes et équitables, un sens trop restreint. Aussi, essayons d'analyser et de définir cette notion en matière pénale.

2. DISTINCTIONS NÉCESSAIRES : Il faut être conscient tout d'abord que l'avocat au pénal n'épouse nullement la cause de son client et qu'en acceptant sa défense, il ne s'en fait pas complice⁴.

¹ Théo Collignon « Initiation à la pratique du barreau » p. 193.

² Comment s'étonner qu'une telle aberration règne dans les esprits, et même parmi les professionnels, lorsqu'on peut lire dans la formule du serment que prêtent les avocats genevois et fribourgeois, les termes suivants : « Je jure devant » Dieu... de ne conseiller ou soutenir aucune cause qui ne me paraisse juste » ou équitable, à moins qu'il ne s'agisse de la défense d'un accusé ». (Formule du serment que prêtent les avocats genevois ; la formule est à peu de chose près pareille pour les avocats fribourgeois).

³ R. Perrot Op. cit. p. 32.

⁴ « Pourquoi être à ce point injuste envers l'avocat que de l'empêcher de » voir un homme dans un accusé, de lui prodiguer comme tel les secours de son » expérience et d'implorer pour lui de la justice de ses semblables, la pitié et » le pardon ». Paul Saillard op. cit. p. 32.

Il n'existe pas en matière pénale de cause qui ne soit digne d'être défendue. Celui sur lequel reposent les charges les plus écrasantes de l'accusation mérite plus qu'un autre encore l'appui de l'avocat tant il est vrai qu'étant tombé si bas, il nécessite une protection d'autant plus efficace. A côté de cette assistance morale et extra-juridique, prend place la protection des droits de l'accusé qu'on serait plutôt enclin à méconnaître, s'il s'agit d'un homme ayant perdu toute estime. Cependant la raison majeure de la défense en matière pénale reste la discussion des cas, dont la complexité va croissant au fur et à mesure que se développent les sciences criminelles⁵.

Protéger et discuter, voilà ce qu'on demande au défenseur ; c'est là même une exigence impérative de l'idée de justice, car sans contradiction, la vérité est introuvable. On en arrive donc à la conclusion que toute cause est défendable, tant il est vrai qu'assumer la défense ne signifie pas approuver le crime ou clamer l'innocence d'un coupable. Il s'agit bien plutôt de participer à l'administration d'une saine justice. Ce qui nous permet de souscrire à la notion de justes causes qu'a dégagée Me Collignon en ces termes : « La juste » cause c'est le litige qui dans l'état où il est présenté de bonne foi, » peut être débattu à l'aide de moyens scrupuleux par un homme » d'honneur. — Plaider une juste cause c'est donc soutenir par des » moyens corrects ce que la loi et la morale permettent à un homme » de bien d'affirmer ou de défendre »⁶.

⁵ Il n'y a qu'une raison de soutenir que le soleil brille, mais toute affaire offre de la complexité, donc de l'incertitude et rend donc possible et nécessaire l'échange à la barre de bonnes raisons multiples et contradictoires. Payen et Duveau op. cit. p. 296.

⁶ Théo Collignon « Initiation à la pratique du barreau » p. 191 et 194.

L'admissibilité et l'inadmissibilité des moyens de défense

1. LE DÉFENSEUR DOIT ÊTRE PARTIAL : La deuxième critique adressée au défenseur, c'est de prendre fait et cause pour le prévenu, au point de recourir même aux procédés les plus malhonnêtes. Pour le profane, le défenseur devrait demeurer dans une stricte impartialité. Or c'est impossible et même inconciliable avec la partialité nécessaire, mais qui n'est pas sans limite : la partialité s'arrête là où la contradiction n'est plus possible.

2. QUID DE CETTE PARTIALITÉ : Voyons tout d'abord en quoi va consister cette partialité. Elle découle du principe selon lequel chaque partie ne doit avoir en vue que son propre intérêt. C'est dans la mesure seulement où chacun s'attache à défendre sa propre cause qu'on parviendra à découvrir la vérité¹. Cela implique donc, pour les parties, pour le défenseur en ce qui nous concerne, deux obligations, l'une positive, l'autre négative. La première, positive, veut que le défenseur n'agisse qu'à décharge, ne s'attache qu'à minimiser les preuves à charge, qu'à invoquer des circonstances atténuantes, qu'à démontrer l'irresponsabilité ou la non culpabilité du prévenu^{2, 3}.

¹ Von Liszt : « Staatsanwalt und Verteidiger sind in gleicher Weise berufen, » der Wahrheitserforschung zu dienen, aber nicht unmittelbar, sondern mittelbar, » d.h. dadurch, dass jeder von Ihnen seinen Parteistandpunkt vertritt, soll die » Wahrheit werden ». « Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen » Deutsche Juristen Zeitung t. 6, p. 179 (180).

² Alec Mellor : « Le rôle de la défense dans le procès pénal » Revue internationale de criminologie et de police technique 1951, p. 186 (p. 191).

³ Vargha op. cit. p. 345.

La seconde obligation, celle-ci négative, consiste à s'abstenir de contribuer, de quelque manière que ce soit, à charger son client. Le défenseur commettrait une faute s'il apportait une preuve à charge. Un des principes fondamentaux, affirme encore Vargha ⁴, en matière de défense, veut que le défenseur tienne secrets tous les faits et toutes les preuves qui sont défavorables à son client. Sur ce point, encore, la doctrine est unanime ⁵.

3. LES MOYENS DE DÉFENSE ADMISSIBLES : Le but que poursuit le défenseur étant fixé, il s'agit maintenant de déterminer les moyens dont il pourra faire usage. On pourrait résoudre la question en la portant sur le plan moral : serait ainsi déterminante la conscience d'un homme honnête et raisonnable. On voit immédiatement combien les limites seraient floues, pour ne pas dire inexistantes. Aussi, c'est vers une solution plus juridique, donc plus stricte, qu'il faut se tourner. Elle se déduit logiquement du fonctionnement de la procédure criminelle, et découle directement du principe de la répartition du fardeau de la preuve.

Le procès pénal qui, par le choc des thèses de l'accusation et de la défense, doit arriver à une vérité objective, ne commande pas à chacun une attitude objective. Il la proscrirait plutôt. Il reconnaît à chacun le droit et le devoir de défendre ses intérêts et de se placer à ce seul point de vue. L'accusation pourra dire ce qu'elle pense ou ne pense pas sur l'état de preuves, la personne de l'accusé ; la défense aura la même faculté. Chacun a le loisir de contredire l'autre. Or, dans ce combat, il faut que la contradiction soit toujours possible, c'est-à-dire que ce que dit A puisse être infirmé par B. Si, par exemple, l'accusation prétend que l'accusé pouvait avec l'instrument du crime tuer la victime, la défense sera en mesure de

⁴ Op. cit. p. 347, § 213.

⁵ « Nur zur Entlastung, nicht zur Belastung, darf der Verteidiger tätig » werden... Der Verteidiger, der belastendes Material in das Prozess einführt, » handelt pflichtwidrig. Er darf daher belastende Umstände, die er vom Ange- » klagten oder sonst erfuhrt nicht mitteilen. Ebenso wenig darf er den Angeklagten » zu solcher Mitteilung bestimmen. Er hat sich vielmehr Grundsätzlich in diesen » Richtungen passiv zu verhalten. Werden belastende Umstände übersehen, so » hat er nicht darauf hinzuweisen ». Von Hippel op. cit. p. 294 et 295 — Voir encore Gerland op. cit. p. 151 — Kern op. cit. p. 80 — Dalke op. cit. p. 267 ad § 257, no 5 — Schwarz das Gerichtsal 1902, t. 61, p. 44 (67) — K. von Lilienthal « Verteidigung und Begünstigung » Deutsche Juristen Zeitung, 32^e année 1927, cahier 2, p. 134 (136) — Hofstetter op. cit. p. 78 — Henkel op. cit. p. 205.

démontrer le contraire. Que l'une des parties soit partielle dans ses explications, il n'y a rien à redire, car son adversaire aura la possibilité de battre la controverse et d'être aussi partial à son tour. Mais alors, les moyens de défense ou d'accusation deviennent inadmissibles là où l'autre partie ne peut plus « renverser le char », là où la preuve a été adultérée. L'acte de falsification de l'une des parties ne peut plus trouver de réplique chez l'adversaire. Le procès, dès lors, sera boiteux. Donnons un exemple : Si, pendant l'interrogatoire de l'accusé, le défenseur venait à dicter les réponses à son client, il y aurait falsification de preuves ; l'accusation resterait impuissante devant cette manœuvre et le procès en serait faussé. Si, au contraire, le défenseur se bornait à interpréter, même en sachant qu'il trahit la pensée de son client — les déclarations de l'accusé —, il serait loisible à l'accusation de redresser l'erreur en donnant une autre interprétation, peut-être également fautive : la contradiction reste donc possible, partant, le moyen est admissible.

Et il en sera ainsi pour chacun des moyens de preuve, que ce soit l'audition d'un témoin, la production d'un document, la discussion de l'expertise, etc. A l'appui de cette affirmation, nous pouvons nous référer tant à la doctrine qu'à la Jurisprudence du Tribunal d'Empire : Si les uns⁶ désignent cette activité coupable par l'expression : « Verdunklung des Sachverhalts » « oder des Tatbestandes », d'autres⁷ emploient les termes de « moyens frauduleux » ou de « mensonges », d'autres encore⁸ usent du mot « falsification »^{9, 10}.

⁶ Dalke op. cit. p. 267 ad § 257, note 5 — Erich Muhlmann et Gert Baummel « Das Strafgesetzbuch » p. 582 ad § 257, note 4. — E.R.G. t. 66, p. 316.

⁷ Henkel op. cit. p. 206 — Köhler op. cit. der Gerichtssaal 1902, vol. 61, p. 44 (§ 4 p. 67).

⁸ Peters op. cit. p. 205 — Von Listz « Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen » Deutsche Juristen Zeitung t. 6, p. 179 (181). — Ebermayer op. cit. Deutsche Juristen Zeitung, 32^e année 1927, cahier 2, p. 134 (136) — Scanzoni « Kann das Gericht den Verteidiger ausschliessen » Juristische Wochenschrift 1932, vol. 3, p. 3583 (3587) — Hofstetter op. cit. p. 78.

⁹ Du côté français il faut noter spécialement Crémieu op. cit. ed. 1954, p. 232, no 242 — Payen et Duvean op. cit. p. 295, no 323 — pour la Suisse voir : Ernest Lanz op. cit. p. 24. — E. Zürcher « Schweizerisches Anwaltsrecht » p. 209. — Alois Fidek « Das Berufsrecht der Anwälte und Rechtsagenten in Kanton St-Gallen », p. 59.

¹⁰ Von Lilienthal « Verteidigung und Begünstigung » dans Deutsche Juristen Zeitung, 6^e année, no 5 1901, p. 101.

4. CAS D'APPLICATION : Voyons l'application de cette théorie :

Le défenseur est en droit tout d'abord de donner au prévenu tout renseignement sur sa demande. Le défenseur étant un conseiller de l'accusé, c'est un devoir pour celui-là de fournir à celui-ci toute explication utile. Le point n'est d'ailleurs pas mis en cause, car il n'y a pas là danger de falsification de preuves¹¹.

Plus douteuse est la question de savoir si le défenseur peut attirer l'attention de son client sur la faculté de garder le silence, ou sur l'impunité d'un mensonge. La doctrine¹² l'a admis.

Mais est-il admissible que l'avocat conseille telle attitude à l'audience, par exemple se taire ou mentir ? La question est délicate, car il s'avère difficile de dire si l'accusé reste encore libre de sa décision. Vu l'ascendant qu'exerce toujours le défenseur sur son client, le conseil donné à l'accusé de faire usage de son droit au silence paraît inadmissible. Cette question a fait l'objet de deux arrêts¹³. Dans le premier, la Cour (Le Tribunal disciplinaire pour les avocats allemands) a admis la licéité du conseil ainsi donné, alors que dans le second, elle a restreint ce droit aux seuls cas où des motifs sérieux le justifiaient, donnant ainsi un caractère exceptionnel¹⁴ à ce droit¹⁵. Quant au conseil de mentir, la doctrine¹⁶ l'exclut sans réserve. Cette discrimination entre les deux hypothèses énoncées s'explique mal, car la question dépend dans les deux cas de l'influence qu'aura sur la décision de l'accusé, le conseil de son défenseur. Il est entendu enfin que si l'on usait de contrainte vis-à-vis de l'inculpé pour le forcer à avoir telle attitude, ou à faire telle déclaration en cours de procédure, il y aurait là sans conteste une attitude contraire au droit.

¹¹ Peters op. cit. p. 191 — Hofstetter op. cit. p. 90.

¹² Peters op. cit. p. 191 — Hofstetter p. 94.

¹³ Entscheidung des Ehrengerichtshofes für Deutsche Rechtsanwälte. Berlin 29 octobre 1891 et 13 janvier 1892. Voir à ce sujet : Spahlinger « Die Wahrheitspflicht der Rechtsanwälte in Strafprozess » dans Juristische Wochenschrift, 36^e année 1934, t. 2, p. 1317.

¹⁴ Voir les cas particuliers cités par Peters op. cit. p. 178 et Spahlinger op. cit. p. 1318.

¹⁵ Contra : Hofstetter op. cit. p. 100.

¹⁶ Peters op. cit. p. 193 — Hofstetter op. cit. p. 105 — Spahlinger op. cit. p. 1318.

Le défenseur, dans ses déclarations en cours de procédure, dans ses explications ou ses interprétations, est-il tenu à un strict devoir de vérité ? Entendons-nous : Il ne s'agit pas de trancher le problème de savoir si le défenseur peut parler contre sa conviction, ou s'il peut demander l'acquittement d'un homme qu'il croit coupable. Ces problèmes seront examinés dans le prochain chapitre. Il s'agit bien plutôt de savoir si, juridiquement, en vertu de la loi ou des principes généraux du droit, le défenseur peut mentir ou non.

Il faut distinguer entre les interprétations et les affirmations.

a) *Les interprétations* : Par une interprétation erronée, qu'il s'agisse des faits ou du droit, le défenseur ne met pas en jeu le principe de contradiction, et n'annihile pas un moyen de preuve. Libre sera l'accusation de réfuter son argumentation. Et d'ailleurs, la situation n'est souvent pas si claire qu'on puisse dire ceci est juste, cela est faux. Plusieurs interprétations sont possibles, tant pour les faits que pour le droit. Le principe de partialité oblige même à choisir l'argumentation la plus favorable à son client¹⁷.

b) *Les affirmations* : Quant aux affirmations, dans la mesure où elles constituent des moyens de preuve, elles ne peuvent s'écarter de la vérité, encore qu'il ne soit pas dit par là que le défenseur est obligé de faire ces déclarations. Il doit même s'en abstenir, s'il ne veut pas violer le principe de partialité qui lui impose de ne pas participer à l'accusation de son client. Dans ce cas, le silence est de règle. Il ne saurait donc affirmer ce qu'il sait ne pas être. Ainsi, par exemple, un fait, défavorable à son client, et dont le défenseur a seul connaissance, ne pourrait être que tû et non pas infirmé par ce dernier. Il faut bien entendu qu'il s'agisse d'un fait qui ait fonction de preuve, et qui ne soit pas simplement une conviction ou une interprétation¹⁸.

Ayant distingué entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas, il importe de savoir quelles suites auront les actes répréhensibles du défenseur. La doctrine dans son ensemble voit là le délit d'entrave à l'action pénale (art. 305 CPS). Cependant en ce qui concerne la Suisse et plus particulièrement la Suisse romande, force nous est de constater qu'il n'a jamais été question de poursuivre un défenseur

¹⁷ Hofstetter op. cit. p. 105.

¹⁸ La doctrine n'offre aucun appui sur ce point. Elle semble n'être pas parvenue à fixer une limite précise en la matière et s'être perdue en des formules vagues et générales. Voir p.c. : Scanzoni op. cit. p. 3583 — Köhler op. cit. p. 67 — Ebermaier op. cit. p. 137.

en vertu de l'article 305 CPS ¹⁹. Devant l'extrême difficulté à déterminer l'admissible et l'inadmissible, devant la complexité des problèmes soumis au défenseur, devant les tâches si diverses et parfois contradictoires de ce dernier, les Juges, les Autorités de poursuite, — dont la plupart ont été avocats — ont renoncé à chercher chicane, abandonnant les cas les plus graves aux autorités disciplinaires ; solution de sagesse, à laquelle nous souscrivons sans réserve.

¹⁹ On se réfère à la thèse déjà citée de Hofstetter « Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers wegen Begünstigung ».

CHAPITRE QUATRIÈME

Le problème de la conviction personnelle de défenseur

1. LE PROBLÈME : Nous avons toujours supposé jusqu'à maintenant que le défenseur était convaincu en son âme et conscience de ce qu'il avançait. Or, s'il arrive que le point de vue à défendre ne corresponde pas à la conviction personnelle du défenseur, y a-t-il une incompatibilité qui empêcherait ce conseil d'assumer la défense ? La question de l'illicéité des moyens n'entrant pas en ligne de compte ici, il s'agit seulement de savoir si le défenseur est autorisé à parler contre sa conviction intime et personnelle.

2. LA SOLUTION : La doctrine a proclamé en tant que principe universel et permanent que la conviction du défenseur lui-même est indifférente et qu'elle n'a pas à entrer en considération¹. Cette prise de position catégorique, qui pourrait choquer les gens non avertis, découle à la fois des principes généraux qui régissent le procès pénal et la défense, et des exigences de l'administration de la Justice.

¹ Von Liszt déclare : « Auch er (der Verteidiger) ist da um der Wahrheit zu dienen, in dem er seiner Parteirolle treu bleibt. Seine persönliche Ueberzeugung ist gleich gültig. Er hat die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen. Je entschiedener er das tut, desto fester hoffen wir, dass die Wahrheit zu Tage treten werde », op. cit. p. 180 — voir aussi : Von Lilienthal op. cit. p. 103 — Löwe-Rosenberg op. cit. p. 640 — Ebermaier op. cit. p. 137 — Spahlinger op. cit. p. 1321 — Citons l'Autorité que représente le professeur Thormann : il écrit : « Die Pflicht des Verteidigers, einzeitig die Interessen des Angeschuldigten zu wahren, bedingt durchaus nicht, dass er Tatsachen als auf seiner persönlichen Ueberzeugung berufen darstellt, wenn er innerlich an die Wahrheit derselben nicht glaubt. Dadurch würde ihm eine Illoyalität zur Pflicht gemacht die dazuführen musste, alle redlichen Leute vom Verteidigeramte

En effet, il faut relever tout d'abord, à l'appui de cette thèse, le principe, tant de fois énoncé, selon lequel le défenseur ne peut participer à la condamnation de son client. Dès lors, si par malheur — et la collusion risque d'être fréquente — sa conviction ne correspond pas au point de vue qu'il doit défendre, en faisant connaître son opinion, il accablerait son client, ce qui serait inadmissible². D'où l'exigence impérative pour lui, de ne pas mettre à nu, devant le Juge, son âme et conscience.

Au surplus, les juristes, les pénalistes, les criminologues les plus avisés, n'ont jamais la prétention de pouvoir dire, d'entrée de cause, quelle était « la » solution juste³. Tant l'interprétation des faits que celle du droit offre de la complexité, de l'incertitude ; des avis différents sont donc possibles. Et c'est dans la mesure où l'on évoque tous ces « possibles », allant presque jusqu'à l'impossible, qu'on peut éviter l'erreur judiciaire. C'est pour cela qu'il y a deux parties aux procès, et que le Juge ne saurait former sa conviction avant d'avoir entendu plaider l'une et l'autre partie, avant d'avoir ouï l'exposition de tout ce qui est possible.

3. LE DÉFENSEUR N'A PAS À DONNER SON OPINION :

Et qui va prétendre maintenant que la profession d'avocat, la fonction de défenseur, consiste à étaler devant les Tribunaux son opinion personnelle. Personne assurément⁴. L'on a recours à l'homme de loi, lorsqu'on désire que son point de vue soit juridiquement et correctement défendu. Que nous importe alors que notre

» fernzuhalten. Das Gericht hat weder einen Anspruch darauf die persönliche
» Ueberzeugung des Verteidigers kennen zu lernen, noch hat die Rechtspflege
» ein Interesse nach dieser Richtung hin. Vielmehr liegt es in der Aufgabe des
» Verteidigers von seinem persönlichen Standpunkte völlig abzusehen und rein
» objectiv die zu Gunsten des Angeschuldigten sprechenden Tatsachen und
» Gründe anzugeben. Es kann Fälle geben in welchen ein Verteidiger es als in
» seiner Aufgabe liegend ansehen kann, auch das Gericht seiner persönlichen
» Ueberzeugung mit in die Wagschale zu werfen, und insofern er dies in loyaler
» Weise tun kann, wird ihm niemand deshalb einen Vorwurf machen : die
» Pflicht hierzu muss jeder prinzipiell verneint werden, gerade nur der Vertei-
» digung, die mit Rücksicht auf Ihre Aufgabe unerlässliche Bewegungsfreiheit
» zu wahren. « Thormann » Ueber die Amtliche Verteidigung ». Dans Revue des
Juristes hernois (Z.B.J.V.) 1904, p. 257 (p. 365).

² Voir sur ce point Ebermayer *op. cit.* p. 137 et Löwe-Rosenberg *op. cit.* p. 640.

³ Spahlinger *op. cit.* p. 1321.

⁴ Spahlinger *op. cit.* p. 1321.

mandataire ait sur notre cause telle ou telle opinion. Le défenseur n'est pas un témoin de moralité, qui aurait pour mission de dire devant le Juge ce qu'il pense de son client. Car si c'était le cas, il s'avérerait fort difficile, pour ne pas dire impossible, de trouver le défenseur qui épouserait la manière de voir du prévenu. Il s'ensuit donc que le défenseur n'a pas à faire état de sa conviction personnelle, ou du moins qu'il est habilité à ne pas la prendre en considération. Il est ainsi loisible à ceux qui en sentent le besoin de ne jamais parler contre leur propre conviction.

On comprend par ailleurs que le justiciable ait quelque peine à admettre cette thèse. Cependant, il n'y a aucun doute qu'il en est lui-même le premier bénéficiaire, car en l'absence d'une telle règle, l'administration de la justice serait considérablement entravée. On se place d'ailleurs trop exclusivement sur le plan moral, et sur un plan moral qui fait abstraction des besoins d'une société civilisée, lorsqu'on traite le défenseur de « menteur à gage ». C'est en connaissance de cause, en considération de toutes les exigences d'une saine administration de la justice qu'il faut examiner le problème. Et l'on ne peut le faire qu'en admettant sans restriction ce principe.

4. LE PROBLÈME PARTICULIER DE LA PLAIDOIRIE : Le problème de la conviction du défenseur se pose dans toute son acuité lors de la plaidoirie. Le défenseur peut-il plaider non coupable alors qu'il est convaincu de la culpabilité de son client ? Voilà le point crucial autour duquel on se bat.

a) *Une distinction préliminaire :* Une remarque préliminaire s'impose : Pour que le défenseur demande l'acquiescement, c'est que la preuve de l'infraction n'a pas été rapportée à satisfaction de droit, et qu'il subsiste un doute. S'il n'en était pas ainsi, il ne viendrait jamais à l'idée du défenseur de plaider non coupable à l'encontre de faits indubitables, exception faite de l'hypothèse où des motifs de droit — par exemple la prescription — justifient la libération.

b) *A la recherche d'une solution :* Venons-en maintenant au problème lui-même. S'il est complexe, c'est qu'il n'est plus possible de distinguer entre l'interprétation et l'affirmation, comme nous l'avons fait précédemment. La plaidoirie est à la fois l'un et l'autre. Le défenseur, tour à tour, interprète, argumente, affirme, proclame et prétend. Il ne manquera pas ainsi d'influencer le Juge. Le défenseur qui, de tout le poids de sa personnalité et de sa fonction, vient affirmer à la barre que son client, qu'il connaît mieux que n'importe qui, est innocent, apporte un complément de preuve, remplace les

preuves non rapportées, et peut, par là, faire pencher la balance en faveur de l'accusé. On éprouve dès lors une certaine gêne, pour ne pas dire un sentiment d'injustice, en voyant le défenseur apporter une preuve, ou une preuve de remplacement, adultérée. Cependant, si on ne lui reconnaît pas cette faculté, son silence sur la question de la culpabilité, sa réserve, l'absence d'une conviction — apparente — de non culpabilité, ne va-t-elle pas elle aussi constituer une preuve — preuve de remplacement — mais à charge cette fois ? Ici, à nouveau, le défenseur agirait contrairement au droit. Y a-t-il entre ces deux positions un point d'équilibre ? Peut-être. En tous les cas, il sera difficile à trouver. La situation apparaît donc inextricable. Si l'on ne fait pas intervenir d'autres éléments, la solution dépendra des règles de déontologie.

c) *La solution en droit français* : Connaissant la discipline sévère du barreau français, on ne s'étonnera pas de voir les auteurs d'outre-Jura adopter une ligne de conduite très réservée : C'est ainsi que Crémieu affirme : « Lorsque son client lui a fait l'aveu de sa culpabilité, il doit se garder de le divulguer sous peine de violer le secret » professionnel. Mais s'il lui demande de plaider néanmoins son » innocence, l'avocat, sous peine d'agir contre sa conscience doit, on » bien se dessaisir de l'affaire, ou se borner à plaider le doute. Il doit » agir de même lorsque le prévenu ou l'accusé s'obstine à nier, » malgré l'évidence des faits et l'aveu formel de co-prévenus » ⁵.

Payen et Duveau sont moins catégoriques, sans pour autant admettre que le défenseur, dans ces conditions, plaide non coupable : « Il ne pourrait admettre que l'accusé après lui avoir avoué le crime » qu'il nie devant les Juges, prétendit l'obliger à plaider l'innocence. » Mais il n'a pas à forcer les confidences ni à s'efforcer de pénétrer » les secrets d'une âme qui veut rester fermée. Si l'accusé s'obstine » à nier malgré la vraisemblance des faits, l'avocat qui n'a pu le » convaincre du danger de cette attitude, doit-il l'abandonner ? Pas » nécessairement. Il y a des raisons sans doute qui expliquent, à » défaut de les justifier, cette négation obstinée. L'avocat peut les » faire valoir. Il plaidera le doute objectivement, comme on plaide » une hypothèse » ⁶.

d) *La solution en droit allemand* : Quant à la doctrine allemande, elle a fait appel pour résoudre le problème à la règle selon laquelle l'accusé contre qui la preuve du délit n'a pas été rapportée

⁵ Louis Crémieu « Traité de la profession d'avocat » p. 270.

⁶ Payen et Duveau op. cit. p. 297.

à satisfaction de droit, a une prétention légitime à l'acquiescement ⁷. Il est vrai que ce principe est infirmé par d'aucuns qui le prétendent non fondé ⁸. Il n'en résulte pas moins que l'ensemble de la doctrine germanique reconnaît expressis verbis le droit au défenseur de demander l'acquiescement, même s'il est convaincu de la culpabilité de son client ⁹. Qui plus est, le Tribunal d'Empire lui-même a reconnu expressément ce principe ¹⁰. Sous le poids d'une telle autorité n'est-il pas indiqué de clore le débat et de déclarer la cause entendue ? L'affirmative s'imposerait si certains auteurs ne laissaient subsister des doutes en se livrant à des distinctions parfois subtiles.

⁷ Henkel op. cit. p. 211, nie expressément l'existence d'un tel droit. Il n'en reconnaît cependant pas moins la faculté pour le défenseur de demander l'acquiescement, indépendamment de sa conviction personnelle.

⁸ Klaus Seibert « Konfliktslagen für Anwalt und Verteidiger » dans Juristische Rundschau 1951, p. 678 (679) — et pour la Suisse : Hoffstetter op. cit. p. 19.

⁹ Löwe-Rosenberg, op. cit. p. 640 — Henkel op. cit. p. 215 — Schönke op. cit. p. 700 ad § 257 — Beling « Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit einsehen des Strafgerichtsverfassungsrecht » p. 150 — Justus von Olshausen « Kommentar zum Strafgesetzbuch » vol. 2 ad § 257, no 15 a p. 1033 — Scanzoni op. cit. p. 3587 — Köhler op. cit. p. 67 — Erich Mühlmann et Gert Bommel op. cit. p. 582. Klaus Seibert op. cit. p. 679. — Hoffstetter op. cit. p. 119.

¹⁰ « Richtig ist, dass der Tatbestand der Begünstigung, der ein Rechtswidriges Handeln voraussetzt entfällt, wenn dem Handelnden eine im öffentlichen Rechte wurzelnde Befugnis zu seinem Tun zur Seite steht (R.G.St. 35 p. 128) und dass dem Verteidiger in weitem Umfange das Recht zuzugestehen ist, sich für Freisprechung seines Auftraggebers auch dann einzusetzen, wenn er von dessen Schuld überzeugt ist. Das hat die Strafkammer aber auch nicht verkannt. Gewiss ist darin keine Strafrechtlich zu verfolgende Begünstigung zu finden, wenn ein Verteidiger, obgleich sein Auftraggeber ihm ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat, dessen Schuld bestreitet und darzutun versucht, dass die Anklagebehörde keinen vollen Schuldbeweis erbracht habe, E.R.G. t. 66 p. 316 en particulier p. 325. Wirkte er zwar auf den Willen G.S. ein, aber nicht auf irgendwelche Umstände ausserhalb dieses Willens, und auch nur in der Weise, dass er G. von der Selbstgestellung abhielt, nicht etwa derart, dass er ihm ein Tätigwerden zur Verdunklung des Sachverhalts ansieht... Sie beeinflusste die Möglichkeit seiner Strafverfolgung nur durch Hinderung der Selbstanzeige, zu der G. rechtlich ohnedies nicht verpflichtet war... Im Uebrigen darf ein Strafverteidiger, ohne sich den Strafrechtlichen Vorwurf der Begünstigung auszusetzen dann noch einen Freispruch des Angeklagten anstreben, wenn er dessen Schuld kennt, solange er sich jeder bewussten Verdunklung der Sachverhalts und jeder Erschwerung der Strafverfolgung enthält und sich bei seinem Vorgehen auf verfahrensrechtlich erlaubte Mittel beschränkt... Auch unter diesen Gesichtspunkt ist ein Rat des festgestellten Inhalts keine Begünstigung ». E.B.G.St., t. 2, p. 375.

Selon ceux-ci ¹¹, il faudrait distinguer le cas où le défenseur est convaincu de la culpabilité de son client sans en avoir la preuve, du cas où le défenseur sait, presque toujours par un aveu, que l'inculpé est bien l'auteur de l'infraction. Dans le premier cas, l'acquiescement pourrait toujours être demandé, alors que dans le second, cela serait incorrect. Plaider le doute ou abandonner le mandat seraient les seules solutions admissibles. C'est en partant de l'idée qu'une conviction peut être erronée alors qu'une connaissance ne peut pas l'être, qu'on aboutit à une telle solution.

Mais cette argumentation semble ressortir exclusivement au domaine moral et ne reposer sur aucun motif juridique. D'ailleurs quelle différence y a-t-il entre l'aveu du criminel et une conviction bien étayée ?

e) *Conclusion* : Il est fort difficile de conclure dans un tel débat sur une question si discutée. Il semble cependant que nous puissions incliner vers l'admissibilité du principe au vu de motifs juridiques sérieux, appuyé que nous sommes par la doctrine dominante et surtout par l'autorité du Tribunal d'Empire. Une certaine retenue dans les termes sera sans doute de mise.

¹¹ Kern op. cit. p. 80 — Von Listz op. cit. p. 180 — Spahlinger op. cit. p. 1321.

Bibliographie

I. Principaux ouvrages consultés

- ABETZ Otto. — *D'une prison*, Ed. Amiot-Dumont, Paris 1949.
- AUBERT Jean-François. — *Traité de droit constitutionnel suisse*, jurisprudence, Dalloz Paris, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel 1967.
- BABY Jules. — *De l'intervention du défenseur dans la procédure pénale*, thèse, Lyon 1899.
- BELING Ernst. — *Deutsches Reichstrofprozessrecht mit Einschein des Strafgerichtverfassungsrechts*, Ed. Walter de Gruyter et Co, Berlin et Leipzig 1928.
- BELLOT P.-F. — *Loi sur la procédure civile du canton de Genève*, Genève 1877.
- BESSON A. — *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Paris, Dalloz 1956.
- BOHN Gerhard. — *Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen*, thèse, Zurich 1938.
- BOMMEL Gert et MUHLMANN Erich. — *Das Strafgesetzbuch*, Fachbuchverlag Georg Pfaffelhuber, Regensburg 1949.
- BOUZAT Pierre. — *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris 1951.
- BOUZAT Pierre et PINATEL Jean. — *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz 1963.
- BUCH Henri. — *La réforme de l'instruction pénale*, Bruxelles 1950.
- CAP Henri. — *La position de l'avocat devant les juridictions répressives de droit commun*, thèse, Paris 1949.
- CHAMBON Pierre. — *L'instruction contradictoire et la jurisprudence*, Libr. technique, Paris 1953.
- CHAZAL Jean. — *L'enfance délinquante*, Presses universitaires de France, Ed. *Que sais-je*, Paris 1953.
- CLERC François. — *Contribution à la bibliographie des travaux consacrés à la procédure pénale en Suisse*, mémoires de l'Université de Neuchâtel, t. 29, Neuchâtel 1966.
- CLERC François. — *Introduction à l'étude du Code Pénal Suisse*, Lausanne 1942 et *Cours élémentaire sur le Code Pénal Suisse*, part. spéciale 2 vol., Lausanne 1943-45.
- CLERC François. — *Justice pénale et civile*, collection publiée à l'occasion du Centenaire de la République, Neuchâtel 1948.
- CLERC François. — *Le procès pénal en Suisse romande*, Ed. de l'Épargne, Paris 1955.

- CLERC François. — *Strafprozess und Rechtsstaat*, Schulthess 1956.
- COHENDY Georges. — *L'art de la plaidoirie*, 3^e éd., Paris, Libr. gén. de droit et de jurispr. 1948.
- COLLIGNON Théo. — *Initiation à la pratique du barreau*, Bruxelles 1940.
- COLLIGNON Théo et VON DER MADE Raoul. — *La loi belge de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude*, Ed. Maison Ferdioand Larcier S. A. 1943, Bruxelles.
- CRÉMIEU Louis. — *Traité de la profession d'avocat*, 1^{re} Ed. Paris 1939, 2^e éd., Paris 1954.
- DALKE. — *Strafrecht und Strafverfahren*, 36^e Ed. J. Schweizer Verlag, Berlin 1955.
- DAVATZ Florian-Emile. — *Die Rechtsanwaltschaft im Gebiete des Kantons Tessin*, thèse, Zurich 1948.
- DEGOUMOIS Valy. — *Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse*, thèse, Neuchâtel 1957.
- DE GREEF Etienne. — *Introduction à la criminologie*, t. 1, Presses Universitaires de France, Paris 1948, 2^e éd.
- DEPEIGES Joseph et FAUSTIN-HÉLIE. — *Pratique criminelle des Cours et Tribunaux*, 1^{re} part., Paris, Libr. du juris classeur 1928.
- DONNEDIEU DE VABRES H. — *Précis de droit criminel*, 3^e éd. Dalloz, Paris 1953.
- DORER Max. — *Der Verteidiger in Strafsachen*, Berne 1943.
- DREHER Hermann. — *Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen* C.-H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1954.
- DUBI Anita. — *Die Geschichte des bernischen Anwaltschaft*, thèse, Berne 1955.
- DUBOIS Maurice. — *Ces enfants qui ont failli*, Office de publicité S. A., Bruxelles 1952.
- DUEZ et DEBEYRE. — *Troité de droit administratif*, Paris, Dalloz 1952.
- DUMAS Jacques. — *De la réforme de l'instruction préparatoire*, thèse, Paris 1950.
- DURR Alfred et LUCAS Hermann. — *Anleitung zur Strafrechtlichen Praxis*, Verlag Otto Liebmann, 5^e éd. 1930.
- EBERMAYER Ludwig, LOBE Adolf, ROSENBERG Werner. — *Reichstrafgesetzbuch*, 3^e éd., Berlin, Leipzig 1925, Walter de Gruyter et Co.
- ENCYCLOPÉDIE JURIDIQUE. — Dalloz. Répertoire de droit criminel et de procédure pénale, publié sous la direction de Besson. Droit Criminel, T. 1.
- FAUSTIN-HÉLIE. — *Troité de l'instruction criminelle*, Paris 1866.
- FAUSTIN-HÉLIE. — *Analyse de commentaire du code de procédure pénale, loi du 31 décembre 1957*, par J. Brouchet, J. Gogier et F. Brouchet, Paris 1958-1960.

- FAUSTIN-HÉLIE et DEPEIGES Joseph. — *Pratique criminelle des Cours et Tribunaux*, 1^{re} part., Paris, Libr. du juris classeur 1928.
- FAVRE Antoine. — *Droit constitutionnel suisse*, Ed. universitaires, Fribourg 1966.
- FIDEK Alois. — *Das Berufrecht der Anwälte und Rechtsagenten in Kanton St-Gallen*, thèse, St-Gall 1951.
- FOSSE Robert. — *La responsabilité civile des avocats*, thèse, Montpellier 1935.
- FORSTHOFF Ernst. — *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, C.-H. Beck'sche München, Berlin 1951, 2^e éd.
- FRITZSCHE Hans. — *Begründung und Ausbau der Neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zurich*, Ed. Orell et Füssli, Zurich.
- GARÇON Maurice. — *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Paris 1941.
- GARÇON Maurice. — *L'Avocat et la Morale*, Bucher/Chastel, Paris 1963.
- GARRAUD René. — *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris 1907.
- GAUDRY. — *Histoire du barreau de Paris*, 2 vol., Auguste Durand Ed., Paris 1864.
- GAZIER H. — *Le pouvoir désicrétionnaire du Président des Assises*, thèse, Paris 1904.
- GERLAND Heinrich. — *Der deutsche Strafprozess*, Ed. J. Bensheim 1927.
- GEUSER DE Robert. — *L'immunité judiciaire*, thèse, Paris 1918.
- GORGERAT Charles. — *Le barreau vaudois*, Lausanne, Imprimerie Centrale S. A. 1937.
- GORPHE François. — *Les décisions de justice*, Presses Universitaires de France 1952.
- GORPHE François. — *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, Libr. du Recueil Sirey 1947.
- GRAVEN Jean. — *L'obligation de parler en justice*, Droit et Vérité 1946. Publication de la faculté de droit de l'Université de Genève.
- GROSSEN Jacques-Michel. — *Schweizerisches Privatrecht*, t. II, Verlag Von Kelbing und Lichtenhahn, Bâle et Stuttgart 1967.
- HAMELIN Jacques. — *Paradoxe sur l'avocat*, Libr. Gén. de droit et de jurisprudence 1949.
- HENGGELER Otto. — *Die Prozesssubjunkte im zugerischen Strafverfahren insbesondere das Gericht*, thèse, Berne 1944.
- HENKEL Heinrich. — *Strafverfahrensrecht*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln 1953.
- HERMANN et SACK. — *Der Strafverteidiger*, Deutsches Rechtsleben R.-V. Deckers Verlag, Berlin.
- HEUYER G. — *Narco-analyse et narco-diagnostic*, Ed. L'expansion scientifique française, Paris 1949.

- HIPPEL VON Rabert. — *Der deutsche Strafprozess*, Marburg 1941.
- HOFSTETTER Max. — *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers wegen Begünstigung*, thèse, Berne 1938.
- HUBATKA Bruno. — *Thurgauischer Anwaltsrecht*, thèse, Zurich 1951.
- Publication Ecole communale de St-Gall. — *Das neue Strafrechtspflegegesetz des Kantons St-Gallen*, St-Gall 1955. Vartrüge des 85. Kurses der schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelsschule St-Gallen am 29. und 30. Oktober 1954.
- ISORNI Jacques. — *Je suis avocat*, Ed. du Conquistador, Paris 1951.
- JURISPRUDENCE FRANÇAISE 1807 à 1952. — Ed. technique S. A., Paris.
- KATHRINER Emil. — *Die Strafrechtspflege im Kanton Obwalden nach Gesetz und Praxis*, thèse, Berne 1939.
- KELLERHALS Otto. — *Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag*, thèse, Berne 1953.
- KERN Edouard. — *Strafverfahrensrecht*, C.-H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1965, 7^e éd.
- KRAFFT Agénar. — *Le droit au divorce*, Ed. Lex 1949.
- KUHN H. — *Die Frage der Schaffung eines eidgenössischen Anwaltsgesetzes*, Lucerne 1942.
- LAIGNEL-LAVASTINE M. et STANCIU V. — *Précis de criminologie*, Bibliothèque scientifique Payot, Paris 1950.
- LANZ Ernst. — *Die Stellung des Verteidigers im bernischen Verfahren*, thèse, Berne 1939.
- LINDEGGER T. — *Die Anwaltschaft im Gebiete des Kantons Aargau*, thèse, Zurich 1911.
- LOBE Adolf, EBERMAYER Ludwig, ROSENBERG Werner. — *Reichstrafgesetzbuch*, 3^e éd., Berlin, Leipzig 1925, Walter de Gruyter et Co.
- LONDON Géo. — *Erreurs judiciaires*, Ed. S.E.P.E. 1948, Paris.
- LÖWE-ROSENBERG. — *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*, 21^e éd., Walter de Gruyter et Co, Berlin 1963.
- LUCAS Hermann et DURR Alfred. — *Anleitung zur Strafrechtlichen Praxis*, Verlag Otto Liebmann, 5^e éd. 1930.
- MARTIN-ACHARD Edmond. — *Le rôle de l'avocat*, Librairie de l'Université, Genève 1950.
- MELLOR Alex. — *Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle*, Paris 1952, Ed. Domat Montchrestien.
- MELLOR Alex. — *La torture*, Paris 1949.
- MELLOR Alex. — *La connaissance du délinquant par la défense*, tiré de l'examen médico-psychologique et social des délinquants. Conférences publiées par G. Henyer et J. Pinatel. Premier cours international de criminologie. Maison centrale de Melun, Paris 1953.

- MOLIERAC. — *Initiation au Barreau*, Paris.
- MOTH Karl. — *Das Honorar des Anwaltes, seine Handaction und das Recht ihrer Zurichbehaltung*, thèse, Zurich 1937.
- MUHLMANN Erich et BOMMEL Gert. — *Das Strafgesetzbuch*, Fachbuchverlag Georg Pfaffelhuber, Regensburg 1949.
- PUBLICATION DES NATIONS UNIES. — *Etude comparée sur la délinquance juvénile. Deuxième partie. Europe*. Nations Unies. Département des questions sociales. Publications des Nations Unies 1952.
- OLSHAUSER V. Justus. — *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, für das deutsche Reich. Verlag von Franz Vahler, Berlin 1916, 10^e éd.
- OPPENHOFF Friedrich. — *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Berlin 1891, 12^e éd.
- OSTERTAG F. — *Actes illicites*, Fiche juridique suisse no 696.
- PAYEN Fernand. — *Le barreau, L'art et la fonction*, Ed. Bernard Grasset, Paris 1934.
- PAYEN Fernand et DUVEAU Gaston. — *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, Paris 1936, Libr. du Recueil Sirey.
- PERROT DE Charles-Auguste. — *Observation sur la législation et la pratique criminelle de la principauté souveraine de Neuchâtel et Volangin*, Bibliothèque de la Ville de Neuchâtel.
- PETERS Karl. — *Strafprozess*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 2^e éd. 1966.
- PFENNINGER H.F. — *Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes*, Schulthess L., Zurich 1966.
- PIMIANTA Louis. — *Le secret professionnel de l'avocat*, thèse, Paris 1937.
- RASPAL Henri. — *L'évolution des droits de la défense devant les juridictions d'instruction*, thèse, Montpellier 1924.
- RÉPERTOIRE PRATIQUE DE DROIT BELGE. Direction Emile Brunet, Jean Servais, Charles Resteau. Bruxelles. Etabl. Emile Bruylant. Paris. Librairie générale de droit 1949.
- ROSENBERG Werner, EBERMAYER Ludwig, LOBE Adolf. — *Reichstrafgesetzbuch*, 3^e éd., Berlin, Leipzig 1925, Walter de Gruyter et Co.
- ROSSEL Claude. — *Le déni de justice formel dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral*, thèse de licence, Lausanne 1951.
- ROUX J.-A. — *Cours de droit criminel français*, t. 2, Procédure pénale, Rec. Sirey, Paris 1927, 2^e éd.
- RUTH Max. — *Der Verteidiger im schweizerischen Strafprozessrecht*, thèse, Berne 1904.
- SACK et HERMANN. — *Der Strafverteidiger*, Deutsches Rechtsleben, R.V. Decker's Verlag, G. Schenk, Berlin W. 15.
- SAILLARD Paul. — *Le rôle de l'avocat en matière criminelle*, thèse, Paris 1904.
- SAVATIER Jean. — *Etude juridique de la profession libérale*, thèse, Poitiers 1946.

- SCHAFFNER Marc-Antoine. — *L'autorisation de révéler un secret professionnel*, thèse, Lausanne 1952.
- SCHMIDT E. — *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2^e éd., Göttingen 1964.
- SCHNEIDER Robert. — *Die Verteidigung im schweiz. Jugendstrafrecht*, thèse, Zurich 1944.
- SCHNELLER Max. — *Die Organisation und Selbstdisziplin der Advokatur in Frankreich und Deutschland und ihre Wesenverwandten Elemente im schweizerischen Anwaltsrecht*, thèse, Zurich 1936.
- SCHÖNKE Adolf et SCHNOBE Horst. — *Strafgesetzbuch*, C.-H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 10^e éd. 1961.
- SCHUDEL Hans. — *Fürsprechen und Anwälte im schaffhauserischen Recht*, thèse, Zurich 1940.
- SCHWARZ Otto. — *Strafprozessordnung*, C.-H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1953, 15^e éd.
- SCIZE Pierre. — *Au grand jour des assises*, Paris 1955.
- STAMM Hans. — *Der Beschuldigte und sein Verteidiger im schaffhausensichen Recht*, thèse, Berne 1940.
- STREIFF Heinrich. — *Die Strafrechtspflege im Kanton Glaris*, thèse, Zurich 1948.
- TENEKIDES C.-G. — *De la défense en matière criminelle*, thèse, Paris 1897.
- TRAUTWEILER H. — *Aargauischen Anwaltsrecht*, thèse, Berne 1946.
- TUHR VON Andréas. — *Partie générale du code fédéral des obligations*, Trad. M. De Torrenté et E. Thilo, Lausanne 1933.
- URECH Hans. — *Der Rechtsanwältkandidat*, thèse, Zurich 1949.
- VARGHA Julius. — *Die Verteidigung in Strafsachen*, Verlag des Manz'schen K.-K. Hof-Verlags- und Universitäts, Buchhandlung, Wien 1879.
- VELGE Henri. — *Les tribunaux pour enfants*, Etabl. Emile Bruylant, Bruxelles 1941.
- VEYRAT Pierre. — *Des infractions d'audience commises par les avocats et de leur répression par les Tribunaux*, thèse, Grenoble 1938.
- VIDAL Georges. — *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd par Joseph Magnol. Ed. Rousseau 1949.
- WAIBLINGER Max. — *Das Strafverfahren der Kanton Bern*, Ed. Merken A. G., Langenthal 1937-1942.
- WAUTERS Edouard. — *Le droit pénal des jeunes délinquants*, Ed. Maison Ferdinand Larcién S. A., Bruxelles 1950.
- WERNER Georges. — *Le secret professionnel*, thèse, Genève 1907.
- ZUBER Walter. — *Die Entwicklung der Verteidigung im Strafprozessrecht und ihre heutige Ausgestaltung*, thèse, Zurich 1941.
- ZURCHER E. — *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 1920, Ed. Schulthess et Co.

II. Articles de revues

- ANCEL Marc. — *A quel stade de la procédure doit intervenir l'observation du délinquant et comment les résultats doivent-ils en être communiqués au Juge*, Revue internationale de politique criminelle, no 3, p. 22.
- ANCEL Marc. — *Droit pénal et défense sociale*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1953, no 1, p. 144.
- BELING von Ernst et BENDIX Ludwig. — *Zulässigkeit des gerichtlichen Ausschliessung des Wahlverteidigers wegen Verdachts der Begünstigung*, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1927, no 21, p. 511.
- BERTRAND Edmond. — *Plaidoyer pour les avocats*, Dalloz 1952, chronique VI, p. 25.
- BLASS Robert. — *Standespflichten der Rechtsanwälte*, Revue suisse de jurisprudence, t. 40, p. 23.
- BRAND Max. — *Die Vollmacht des Anwaltes im Strafprozess*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, t. 94, p. 31.
- CALEB M. — *Considérations sur le nouveau projet du Code d'instruction criminelle*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1952, no 1, p. 19.
- CHAZAL Jean. — *L'examen médico-psychologique et social des mineurs délinquants*, Revue internationale de criminologie et de police technique 1952, no 4, vol. VI, p. 290.
- CLERC François. — *L'instruction préparatoire en Suisse*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1952, no 2, p. 203.
- CLERC François. — *L'examen médico-psychologique et social des délinquants*, Revue pénale suisse 1952, p. 40.
- CLERC François. — *Du vice de forme comme moyen de recours contre un jugement pénal*, Revue pénale suisse 1953, p. 165.
- CLERC François. — *Les tendances de la réforme de la procédure pénale en Suisse*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé avril-juin 1954.
- CLERC François. — *La place de l'examen scientifique dans la procédure criminelle*, Revue internationale de politique criminelle, no 3, p. 17.
- CLERC François. — *Rapports nationaux sur les systèmes existants d'examen médico-psychologique et social des délinquants*, Revue internationale de politique criminelle, no 3, p. 127.

- CORNIL Paul. — *Considérations générales sur l'examen médico-psychologique et social des délinquants*, Revue internationale de politique criminelle, no 3, p. 7.
- CORNU Charles. — *La législation genevoise et l'exercice de la profession d'avocat*, Semaine judiciaire 1945, p. 593.
- DARBELLAY Jean. — *Le droit d'être entendu*, Revue de droit suisse, t. 83, p. 419.
- DELAQUIN E. — *Die Stellung des Angeschuldigten und des Verteidigers in der Voruntersuchung*, Revue pénale suisse, t. 39, p. 252.
- DUBACH Werner. — *Das Disziplinarrechts der freien Berufe*, Revue de droit suisse, t. 70, p. 1a.
- EBERMAYER. — *Verteidigung und Begünstigung*, Deutsche Juristen Zeitung 32^e année 1927, no 2, p. 134.
- FALCONETTI Hélène. — *Le rôle de l'avocat dans le procès de défense sociale*, Revue internationale de criminologie et de police technique 1957, vol. 11, p. 87.
- FEIGENWINTER E. — *Die Stellung des Anwaltsstandes zur Parteivertretung im Armenrecht*, Revue de droit suisse, t. 22, p. 439.
- GAMBONI Francis. — *Le secret professionnel de l'avocat*, Revue suisse de jurisprudence, t. 19, p. 57.
- GARÇON Maurice. — *La protection de la liberté individuelle durant l'instruction*, Revue internationale de droit pénal 1953, nos 1 et 2.
- GAUTIER Alfred. — *Quelques réflexions sur la défense en matière pénale*, Revue pénale suisse 1907, t. 20, p. 27.
- GRAVEN Jean. — *Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociales*, Revue pénale suisse 1950, p. 82 et 170.
- GRAVEN Jean. — *Les droits de l'accusé dans le procès pénal*, Revue pénale suisse 1956, t. 2, p. 113.
- GRAVEN Jean. — *Retour à la confession en justice*, Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti, vol. 2, p. 227, Padova 1950.
- GREEF DE Etienne. — *L'examen du détenu doit-il se faire avant ou après le jugement*, Revue internationale de politique criminelle, no 3, p. 25.
- HUGUENEY Louis. — Note au Recueil Sirey 1951 II, p. 89.
- HUGUENEY Louis. — *Les droits de la défense devant le Juge d'instruction*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé no 2, 1952, Rec. Sirey, p. 195.
- DELAQUIS Ernest. — *Die Stellung des Angeschuldigten und des Verteidigers in der Voruntersuchung*, Revue pénale suisse 1926, t. 39, p. 252.
- KIEFFE Robert. — *La liberté de la défense*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1952, no 2, p. 195.
- KRAFFT Agénor. — *Le droit disciplinaire des professions indépendantes*, Revue pénale suisse 1948, p. 245.

- KRAFFT Agénor. — *A propos du secret professionnel de l'avocat*, Revue suisse de Jurisprudence, no 36, p. 265.
- KRAFFT Agénor. — *Deux questions d'ordre professionnel*, Revue suisse de Jurisprudence, no 39, p. 313.
- KRAFFT Agénor. — *Monopole des avocats*, Revue suisse de Jurisprudence, no 40, p. 388.
- KRAFFT Agénor. — *Avocats et défense nationale*, Revue suisse de jurisprudence, t. 39, p. 145.
- LEAUTE Jacques. — *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1953, no 1, p. 47.
- LILIENTHAL VON K. — *Verteidigung und Begünstigung*, Deutsche-Juristen-Zeitung, 6^e année, no 5, 1901, p. 101.
- LISZT VON. — *Die Stellung der Verteidigung in Strafsachen*, Deutsche-Juristen-Zeitung, no 6, p. 179.
- MARTIN-ACHARD Edmond. — *La discipline des professions libérales*, Revue de droit suisse, t. 70, 1951, p. 137a.
- MARTIN Alfred. — *Critiques de quelques dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée suisse*, Revue pénale suisse, t. 15, p. 1.
- MELLOR Alex. — *Le rôle de la défense dans le procès pénal*, Revue internationale de criminologie et de police technique, vol. 5, no 3, 1951, p. 186.
- MOOSBRUGGER. — *Sur la revision partielle de la procédure pénale fédérale en matière de droits de la défense*, Revue suisse de jurisprudence 5, 24, 49.
- MURITH Albert. — *De la reformatio in pejus*, Revue pénale suisse 1953, p. 227.
- PERROT Raymond. — *Du serment de l'avocat et de la jurisprudence de la commission de surveillance des avocats*, Semaine judiciaire no 35, 1943, p. 545.
- PFENNINGER H.-F. — *Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten in schweizerischen Strafverfahren*, Revue suisse de Jurisprudence 1957, 53^e année, no 9, p. 129 et no 10, p. 145.
- PFENNINGER H.-F. — *Die Grundsätzliche Stellung der Verteidigung in modernen Strafverfahren*, Festgabe für Emil Zürchen, p. 163. Bern Verlag Von Stämpfli 1920.
- PFENNINGER H.-F. — *Die Verteidigung im zürcherischen Jugendstrafrecht*, Revue pénale suisse, t. 39, p. 54.
- PICOT Albert. — *La valeur morale de la profession d'avocat*, Revue de droit suisse, no 46, p. 159.
- ROUX J.-A. — Note au Recueil Sirey 1925 I, p. 185.

- SASSERATH M. — *Procédure accusatoire et procédure inquisitoriale*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1952, no 1, p. 35.
- SAUVEL Jean. — *Les immunités judiciaires*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1950, p. 557.
- SCANZONI V.G. — *Kann das Gericht den Verteidiger ausschliessen*, Juristische Wochenschrift 1932, t. 3, p. 3583.
- SEIBERT Claus. — *Konfliktlagen für Anwalt und Verteidiger*, Juristische Rundschau 1951, p. 678.
- SIEREN Alexandre. — *Anwaltsgeheimnis und Meldepflicht deutscher Vermögenswerte*, Revue suisse de Jurisprudence, t. 41, p. 255.
- SIMONIN C. — *L'expertise médicale dite contradictoire*, Revue internationale de criminologie et de police technique 1954, no 2, vol. 8, p. 98.
- SPÄHLINGER. — *Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts im Strafprozess*, Juristische Wochenschrift, 36^e année, 1934, vol. 2, p. 1317.
- THORMANN. — *Über die amtliche Verteidigung*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, t. 40, no 5, 1904, p. 257 et no 6, 1904, p. 317.
- UGUEUX G.-A. — *Le rôle de l'avocat dans les nouvelles procédures de défense sociale*, Revue de droit pénal et de criminologie 1954-1955, no 1, octobre 1954.
- VOUIN Robert. — *L'interrogatoire de l'accusé par le Président de la Cour d'Assises*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1955, no 1.
- VRIJ M.-P. — *L'influence de la criminologie sur l'évolution du procès pénal*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé no 2, 1952, p. 223.
- WAIBLINGER M., LANZ R. et JATON R. — *La protection de la liberté individuelle durant l'instruction*, Revue internationale de droit pénal : 1^{er} et 2^e trimestre 1953, nos 1 et 2.
- WIEDMANN Celle. — *Der Ausschluss eines Verteidigers wegen des Verdachts der Begünstigung setzt schwerwiegende Gründe voraus*, Juristische Rundschau 1950, p. 570.
- WUST E. — *Parteivertretung und Verteidigung im Gesetzentwurf betr. den zürcher. Strafprozess vom. 6. Mai 1910. Eine Erwiderung*, Revue suisse de jurisprudence, t. 9, p. 369.

III. Législation :

A) Procédure et lois annexes :

ALLEMAGNE :

Strafprozerordnung des 1. februar 1877 et 12. november 1950, modifiée les 30 août 1951, 4 août 1953, 11 juin 1957 et 19 décembre 1964.

FRANCE :

Législation :

Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume du mois d'août 1670.

Code d'instruction criminelle du 17 novembre 1808.

Code de procédure pénale du 31 décembre 1957 avec les modifications survenues jusqu'en 1966.

Travaux préparatoires :

Projet du Code d'instruction criminelle du 5 juillet 1955.

SUISSE :

Loi d'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée fédérale du 28 juin 1889. R.S. 3, p. 451.

Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934. R.S. 3, p. 295.

FRIBOURG :

Code de procédure pénale du Canton de Fribourg, du 11 mai 1927.

Loi sur l'Assistance judiciaire, du 3 mai 1933, révisée le 28 avril 1950 et le 6 mai 1966.

Loi d'organisation judiciaire, du 22 novembre 1949, modifiée le 14 novembre 1958.

GENÈVE :

Législation :

Code d'instruction pénale du 25 octobre 1884.

Code de procédure pénale du Canton de Genève du 7 décembre 1940.

Travaux préparatoires :

Travaux de la commission d'experts chargée de préparer la révision du Code de procédure (1950-1954).

Projet du Code de procédure pénale du Canton de Genève, juin 1952.

NEUCHÂTEL :

Législation :

Loi de procédure criminelle du 16 décembre 1835. (Recueil de pièces officielles, Neuchâtel 1849, t. III, p. 35).

Code de procédure pénale neuchâtelois de 1861.

Code de procédure pénale neuchâtelois de 1893.

Loi sur le barreau du 20 mai 1914.

Code de procédure pénale neuchâtelois du 15 avril 1945.

Règlement général des prisons du 9 novembre 1945.

Statuts et règlements de l'ordre des avocats neuchâtelois des 3 décembre 1949 et 7 octobre 1950.

Travaux préparatoires

Bulletin législatif (Neuchâtel).

Bulletin du Grand Conseil (Neuchâtel).

Extraits des procès-verbaux de la commission chargée de préparer la révision du CPPN (1943-1956).

VALAIS :

Législation :

Code de procédure pénale du Canton du Valais du 24 novembre 1848.

Code de procédure pénale du Canton du Valais du 22 février 1962.

Travaux préparatoires :

Projet du Code de procédure pénale du Canton du Valais de 1946.

VAUD :

Législation :

Code de procédure pénale du Canton de Vaud du 3 septembre 1940.

Travaux préparatoires :

Rapport de Mes Maurice Baudat et Claude Bonnard à la commission d'experts pour la réforme de l'information pénale du 26 avril 1955.

B) Autres textes :

Code civil suisse du 10 décembre 1907. R.S. 2, p. 3.

Code fédéral des obligations du 30 mars 1911. R.S. 2, p. 189.

Code pénal suisse du 21 décembre 1937. R.S. 3, p. 193.

Avant-projet d'un texte nouveau de l'art. 33 de la Constitution fédérale concernant l'exercice de la profession d'avocat et d'une loi fédérale sur les avocats élaborée par la commission désignée, le 12 novembre 1942, par le comité de la fédération suisse des avocats, accompagné d'un commentaire rédigé par M. Robert Blass, docteur en droit et avocat à Zurich.

IV Répertoire des périodiques

I. Périodiques suisses :

Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zurich).
Bulletin de jurisprudence pénale (Berne et Neuchâtel).
Informations pénitentiaires suisses.
Journal des Tribunaux (Lausanne).
Recueil officiel des arrêts de la Cour de Cassation pénale neuchâtoise (Neuchâtel).
Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral (Lausanne).
Recueil officiel des arrêts du Tribunal militaire de Cassation (Berne).
Revue de droit suisse (Bâle).
Revue pénale suisse (Berne).
Revue suisse de jurisprudence (Zurich).
Revue valaisanne de jurisprudence (Sion).
Semaine judiciaire (Genève).
Zeitschrift d. Bernischen Juristen-Vereins (Berne).

II. Périodiques français :

Dalloz, périodique (Paris).
Dalloz, recueil hebdomadaire (Paris).
Dalloz, jurisprudence générale, recueil périodique et critique (Paris).
La Gazette du Palais (Paris).
La semaine juridique. Ed. technique (Paris).
Pandectes françaises. Recueil mensuel de jurisprudence et de législation (Paris).
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. Lib. Rec. Sirey (Paris).
Recueil Sirey (Paris).

III. Périodiques allemands :

Archiv für Strafrecht und Strafprozess. (Goldt-Archiv) Begründet durch Dr Goldammer. Berlin. Decker's Verlag.
Deutsche Juristen-Zeitung. Verlag Otto Liebmann. Berlin.
Deutsche Rechts-Zeitschrift. Verlag J.C.B. Mohr. Tübingen.
Entscheidungen des Reichsgerichts. Berlin et Leipzig.
Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. Strafsachen. Karl Heymann Verlag K.-G. Köln. Berlin.
Juristische Rundschau. Walter de Gruyter. Berlin.

Juristische Wochenschrift. Leipzig.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. München, Berlin und
Leipzig. J. Schneitzer Verlag.
Neue Justiz. Deutscher Zentral-Verlag. Berlin.
Niedersächsische Rechtspflege. Pohl-Druckerei und Verlagsanstalt.
Celle.
Süddeutsche Juristen-Zeitung. Verlag Lambert Cheider. Heidelberg.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Walter de Gruyter.
Berlin.

IV. Périodique belge :

Revue de droit pénal et de criminologie. Bruxelles.

V. Périodiques internationaux :

Revue internationale de criminologie et de police technique. Genève.
Revue internationale de droit pénal. Paris.
Revue internationale de politique criminelle. Nations Unies.

Table des matières

| | |
|------------------------|---|
| Avant-propos | 7 |
|------------------------|---|

Titre premier

| | |
|---|----------|
| Essai d'une théorie sur la fonction de défenseur | 9 |
|---|----------|

CHAPITRE PREMIER

La fonction du défenseur

| | |
|--|----|
| SECTION I. <i>Le défenseur, émanation du droit naturel</i> | 11 |
| 1. Le principe de liberté | 11 |
| 2. Le principe de contradiction | 12 |
| SECTION II. <i>Le défenseur et le prévenu</i> | 13 |
| 1. Les fonctions du défenseur | 13 |
| 2. Assister | 14 |
| 3. Représenter | 15 |
| 4. Défendre | 16 |
| SECTION III. <i>Le défenseur et l'administration de la Justice</i> | 17 |
| 1. Le défenseur partie au procès | 17 |
| 2. Le défenseur organe de la justice | 17 |
| 3. Le défenseur représentant de l'inculpé | 18 |
| 4. Le défenseur « tuteur ad hoc » ou « conseil » | 18 |

CHAPITRE II

Le statut de défenseur

| | |
|--|----|
| 1. Introduction | 21 |
| 2. Le statut de défenseur | 21 |
| a) Le principe de partialité | 21 |
| b) Le principe de liberté | 23 |
| I. Indépendance à l'égard des éléments du procès | 24 |
| II. Indépendance à l'égard du juge | 24 |
| III. Indépendance à l'égard du prévenu | 25 |
| c) Le principe de contradiction | 26 |
| I. En faveur de la défense | 26 |
| II. En faveur de l'accusation | 26 |

CHAPITRE III

Les droits du défenseur

| | |
|---|----|
| 1. Les deux catégories de droits et d'obligations | 29 |
| 2. Importance de la distinction | 30 |

Titre deuxième

| | |
|--|-----------|
| Le droit au défenseur | 31 |
|--|-----------|

CHAPITRE PREMIER

Fondement et nature du droit au défenseur

| | |
|--|----|
| SECTION I. <i>Fondement</i> | 33 |
| 1. L'enseignement du droit naturel | 33 |
| 2. Ses conséquences | 34 |
| 3. Le fondement constitutionnel | 34 |
| 4. Le fondement légal | 36 |
| SECTION II. <i>Nature du droit au défenseur</i> | 37 |
| 1. Droit strictement personnel et d'ordre public | 37 |
| 2. Droit dispositif ou droit impératif | 37 |

CHAPITRE II

Les titulaires de ce droit

| | |
|---|----|
| SECTION I. <i>La jouissance du droit au défenseur</i> | 41 |
| SECTION II. <i>L'exercice du droit au défenseur</i> | 43 |
| SECTION III. <i>L'étendue du droit au défenseur</i> | 44 |
| SECTION IV. <i>Le défenseur d'office</i> | 47 |

CHAPITRE III

La mise en œuvre du droit au défenseur

| | |
|--|----|
| SECTION I. <i>La condition d'optitude</i> | 51 |
| SECTION II. <i>Les incompatibilités</i> | 55 |
| SECTION III. <i>La défense d'office</i> | 61 |
| a) Le défenseur fonctionnaire | 61 |
| b) La désignation du défenseur d'office | 63 |
| SECTION IV. <i>Désignation du défenseur et durée du mandat</i> | 65 |
| 1. La désignation du défenseur librement choisi | 65 |
| 2. La désignation du défenseur d'office | 66 |
| 3. Le temps de cette désignation d'office | 66 |
| 4. La durée du mandat | 67 |

| | |
|--|----|
| SECTION V. <i>Les effets de la désignation</i> | 68 |
| 1. Remarques préliminaires | 68 |
| 2. Les droits du prévenu | 69 |
| 3. Les droits du défenseur | 69 |
| 4. Les droits attribués à l'un et à l'autre | 69 |
| SECTION VI. <i>L'autonomie du défenseur dans la conduite du procès</i> | 70 |

CHAPITRE IV

La garantie du droit au défenseur

| | |
|---|----|
| SECTION I. <i>La garantie constitutionnelle</i> | 73 |
| SECTION II. <i>La garantie légale</i> | 73 |

Titre troisième

| | |
|---|----|
| Le défenseur à l'œuvre | 77 |
| Introduction | 79 |

CHAPITRE PREMIER

L'entrée en scène du défenseur

| | |
|---|----|
| SECTION I. <i>Généralités</i> | 81 |
| SECTION II. <i>L'expérience française</i> | 82 |
| SECTION III. <i>Le système neuchâtelois</i> | 83 |

CHAPITRE II

Le défenseur à l'instruction

| | |
|---|----|
| SECTION I. <i>Les relations défenseur-prévenu</i> | 85 |
| SECTION II. <i>La consultation du dossier</i> | 87 |
| SECTION III. <i>La participation aux actes de l'instruction</i> | 87 |

CHAPITRE III

Le défenseur aux débats

| | |
|---|----|
| Quelques problèmes particuliers | 89 |
| SECTION I. <i>Les adversaires de la défense</i> | 89 |
| SECTION II. <i>La préparation à l'audience</i> | 91 |
| SECTION III. <i>La prise de contact avec les témoins avant l'audience</i> | 92 |
| SECTION IV. <i>La présence du défenseur aux débats</i> | 93 |
| SECTION V. <i>Peut-on retirer la parole au défenseur</i> | 97 |

| | |
|---|-----|
| SECTION VI. <i>La communication des pièces par la défense</i> | 100 |
| SECTION VII. <i>Les communications entre l'accusé et le défenseur</i> | 101 |

CHAPITRE IV

Le défenseur après le jugement

CHAPITRE V

Le défenseur à l'œuvre de lege ferenda

| | |
|---------------------------------------|-----|
| I. A propos d'une évolution | 105 |
| II. Les remèdes | 106 |

Titre quatrième

| | |
|---|-----|
| La personne du défenseur | 109 |
| Introduction | 111 |

CHAPITRE PREMIER

La responsabilité civile du défenseur

| | |
|--|-----|
| I. Introduction | 113 |
| II. La responsabilité pour révocation de mandat | 113 |
| III. Responsabilité à raison d'inexécution | 114 |
| IV. Responsabilité à raison d'exécution imparfaite | 114 |

CHAPITRE II

L'immutabilité de parole du défenseur

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Le secret professionnel | 118 |
|-----------------------------------|-----|

Titre cinquième

| | |
|---------------------------------------|-----|
| Le devoir de vérité. | 119 |
|---------------------------------------|-----|

CHAPITRE PREMIER

Le problème

CHAPITRE II

Le problème de la juste cause

| | |
|--|-----|
| I. D'une confusion malheureuse | 123 |
| II. Distinctions nécessaires | 123 |

CHAPITRE III

L'admissibilité et l'inadmissibilité des moyens de défense

| | |
|--|-----|
| 1. Le défenseur doit être partial | 125 |
| 2. Quid de cette partialité | 125 |
| 3. Les moyens de défense admissibles | 126 |
| 4. Cas d'application | 128 |
| a) Les interprétations | 129 |
| b) Les affirmations | 129 |

CHAPITRE IV

Le problème de la conviction personnelle de défenseur

| | |
|--|------------|
| 1. Le problème | 131 |
| 2. La solution | 131 |
| 3. Le défenseur n'a pas à donner son opinion | 132 |
| 4. Le problème particulier de la plaidoirie | 133 |
| a) une distinction préliminaire | 133 |
| b) à la recherche d'une solution | 133 |
| c) la solution en droit français | 134 |
| d) la solution en droit allemand | 134 |
| e) conclusion | 136 |
| Bibliographie | 137 |
| I. Principaux ouvrages consultés | 139 |
| II. Articles de revues | 145 |
| III. Législation | 149 |
| IV. Répertoire des périodiques | 151 |
| Table des matières | 153 |